



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS
SECCIÓN CHILENA

REVISTA CHILENA
DE
DERECHO DE SEGUROS

AÑO 4 N° 9 SANTIAGO DE CHILE DICIEMBRE DE 2002

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Año 4 Nº 9 Santiago de Chile, Diciembre de 2002

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: José Alfonso Jasmén S., Fono 6966339
E-mail: seguroslex@hotmail.com • gzaldivar@entelchile.net



Asociación Internacional de Derecho de Seguros - Sección Chilena

REVISTA CHILENA

DE

DERECHO DE SEGUROS

Año 4 Nº 9 Santiago de Chile Diciembre de 2002

EDITORIAL

Está terminando el año y ve la luz pública el noveno número de nuestra revista.

En esta oportunidad se publican tres trabajos que esperamos sean del interés de nuestros lectores.

En primer lugar, nuestro asociado y Director don Ricardo Peralta Larraín, en conjunto con el asociado Sr. Joan González Zuleta analizan y comentan el nuevo texto de la póliza para profesionales de la salud depositada este año en los Registros de la Superintendencia.

A continuación, publicamos un trabajo del que este Director es autor, sobre el contrato de construcción y sus principales garantías, que son la boleta bancaria y el seguro de garantía, incluyendo, también, una referencia a las retenciones.

Por último, el asociado Sr. Ricardo Peralta Valenzuela ha contribuido con un trabajo sobre la cláusula claims made en los seguros de responsabilidad civil, fruto de una charla que dictó sobre el tema en un Seminario organizado por el Centro de Arbitrajes y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

En este número se publica también una semblanza del eximio especialista argentino Juan Carlos Felix Morandi (QEPD), de la que es autor el Presidente de la Sección Chilena don Juan José Vives Rojas. Constituye un merecido homenaje a uno de los mas preclaros exponentes del derecho de seguros en latinoamérica, y que además, siempre tuvo un afecto muy particular hacia Chile.

Esta vez la sección "Noticias de AIDA" viene particularmente rica en novedades, sobre todo con aquellas surgidas del último Congreso

Mundial de AIDA, celebrado entre el 20 al 24 de octubre último en la ciudad de Nueva York.

Esperamos que el presente número sea de vuestro agrado y animamos a que nuestros asociados se pongan en contacto con la dirección de la revista para manifestar sus comentarios y ofrecer su participación en la elaboración de trabajos sobre la especialidad que profesamos. Alentamos vigorosamente la contribución de todos nuestros asociados. El enriquecimiento de toda disciplina del derecho se gesta a partir de las ideas y el debate que surge de la activa participación de quienes la practican.

Oswaldo Contreras Strauch
Director

EN MEMORIA DEL PROFESOR DON JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI

Aunque con cierto retraso cumplo con el honroso deber de rendir un homenaje a la memoria de quien fuera un maestro del derecho de seguros, el jurista argentino Profesor Doctor Don Juan Carlos Félix Morandi.

A mediados de la década del '40, el joven abogado Morandi se incorporó a la entonces recientemente constituida Superintendencia de Seguros de la Nación, con el cargo de asesor letrado.

Su vida estuvo esencialmente ligada al derecho de seguros, al que dedicó varios libros y numerosos trabajos monográficos, teniendo además activa participación en los temas concretos que la vida diaria iba proponiendo, ya desde su cargo de asesor letrado de la Superintendencia de Seguros de la Nación, ya en su posterior condición de magistrado integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Tuvo también una brillante actuación en los foros internacionales, donde ocupó puestos principales, habiéndosele encomendado asimismo la redacción de una ley modelo de seguros para Ibero-latinoamérica, proyecto cuya redacción completó poco antes de su fallecimiento. Nada relativo al seguro le era ajeno. Conocía no sólo todo lo referente al derecho en sus aspectos más especializados, sino también la compleja técnica del seguro, mezcla de economía, azar y experiencia, que se realiza mediante el análisis de su comportamiento histórico llevado a cabo a través de las ciencias actuariales.

Tuve el privilegio de conocerlo personalmente en varios Congresos Ibero-latinoamericanos y conservo el recuerdo de sus sobresalientes cualidades humanas, su profunda actitud ética y su apoyo a quienes con entusiasmo se acercaban a él en busca de guía y consejo. Durante el fecundo período en que ocupó la presidencia de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, se realizaron siete Jornadas Nacionales de Derecho del Seguro, de nutrida concurrencia, en las que se presentaron numerosas ponencias que, por su parte, dieron lugar a interesantísimos debates en los que se advertía el alto nivel alcanzado por los participantes. Los miembros, juristas

especializados en el tema, conformaron un movimiento intelectual que se ha dado en llamar la "Escuela Argentina de Derecho de Seguros", cuyo motor y guía fue, a no dudarlo, el doctor Morandi.

En las VII Jornadas Nacionales en que fui invitado a participar, que tuvieron lugar en Santiago del Estero poco antes de su muerte en 1996, me contó que estaba trabajando en la puesta al día de la obra de su maestro Isaac Halperin, que él actualizó en 1983: "Seguros, exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091". Esta obra se ha constituido, a no dudarlo, en la principal fuente de consulta del derecho de seguros en Latinoamérica.

Durante la celebración del 4º Congreso Iberoamericano celebrado en Buenos Aires en 1993, algunos miembros de la delegación chilena, nos acercamos al Dr. Morandi, que en esa época era presidente del CILA (Comité Iberoamericano de AIDA) y por lo tanto del evento y le dimos a conocer nuestra intención de organizar en Santiago el V Congreso. Su reacción fue a la vez inmediata y cordial: con su modo siempre acogedor, nos dio las gracias y nos dijo que desde ya contáramos con la sede. En la sesión de clausura del Congreso anunció que el próximo tendría lugar en Santiago de Chile en 1995.

En la semblanza del "Derecho de Seguros", maciza obra publicada por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, en homenaje al profesor Juan Carlos Félix Morandi, (más de 900 páginas) su dilecto amigo Eduardo R. Steinfeld, expresa: "Cuando el Presidente de la Nación, Arturo Frondizi comisionó al distinguido jurista Isaac Halperin para que preparara un Proyecto de Ley General de Seguros para sustituir las escasas y anticuadas normas en esta materia de nuestro Código de Comercio, ya se habían establecido vínculos de índole personal y doctrinaria entre dicho profesor, juez de Cámara, y el aun joven Morandi, quien le impresionaba profundamente.

Halperin elaboró su Anteproyecto de Ley en bastante poco tiempo, en tanto mantenía frecuentes cambios de ideas con ese ya destacado colega. La visión de jurista de Frondizi le indujo a que se constituyera una Comisión Consultiva y Revisora del Anteproyecto, que integró con importantes especialistas en derecho comercial de nuestro país. También, con la sagacidad política que le caracterizaba, dispuso la formación de una reducida Subcomisión que le expusiera a Halperin la realidad del mercado de seguros. De esa Subcomisión formaron parte un

funcionario estatal, que fue Morandi, y abogados provenientes de las asociaciones de aseguradores privados".

Morandi, ya jubilado, no se dedicó a gozar de un retiro reparador de su vida plena de trabajo, sino que, por el contrario, intensificó su labor doctrinaria y académica jalonada por trascendentes aportes, con trabajos, conferencias y libros que merecieron importantes distinciones.

En plena actividad, luego de haber ejercido destacados cargos en la conducción de la AIDA y recibido merecidos homenajes en Latinoamérica y Europa, hallándose en posesión de su habitual capacidad productiva, con constantes viajes y conferencias, un desdichado e inesperado desenlace, ocurrido durante un chequeo médico de rutina, produjo su fallecimiento el 14 de julio de 1996.

El derecho de seguros de Latinoamérica, perdió así a uno de sus más notables exponentes.

Juan José Vives R.
Presidente del Directorio AIDA Chile

LA NUEVA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA PROFESIONALES DE LA SALUD (Pól. 1 02 031)

Joan González Zuleta

Ricardo Peralta Larraín

Generalidades

Durante los últimos diez años, las reclamaciones y pretensiones indemnizatorias formuladas en nuestro país han crecido en una espiral ascendente, sea por influencias externas, por la existencia de nuevas tendencias que amplían la responsabilidad civil, por motivaciones sociológicas, por el aumento del número de abogados o la disminución del autocontrol ético de ellos, por el alza de las indemnizaciones determinadas por los Tribunales de Justicia, etc.

Esta tendencia, por lo que nos muestra el día a día, clara y mayormente se refleja en las reclamaciones en contra de profesionales de la salud y de establecimientos hospitalarios.

Lo anteriormente expuesto ha generado una necesidad de mayor protección patrimonial y, ello, se ha traducido en un aumento en la venta de dicho producto. Así, consideremos que el primaje anual para las pólizas de responsabilidad civil aumento de US\$ 7.000.000.- en 1997 a US\$ 12.000.000. en el año 2000.

Nuestra realidad, hasta ahora, no alcanza los niveles de venta de seguros de responsabilidad civil en los Estados Unidos de América, donde, del total del primaje anual de seguros, un 40% corresponde a dicho tipo de póliza. Sin ir más lejos, hasta antes de la crisis que los afecta, en Argentina dicho porcentaje alcanzaba los 35 puntos.

La cobertura de la responsabilidad civil de los profesionales de la salud

En Chile existe, conforme al Artículo 4 del DFL 251, la obligación de registrar ante la Superintendencia de Valores y Seguros, los modelos de

póliza que beneficien o aseguren a personas naturales, como también aquellas que pagan una prima anual inferior a UF 200, si sus asegurados o beneficiarios fueren personas jurídicas.

Lo anterior, determina que los modelos de póliza que amparan la Responsabilidad Civil Médica, en la medida que aseguran o benefician a Médicos, que son personas naturales, deban estar registrados ante el mencionado ente supervisor.

El mercado asegurador para amparar el riesgo de la responsabilidad civil de los profesionales de la salud, en primer término, registró una póliza especialmente destinada a dar cobertura a dichas personas (POL 1 91 081) y tres adicionales (CAL 1 91 082, 1 91 083 y 1 91 084).

En esa primera forma de asumir el riesgo de la responsabilidad profesional en comento, destaca, en primerísimo lugar, la circunstancia de establecerse claramente que la cobertura se otorga respecto de la responsabilidad civil extracontractual y no de la contractual. Sin embargo, dadas las especiales circunstancias en que se dan las relaciones médico-paciente, usualmente a partir de un acuerdo previo cualquiera sea su calificación jurídica, se ha reconocido que, no obstante la existencia de un vínculo contractual entre paciente (afectado) y médico (asegurado), se otorga cobertura si, en el caso específico, se reconocen elementos que igualmente generan una responsabilidad civil extracontractual.

De otro lado, es menester también considerar que la Póliza 1 91 081 se enmarca dentro de aquellas denominadas "Per Occurrence" desde que sólo exige que el hecho u omisión de responsabilidad acontezca dentro de la vigencia de la póliza.

Sin embargo, si a dicha Condición General se adiciona la CAL 1 91 082, la póliza pierde, de hecho, su condición "Per Occurrence" al exigir la cláusula alternativa que el hecho u omisión generador de responsabilidad no sólo ocurra dentro de la vigencia de la póliza sino que sea reclamado por el afectado dentro del año siguiente al término de vigencia.

Una segunda forma de abordar el tema fue mediante el registro de una CAD 1 91 087, cláusula adicional a la Póliza 1 91 086 (Condiciones Generales de la Póliza de Responsabilidad Civil); Cláusula que, en lo fundamental, forma parte de las denominadas "Claims Made" mixta, al exigir que, no sólo el hecho u omisión generador de responsabilidad

acontezca dentro de la vigencia de la póliza sino que también, durante ella, debe ser reclamada por el Afectado.

Desde la perspectiva de exigencias temporales, siendo que la POL 1 91 086 es menos exigente que la CAD 1 91 087, ésta cláusula debió definirse como una cláusula alternativa y no una adicional desde el momento en que ella restringe la cobertura en la perspectiva expuesta.

A continuación, en este desarrollo del producto, se registraron las POL 1 98 035 y 1 98 036, como también la cláusula CAD 1 98 037.

Básicamente, dichas pólizas fueron redactadas bajo el criterio "Claims Made" mixto al exigir que el acto u omisión culpable ocurra y sea reclamado dentro de la vigencia de la póliza.

Sin embargo, lo que destaca más en dichas pólizas es la circunstancia de otorgarse cobertura, no sólo a la responsabilidad civil extracontractual sino que también al "...incumplimiento de contratos o convenios de prestación de servicios profesionales que cause muerte o menoscabo a la salud..."

Dicha declaración, de una parte, recoge la opinión de quien participara en la redacción de la póliza, el recordado Abogado especializado en la Responsabilidad Médica don Vicente Acosta Ramírez (Q.E.P.D.), en orden a que la responsabilidad civil de los profesionales médicos era de orden contractual; opinión que no compartimos. Y, de otra, ratifica -en todo caso- lo expuesto precedentemente, en cuanto al criterio que la póliza debe operar aún cuando exista un vínculo contractual entre paciente (afectado) y médico (asegurado), se concurren igualmente los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

Posteriormente, se registró la POL 1 02 023; póliza que, si bien expresa que el acto u omisión culpable debe ocurrir durante su vigencia -lo que permitiría clasificarla como "Per Occurrence"-, ello se desvirtúa cuando expresa que el daño debe manifestarse dentro de los cuatro años siguientes a la prestación de los servicios o la intervención médica. En consecuencia, la existencia de dicha condición determina que la póliza no pueda tener dicho carácter.

Finalmente, después de un largo periplo, se registró la POL 1 002 031

Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para Profesionales de la Salud

En relación con esta nueva póliza, nos parece destacar los siguientes aspectos más relevantes:

Cobertura

Artículo 1°:

~~“La Compañía cubre aquellas sumas que el asegurado resultare obligado a pagar a terceros en razón de negligencia, imprudencia o impericia en la prestación de los servicios propios de su profesión, para cuyo ejercicio posea título universitario y autorización que lo habilite para actuar como tal dentro del territorio de la República de Chile, siempre y cuando tal negligencia, imprudencia o impericia, ocurra y sea reclamada al asegurador durante la vigencia de la póliza y origine la muerte, lesiones corporales, daños patrimoniales o morales que sean consecuencia directa de tal muerte o lesiones que afecten a personas atendidas por el asegurado.~~

Serán de cargo de la Compañía Aseguradora las indemnizaciones que el asegurado esté obligado a pagar a terceras personas afectadas, en virtud de sentencia judicial firme, avenimiento o transacción que hayan sido aceptados en forma expresa por la compañía.

También serán de cargo de la Compañía Aseguradora los gastos de defensa del asegurado, incluso los honorarios respectivos, aún cuando se trate de reclamaciones infundadas.”

Comentarios:

La póliza de marras, como toda destinada a cubrir la responsabilidad civil del Asegurado, es una póliza de carácter patrimonial.

En esta materia, es menester muy presente que el honor, buen nombre, prestigio o reputación profesional o personal del Asegurado, no es materia del riesgo asumido por el Asegurador. En consecuencia, habiéndose acordado con el afectado los términos de un acuerdo transaccional, el Asegurado no podrá negarse a concretar dicho acuerdo argumentando que ello constituye un menoscabo personal o profesional.

Un tema relevante, es la circunstancia que la póliza claramente responde a las denominadas “Claims Made” mixta, pues la negligencia, imprudencia o impericia, debe ocurrir y ser reclamada al Asegurador durante la vigencia de la póliza. En este orden de cosas, lo que constituye una novedad en esta materia, las exigencias del “Claims Made” mixta son complementadas en esta póliza con la posibilidad de que los hechos motivo del reclamo formulado durante la vigencia de la póliza hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de la póliza, como también que hechos ocurridos durante la vigencia, sean reclamados después de la vigencia. Mayores comentarios sobre estas alternativas se formularán más adelante.

Por lo que se refiere a los términos “Negligencia”, “Imprudencia” e “Impericia utilizados en la póliza, ello ha sido con el propósito de precisar las formas que adquieren las actuaciones u omisiones culposas; sobre todo, cuando, en forma habitual, se confunde el concepto “negligencia médica” como si fuere un género y no la especie, como lo es.

En efecto, la actuación culposa de un profesional de la salud, al tenor de la póliza en comento, puede revestir los siguientes caracteres, todos cubiertos por la póliza: a) Negligencia: Hacer menos de lo que la Lex Artis obliga u omitir cumplirla; b) Imprudencia: Conociendo la Lex Artis, se asume el riesgo de hacer más de lo que ella prescribe; y, c) Ignorancia: Desconocer lo que debía hacerse o no hacerse.

Nuestra opinión es que, el término negligencia subsume el término ignorancia; pues, en ambos casos, se hace menos de lo que corresponde hacer.

Por lo que se refiere a la actividad materia del riesgo cubierto, la póliza hace una exigencia genérica a utilizar la expresión “servicios propios de su profesión” toda vez que en Chile no existe ley de especialidades médicas. Por consiguiente, corresponderá a los Aseguradores, al momento de evaluar la propuesta que le presente el Asegurado, determinar cuales son las especialidades (riesgos) que desea cubrir; decisión que deberá precisarse en las Condiciones Particulares de la Póliza.

La exigencia formulada al Asegurado en orden a que posea título universitario y este habilitado para ejercerla en Chile, responde no sólo al obvio aumento del riesgo que significaría cubrir la responsabilidad civil respectiva, sino que también a no colaborar con alguien que comete el delito de ejercicio ilegal de la profesión.

Otra novedad que introduce la póliza dice relación con las consecuencias de haberse pactado un deducible; consecuencias que, básicamente, responden al principio de que el Asegurador no está obligado a cumplir con sus obligaciones si el Asegurado no cumple con el deber de participar en el siniestro por concepto del deducible.

Artículo 2º

“Se entiende por daño: el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.”

Comentario:

Claramente, en esta póliza al igual que lo acontecido en la POL 1 02 023, dar cobertura a los tres más tradicionales conceptos indemnizatorios, a saber, el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. Con todo, se mantiene la exigencia en orden a que los perjuicios cubiertos deben ser directos.

En esta materia, vale la pena recordar que, como consecuencia indirecta o perjuicios indirectos, se entienden aquellos daños de los que el actuar del profesional de la salud es sólo una causa remota y directamente provienen de otras causas ajenas.

Con todo, debemos reconocer que no existe un límite preciso que permita determinar con claridad y a priori dónde acaban los perjuicios indirectos y empiezan los directos. En consecuencia, se deberán analizar las circunstancias de cada caso en particular.

Artículo 3º

“La responsabilidad a que se refiere la presente póliza es la responsabilidad civil extracontractual, es decir, aquella que nace de acciones u omisiones dañosas cometidas por el asegurado y no aquella que deriva del solo incumplimiento de un contrato.”

Se tendrá también por responsabilidad civil extracontractual la que deriva de hechos ilícitos civiles ejecutados por el asegurado aún cuando esté vinculado por un contrato con el tercero afectado.

No obstante, si el asegurado fuere condenado a indemnizar a un tercero en virtud de su responsabilidad contractual, la Compañía reembol-

sará el valor respectivo en la medida en que, si no hubiere existido el contrato invocado en la sentencia, se hubiese podido igualmente establecer la responsabilidad extracontractual del asegurado por el mismo hecho constitutivo.”

Comentarios:

La póliza otorga reconocimiento formal a la posición ya antes enunciada, en el sentido que se otorga igualmente cobertura en el caso de ilícitos civiles ejecutados por el Asegurado aún cuando esté vinculado por un contrato con el Afectado. Es más, la póliza expresamente establece que si el Asegurado fuere condenado a indemnizar a un Afectado en virtud de su responsabilidad contractual, aquél reembolsará el valor respectivo en la medida en que, si no hubiere existido el contrato invocado en la sentencia, se hubiese podido igualmente establecer la responsabilidad extracontractual del Asegurado por el mismo hecho.

Lo anterior, es sin perjuicio de mantenerse el principio que el incumplimiento de obligaciones del Asegurado, como son las obligaciones de resultado asumidas libremente por éste para con el reclamante, no encuentran amparo en la póliza por tener aquello su fuente en una responsabilidad civil contractual.

Exclusiones

Artículo 8º

La cobertura del presente seguro no se extenderá a:

a) Muerte, lesiones corporales o daños causados o experimentados por el propio asegurado, o por personas que dependan de él, o que tengan con él una relación de parentesco, tales como el cónyuge, los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el segundo grado, así como todo pariente que viva bajo el mismo techo con el asegurado.

Esta póliza es de responsabilidad civil y no de accidentes personales, razón más que obvia para excluir el daño causado y sufrido por el propio Asegurado. La póliza le otorga un carácter similar al del propio Asegurado, a quienes están más cerca de él, como ser sus parientes y cónyuge.

b) Hechos médicos ocasionados por negligencia, imprudencia o impericia ocurridos en una fecha anterior a la de entrada en vigor de la presente póliza, aunque aparezcan o sean motivo de una reclamación durante su vigencia; y los hechos médicos posteriores a la fecha de vencimiento de la misma.

Esto lo vincularemos a la aplicación temporal de la cobertura que tratan los artículos 10, 11 y 12.

c) Muerte, lesiones corporales o daños que deriven de los servicios profesionales prestados por el asegurado, mientras se encuentre bajo la influencia del alcohol o de cualquier droga que produzca efectos estimulantes, desinhibidores, alucinógenos, somníferos o similares.

Esta exclusión tiene sólo efectos aclaratorios si se quiere, por cuanto la agravación esencial del riesgo que el Asegurado ha traspasado al Asegurador exime a éste de cumplir con su parte del contrato.

d) Muerte, lesiones corporales o daños causados con dolo o culpa grave por el asegurado o por las personas dependientes del mismo.

Por aplicación de las normas generales en materia de seguro, no encuentran cobertura los siniestros cuando el propio Asegurado, en forma intencional o dolosa, causa el daño; falta de cobertura que también se extiende a la culpa grave que, sabemos, se equipara al dolo.

e) Muerte, lesiones corporales, incluyendo intoxicaciones, o daños causados por productos defectuosos, aunque hayan sido entregados por el asegurado a sus pacientes.

La razón de esta causal de exclusión exigida por los Reaseguradores, sólo encuentra razón de ser cuando la entrega de productos defectuosos que causan daño a pacientes, pudo ser verificada por el Asegurado, como por ejemplo: La entrega de medicamentos por el Asegurado al paciente claramente vencidos o en mal estado.

Sin embargo, para el caso de la entrega de medicamentos que el Asegurado hubiese comprado o recibido de un visitador médico y que dañan a un paciente por defectos de formulación y/o elaboración por parte del Laboratorio y/o de conservación de la farmacia, la responsabilidad civil extracontractual del Asegurado no estaría comprometida; luego, no proce-

dería el pago de una indemnización; sólo el pago de la respectiva defensa judicial, en su caso.

Incluso, la aplicación amplia de la exclusión podrían llevar a rechazar siniestros que han cubierto a la fecha, como por ejemplo, la permanencia en el cuerpo de una paciente de parte de un instrumental quirúrgico; lo que, naturalmente, no puede ser el sentido de la exclusión.

f) Siniestros vinculados con guerra, guerra civil, revolución, motín, desorden popular, tumulto popular y actos terroristas; o producidos por huelga o pertrechos de guerra.

Esta es otra exclusión exigida por los Reaseguradores que se justifican en un estado extraordinario del orden de las cosas no previsto por el Asegurador al tomar sobre sí el riesgo del asegurado.

En todo caso, para que opere la exclusión no basta que exista alguno de los estados excepcionales previstos, es menester que exista un vínculo entre el siniestro y alguno de aquellos.

g) Muerte, lesiones corporales o daños que deriven del uso de cualquier vehículo, motorizado, incluyendo ambulancias.

Esta exclusión podría no incorporarse y los siniestros igualmente se objeto de rechazo, pues el riesgo cubierto es el ejercicio de una profesión médica y no derivada de vehículos motorizados.

h) Muerte, lesiones corporales o daños producidos por la acción de la energía nuclear.

Básicamente por disposición de los Reaseguradores, quienes son particularmente adversos a cubrir el riesgo nuclear, existe la exclusión de cobertura, aún cuando la energía nuclear se requiriere en un tratamiento médico en particular.

i) Muerte, lesiones corporales o daños a consecuencia de un incendio o explosión.

No obstante la amplitud de la causal de exclusión de cobertura, en nuestro entender las consecuencias de una inflamación o acción del fuego en el cuerpo de un paciente por el actuar negligente o imprudente

del médico asegurado debe ser cubierta. A nuestro entender, la exclusión se refiere a incendios o explosiones en un objeto distinto al paciente objeto de la atención y responsabilidad directa del Asegurado que pueda resultar dañado.

j) Muerte, lesiones corporales o daños experimentados por terceros con motivo de la destrucción, daño o pérdida de las cosas muebles, con ocasión de la prestación de los servicios profesionales.

Esta exclusión es particularmente innecesaria, ya que sólo un bien mueble como sería un marcapaso pudiere verse afectado por una negligencia médica, y huelga comentario sobre los efectos de comercio o valores también excluidos.

k) Muerte, lesiones corporales o daños derivados de acciones, omisiones o errores que tengan su origen en la extracción, transfusión o conservación de sangre o de plasma sanguíneo y en actividades negligentes que tengan como consecuencia la adquisición, transmisión o contagio del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (S.I.D.A.) o sus agentes patógenos, o que se deriven de éste.

El SIDA, a pesar de la evolución en materia de reaseguro y de la adaptación de las exigencias de éste a la realidad chilena, sigue siendo un riesgo al cual el Reasegurador no asume cubrir. Desconocemos las razones por las cuáles el contagio de esta enfermedad y no otras, se ve particularmente discriminada.

Ámbito Temporal de Cobertura

Como se ha comentado precedentemente, básicamente, existen dos tipos de pólizas de responsabilidad civil en el mercado, a saber, la denominada "Per Occurrence" y las "Claims Made"

Las primeras, son aquellas en que sólo se exige que el hecho u omisión culposos generadores de responsabilidad ocurra dentro de la vigencia de la póliza.

Y, las segundas, exige que la reclamación se formule dentro de la vigencia de la póliza. Las pólizas "Claims Made" se denominan mixtas, cuando, además de lo anterior, el hecho u omisión culposa debe ocurrir también dentro de la vigencia de la póliza.

Actualmente, la tendencia mundial es que las pólizas de responsabilidad civil sean del tipo "Claims Made". Esto tiene su origen en la excesiva globalización del mercado reasegurador, que hace que nos adaptemos a realidades distintas de la nuestra en lo que a los plazos de prescripción de las acciones de indemnización de perjuicios se refiere.

Así, por ejemplo, si a una persona le es descubierta a los 35 años de edad, un problema de salud que se originó por ejemplo en la anestesia que se le aplicó a su madre durante el parto, debería demandar al médico o al hospital dónde vino al mundo.

En Chile y bajo el criterio tradicionalmente aceptado, dicha acción estaría ya prescrita, por cuanto han transcurrido ya largamente los 4 años que la ley considera para extinguir la acción de responsabilidad civil extracontractual.

En otras jurisdicciones, el plazo de prescripción de dichas acciones recién comienza a transcurrir al momento de descubrirse la afección o simplemente, no existe modo de extinguir las acciones por el simple paso del tiempo. Conforme a las pólizas "Per Occurrence", si al momento de producirse el parto el Asegurado tenía contratada una póliza, el Asegurador debería disponer su defensa judicial con cargo a la póliza y, en el evento de resultar condenado el Asegurado al pago de una indemnización, a cubrir ésta también.

La falta de certeza jurídica que una situación como la descrita, produjo en el mercado reasegurador, particularmente en lo referido a los riesgos de responsabilidad civil de productos y riesgos ambientales, hizo que los reaseguradores no asumieran coberturas conforme a las pólizas "Per Occurrence" sino que con las exigencias de la "Claims Made".

Con todo, y a pesar de que el ejemplo anterior es impensable con los plazos de prescripción chilenos, la nueva póliza se ha estructurado siguiendo la tendencia internacional, so pena de carecer del debido respaldo de reaseguro que permita a los aseguradores tomar los riesgos por cuenta del profesional de la salud.

El sistema "Claims Made" tiene ventajas y desventajas que enunciaremos brevemente:

Entre las primeras, se cuentan las siguientes: a) Permite al Asegurado discutir su siniestro con quien actualmente asume su riesgo y no

con quien lo hubiere tenido en el pasado; b) Permite que el siniestro sea liquidado en la actualidad con los límites y deducibles acordes a la necesidad que hoy tienen el profesional y no a las que tuvo cuando tomó la póliza que ya no se encuentra vigente; c) Permite al Asegurador acotar su riesgo a la fecha de vencimiento de la póliza y no permanecer expuesto a él en el futuro, con el subsecuente impacto en la prima que el asegurado debe pagar.

Entre las segundas, están: El asegurado se ve permanente obligado a renovar su póliza (independientemente de quien fuere su Asegurador) por cuanto al momento de vencerse su vigencia, ya no podrá acceder más a su amparo; y, b) El Asegurado no obtendrá cobertura por aquellos siniestros que pudieren encontrar su origen en hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la póliza.

Teniendo la Póliza de Responsabilidad Civil para Profesionales de la Salud la calidad de "Claims Made" mixta, al igual que otras pólizas de responsabilidad civil extracontractual actualmente registradas, se introducen dos importantes novedades que complementan y contrarrestan las desventajas de este tipo de pólizas, a saber, la cláusula denominada llamadas de retroactividad (Art. 10) y de extensión (Art. 12.) Además de una cláusula que otorga al Asegurado el derecho de extender el periodo para el denuncia de siniestros que se funden en hechos ocurridos antes del vencimiento original de la póliza.

Artículo 10º

Previo pago de la prima especial correspondiente, el asegurado tendrá derecho a que se cubra su responsabilidad civil que le sea reclamada durante la vigencia de la póliza o durante el período adicional para denuncia de siniestros, cuando dicha responsabilidad se origine en hechos ocurridos durante el período indicado en las Condiciones Particulares, anterior a la vigencia de la póliza, salvo que hubiese conocido el daño que se le imputa o no hubiese podido menos que conocerlo.

Artículo 11º

Si durante la vigencia de la póliza el asegurado tuviere conocimiento de un hecho que pudiese dar lugar a un reclamo cubierto por esta cláusula y diere aviso escrito a la Compañía Aseguradora, cualquier reclamo o demanda que se formule posteriormente, que tenga su origen en el hecho del cual se

ha dado aviso, se considerará presentado durante el período de vigencia de la póliza, siempre que efectivamente se formule dentro del plazo fijado en las condiciones particulares. A falta de estipulación escrita, se entenderá que el plazo es de 5 años, contados desde el hecho del cual se ha dado aviso.

Artículo 12º

Si la Compañía determinare no renovar esta póliza, el asegurado tendrá derecho, previo pago de la prima especial especificada en las condiciones particulares, a extender, por el lapso indicado en las condiciones particulares, el período de denuncia de siniestros que se funden en hechos ocurridos antes de la fecha de vencimiento original de la póliza. El asegurado tendrá el plazo de 10 días hábiles contados desde dicho vencimiento original para ejercer esta facultad, pagando la prima especial.

EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN Y SUS PRINCIPALES GARANTÍAS¹

Osvaldo Contreras Strauch

Introducción.

En las Cláusulas que se estipulan habitualmente en los contratos de construcción, se incluyen normas que regulan la aplicación de garantías que es obligado a rendir el contratista o constructor de la obra.

Veamos un ejemplo:

“CLAUSULA: El precio convenido será pagado por “el propietario” en la siguiente forma:

a) Con un anticipo de \$....., que el propietario entrega en éste acto al “constructor” y que este declara recibir.

En garantía del anticipo estipulado, el constructor entrega al propietario...(modalidades de la garantía: boleta bancaria o póliza de seguro)....., por el mismo valor, garantía que deberá ser devuelta por el propietario.....(modalidades de la devolución de la garantía)

b) Por Estados de Pago según avance de obra, que el constructor presentará (período),de acuerdo al presupuesto detallado.

Los Estados de Pago deberán ser presentados a (el Arquitecto de la obra o la Inspección Técnica de la Obra) quien deberá darles su visto bueno en un plazo máximo de 7 días para pagarlo en dinero efectivo. Los plazos establecidos en este inciso empezarán a correr a contar de la fecha de presentación del Estado de Pago a quien corresponda.

En los Estados de Pago se podrá incluir el valor de los materiales al pie de la obra, en cuyo caso deberán presentarse acompañados de los comprobantes o facturas correspondientes debidamente canceladas.

¹ Este trabajo ha sido elaborado por el autor, a partir de la charla que dictó, junto con don Arturo Prado Puga, Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Chile, el 13 de junio de 1996 en el Colegio de Abogados, constituyendo una versión actualizada y ampliada de aquella.

Las sumas recibidas por materiales al pie de la obra se devolverán descontando el valor de estos materiales en la partida correspondiente a cada estado de pago de avances de obra, hasta completar devolución. En todo caso, el saldo que falte por devolver debe ser en todo momento inferior al monto de la obra que falte por ejecutar.

Del valor de cada estado de pago, el propietario retendrá un... (10% u otro porcentaje convenido) del monto del contrato, retención que servirá para garantizar la buena ejecución de los trabajos, el cumplimiento de los plazos que más adelante se estipulan y, en general, todas las obligaciones del constructor para con el propietario. El constructor tendrá derecho a canjear, en cualquier momento estas retenciones por boletas bancarias o pólizas de seguro de garantía.

De la cláusula anteriormente transcrita, que bajo distintas formas de redacción similar, se aplican en el ramo de la construcción, surge la conclusión de que en este contrato existe una serie de obligaciones emanadas de él que requieren ser garantizadas. Ahora bien, las garantías más usadas en el contrato de construcción son las siguientes:

- a) La Boleta bancaria de garantía;
- b) La Póliza de seguro de garantía; y
- c) Las retenciones.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el concepto, características y aplicación de estas diversas formas de garantía en el contrato de construcción.

Para abordar este propósito, hemos dividido nuestra exposición en los siguientes epígrafes:

- I.- Generalidades acerca del contrato de construcción.
- II.- Las garantías y el contrato de construcción.
- II.- La Boleta bancaria de garantía.
- IV.- El Seguro de garantía o caución; y
- V.- Las Retenciones

I.- Generalidades acerca del contrato de construcción:

1.- Definición:

Nuestro Código Civil configura el contrato de construcción dentro de los moldes romanos del arrendamiento de obra.

A pesar de la singularidad de sus rasgos y de su poderosa autonomía, no tenemos noticias que este prevista su tipificación en alguna legislación positiva vigente.

Nuestro Código se refiere a él integrándolo a la disciplina del arrendamiento para la confección de una obra material (párrafo 8ºm Tit. XXVI, art. 1.915 del C. Civ.) aunque escasamente sólo dos artículos (2003 y 2004) se refieren a la construcción de edificio.

Tomando como idea inicial los elementos que aportan la definición del arrendamiento, se le ha definido como "aquel en que las dos partes se obligan recíprocamente la una a ejecutar una obra y la otra a pagar por ella un precio determinado"² o más recientemente como "aquel en que una parte se obliga, mediante un precio convenido, a materializar en un terreno un proyecto determinado, de cualquier obra de arquitectura". Dentro de este último concepto de "obra de arquitectura", quedan englobados tanto la construcción como las labores de refacción de la obra relativas a edificios, puentes y caminos³.

Cabe hacer notar, sin embargo, la tendencia actual en orden a emancipar este contrato del contrato de arrendamiento de obra, por cuanto el contrato de obra o ejecución de obra serviría para agrupar los resultados más diversos, desde la confección de un traje o una mesa hasta la construcción de una nave.

De allí la denominación adoptada en algunas legislaciones europeas como "contrato de empresas"⁴ (Italia) y la formación autónoma que le confieren algunas entidades gremiales de ese continente, al ocuparse de su estructura, funcionamiento y ejecución.

Así, por vía de ejemplo, la Confederación Nacional de la Construcción de España, ha elaborado un folleto⁵ en que define el contrato **privado**

²Jorge Prat Echaurren, *Nociones sobre el Contrato de Construcción Privada*, Memoria de Prueba (Santiago, 1940), pág. 5.- Vid. también Alberto Pulido Morgan, "Los créditos refaccionarios en la ley de quiebras", Revista de Derecho y Jurisprudencia T. LIX Primera Parte, págs. 80-109.

³ José Jerez Riffo- Ismael Palacios Baeza, *Estudio Legal y Práctico sobre la Construcción*, Editorial Jurídica, (Santiago, 1968), pág. 67.

⁴Vid. Miguel del Arco Torres- Manuel Pons González, *Derecho de la Construcción* (Madrid, 1991) pág. 19 y sigs. Señalan estos autores que esta denominación también es criticada como parcial ya que "se basa en un criterio exclusivamente económico que hace referencia a grandes obras, y puede dar lugar a confusión cuando ambas partes contratantes son empresas".

⁵Vid. F. Javier García Gil, *El Contrato de Ejecución de Obra y su Jurisprudencia* (Madrid, 1995) Varios Autores, *Manual de Contratos de la Construcción* (Madrid, 1980), pág. 13.-

de ejecución de obras, canalizándolo como aquel en que “ una persona denominada (constructor, contratista o empresario) se obliga a ejecutar una obra de acuerdo con un proyecto, en favor de otra (denominada propietario o promotor) y a cambio de un precio”.

Tiene interés resaltar esta definición, por cuanto ella se refiere al contrato **privado** de ejecución de obra, para distinguirlos de aquellos relativos a obras públicas donde el Estado acomete la tarea de las grandes obras de construcción de puentes, caminos, viviendas, y urbanismo.

Trasladando este criterio de delimitación a nuestro medio, el contrato privado de ejecución de obra se rige principalmente por las estipulaciones de las partes y en los preceptos que supletoriamente establece el Código Civil.

El contrato de obra pública, en cambio por tal aquel “inmueble construido por el Estado, directamente o en virtud de un contrato, cuya finalidad es propender al bien público” esta regido por normas administrativas que sectorialmente se han ocupado de regulación (Obra Públicas y Viviendas), siendo el principal cuerpo que regula la materia el Decreto Supremo reglamentario N°15 del Ministerio de Obras Públicas publicado el 6 de abril de 1992.⁶

En síntesis, de modo general podemos señalar que el contrato de construcción será “aquel en que una de las partes, denominada comitente o dueño de la obra, encarga a la otra, denominada contratista o constructor, la construcción de una obra determinado con relación a un plano o proyecto, obligándose a pagar por ello un precio cierto”⁷

2.- Modalidades y diferencias:

Desde nuestra óptica jurídica (art. 1996 del C.Civ.), el contrato de construcción de clasifica atendiendo a quien suministra los materiales.

Así, el contrato de confección de obra es “venta” cuando el artífice o empresario el que suministra los materiales y su perfección solo se alcanza cuando se aprueba la obra por el que la ordena.

⁶Vid. Ramón Huidobro Salas “El Contrato de Construcción de Obra Pública”, Revista Gaceta Jurídica, N° 170, año 1994, pág. 20-30.

⁷ Ramón María Mullerat, “La Denominación del Contrato de Construcción” Revista Jurídica de Cataluña, año 1977, págs. 681-683, citado por Miguel del Arco Torres- Manuel Pons González, Derecho de la Construcción, ob.cit,pág.21.

Es de “arrendamiento de servicios”, cuando los materiales son suministrados al artífice o empresario, por el comitente que encargó la confección de la obra.

La importancia de esta clasificación, en ambos casos, radica en la asunción de los riesgos de pérdida de los materiales que de desplazan y se transfieren al que ordena la obra con suministros de materiales o al artífice o constructor dependiendo si esta ha sido reconocida y aprobada (Art.2000 del CC)

Ha de tenerse presente que en nuestro medio se ha discutido acerca de que se entiende por el término “**materiales**” y la calidad de **principal** que revise a este respecto el **suelo** con relación al resto de los materiales que se suministran de carácter mueble. Conforme lo establece el inciso cuarto del art. 1.996, si se considera que lo principal es el suelo y es aportado por el que ordena la obra, el contrato será de arrendamiento de obra. En cambio si el suelo en que se construye es de propiedad del constructor, el contrato es de **venta**.

Nuestros Tribunales de Justicia (Gaceta 1.895, T.II, Sent, 2.019, página 141) han entendido que bajo la denominación materiales “deben considerarse comprendidos todos los materiales incluyendo el suelo señalando que de los antecedentes que constituyen la historia fidedigna de dicho artículo, se deduce claramente que el suelo en que se construye un edificio por un arquitecto, forma la materia principal de la obra; y esta regla no aparece modificada por la Ley, aún cuando se trate de Construcciones a precio alzado.”⁸

No obstante, coincidimos con la tendencia doctrinal que considera que el suelo es un **elemento extraño** al contrato de construcción. Este último “tiene por objeto la ejecución de una obra material (edificio), la cual una vez terminada, viene a ser una cosa hecha o producida por un agente (el hombre); de tal modo, el terreno queda **excluido** del concepto mismo de “edificio” (como obra material), jugando entonces un papel **mero soporte**”.⁹

Ahora bien, a pesar de esta clasificación, es frecuente tanto en el extranjero como en nuestro país, recurrir a una **división tripartita** de los contratos de construcción, que atiende a uno de los elementos del mismo,

⁸Vid. Jorge Prat Echaurren, ob. cit. pág. 20.-

⁹José Jerez Riffo- Ismael Palacios Baeza, Estudio ob. cit. pág. 69.

cual es la fijación del sistema de precios y que extiende su utilización incluso al contrato de obra pública.

Así se clasifican en:

- 1.- Contrato para la construcción de obra material, por suma alzada o precio fijo o cerrado.
- 2.- Por precios unitarios o determinado por unidades.
- 3.- Contrato arrendamiento de servicios o por administración delegada.

1.- Contrato de construcción a suma alzada:

Bajo esta modalidad, el constructor, contratista o empresario, dirige, ejecuta y administra la obra hasta su total terminación por un precio cierto, global y único aportando el trabajo y los materiales. El precio convenido con el mandante o comitente o con el propietario del terreno que encomienda la ejecución de la obra, se mantendrá invariable¹⁰ o inamovible (art. 4º, Nº 27 del D.S. Nº 15 de M.O.P.) salvo que se establezca una cláusula de revisión de precios o que se introduzca obras extraordinarias o bien reformas o modificaciones introducidas por el propietario en el proyecto que impliquen un aumento o disminución de la obra, en cuyo caso el precio será renegociable.

Por lo general, la revisión del precio dependerá, del tiempo transcurrido desde el inicio de la obra y de la incidencia que pueda revestir en el monto total.

La ventaja para el comitente es manifiesta ya que conoce en forma anticipada el precio final de la obra, por este motivo, el contratista o constructor debe prever **inicialmente y en forma realista** sus precios en función del riesgo que acepta asumir, y de la realidad del mercado, particularmente en períodos de inflación.

¹⁰Con respecto al estudio de la cláusula "rebus sic stantibus" en relación a la revisión del precio, parece interesante colacionar la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de España de 15 de Febrero de 1978, citada, citado por Miguel del Arco Torres- Manuel Pons González, Derecho de la Construcción, ob.cit.pág.57 "Considerando: Que en cuanto a la aplicación de las citadas cláusulas de revisión de los contratos fundadas en circunstancias posteriores al contrato que influyen de modo sensible en el equilibrio de las prestaciones, se han elaborado por la doctrina científica diversas teorías para justificar que el principio de irrevocabilidad o inmodificación del contrato no es absoluto, teorías que basadas, bien en la presuposición de la base del negocio, en la equivalencia de las prestaciones en la propia causa del mismo, en el riesgo imprevisible, en la buena fe y equidad, en el abuso del Derecho o en el enriquecimiento injusto, no han sido ajenas a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo..."

Presente interés esta modalidad por cuanto en ella se advierte con nitidez que el contratista se obliga respecto del comitente o propietario a la obtención del **resultado** proyectado al que se debe encaminar toda su actividad¹¹. Se trata de un **arrendamiento de obra** que podría aproximarse por sus caracteres a la compraventa de cosas futuras. Lo esencial para ser fieles a la distinción entre la obligación de medio y de resultados radica en la **obra ejecutada por el contratista** a cambio de un precio cierto y en principio irrevocable, la cual debe ser aprobada y recibida conforme por el comitente al momento de su terminación.

2.- Contrato de construcción pactado a una serie por precios unitarios o determinado por unidades:

Bajo esta modalidad, los precios se descomponen¹² y no existe un precio global si no una suma de precios en función que las unidades de obras o trabajos efectuados.

Se trata de un contrato en que el comitente o mandante convienen con el constructor precios unitarios por volúmenes de obras, cuando no se conoce con exactitud o no se puede calcular en forma anticipada, salvo que existan largos estudios previos, la **cantidad** probable de todas ellas.

Presenta como ventaja para el mandante o comitente que puede contratar la realización de una obra sin tener la necesidad de contar y proporcionarle la realización de una obra sin tener necesidad de contar y proporcionarle al contratista todos los antecedentes por ejemplo, de estudios de mecánica de suelo y de subsuelo. Esta mayor flexibilidad permite tomar decisiones en el camino sobre la base de precios unitarios que ya son conocidos.

El constructor sabe que recibirá en abono de su trabajo un precio en armonía con el presupuesto y tipo de trabajo ejecutado cuya naturaleza es conocida mas no su cantidad.

3.- Contrato de arrendamiento de servicios:

Son muchas las ocasiones en que **en materia de construcción** esta

¹¹Miguel del Arco Torres- Manuel Pons González, Derecho de la Construcción ob. cit. pag. 23. "La doctrina es casi unánime en puntualizar que, la distinción entre estos dos contratos, la diferencia esencial entre el arrendamiento de servicios y el de obra (llamado también contrato de empresa), radica en que, la prestación está constituida por el servicio en sí, mientras que en éste la prestación esta representada por el "resultado", sin que importen para nada las horas de trabajo, es decir, el servicio".

¹²El Código Civil en su art. 1.821 y el Código de Comercio en su art. 143 Nº3 se refieren a la hipótesis de venta de cosas con precio ajustado por "peso, cuenta o medida".

presente el arrendamiento de servicios. En la confección del proyecto arquitectónico, en la ingeniería de cálculos, en la dirección e inspección técnica de la construcción y en los subcontratos a que da lugar, en todos ellos que requieren conocimientos especializados que suponen largos estudios que conforme a las normas del art. 2.118 quedan sujetos a las reglas del mandato y a las normas que regulan el **arrendamiento de servicios materiales**¹³

En este esquema el propietario encarga a la empresa constructora, quien acepta, la dirección, administración y ejecución de la construcción de una obra, de modo que el costo total y efectivo de la construcción es de cargo **exclusivo del propietario** y la empresa constructora solo recibe un honorario por la dirección, administración de la obra que normalmente se concreta en un porcentaje sobre el costo efectivo de la obra o en un monto fijo determinado.

Algunos autores han afirmado que, en rigor, aquí no existe contrato de construcción desde el momento en que el mandante o comitente o propietario del terreno actúa también como empresario aceptando los riesgos del financiamiento del proyecto, los costos de construcción de la obra y los materiales contratados ya sea en forma directa o bien actuando el contratista por cuenta y a nombre suyo, como sucede, por ejemplo con los contratos celebrados con los distintos proveedores de materiales.

La gestión del contratista se endereza hacia un arrendamiento de servicios- **obligación de medio**- y recae específicamente sobre su trabajo de dirección, coordinación y fiscalización de la construcción, **actividad** o servicio que aparece como medio de consecución de **resultado útil final**.

Se trata, como dijimos de una **obligación de medio** en la que cobra relieve la calidad, cantidad y duración de los mismos a diferencia del contrato de arrendamiento de **obra** en que el **resultado es decir la obra ejecutada y convenida** esta siempre presente y en función del cual se concierta el precio.

Los plazos de ejecución de la obra están afectos a un sistema de premio, incentivos y multas.

¹³Según Miguel de Arco Torres- Manuel Pons González, Derecho de la Construcción ob. cit, pág. 112: "Por algunos tratadistas se califica de contrato mixto: de mandato y de obra. De mandato, en cuanto el contratista adquiere los materiales y contrata la mano de obra por cuenta del comitente; ya lo haga en nombre propio o en nombre de su mandante. Y de obra, en lo que se refiere a la ejecución por el constructor de los trabajos que le son propios".

Naturalmente, este tipo de contrato es el que menos riesgos tiene para el empresario de la construcción pero es el que menos estimula su productividad e inventiva. Se ocupa normalmente, cuando no se conoce siquiera la naturaleza de las obras a ejecutar por no tener los proyectos terminados o solo se pueden terminar después de un tiempo.

3.- Consideraciones generales:

Con todo lo expuesto anteriormente, estimamos que las distintas modalidades de contratos se deben emplear atendida cada circunstancia en particular.

La correcta evaluación inicial de un proyecto y por lo consiguiente, de la modalidad contractual que conjugue los factores de **precio, plazo y calidad**, dependerá muchas veces de la información y especificaciones técnicas previas que disponga el mandante (del método constructivo, de ingeniería, topografía, cubicaciones, mecánica de suelos y conocimiento del subsuelo, de arquitectura, etc. etc.) permitiendo alcanzar así la meta de un costo mínimo, plazos reducidos y máxima calidad.

Sin duda, el mejor contrato será siempre el más **equilibrado para las partes**, es decir "aquel cuyas condiciones benefician y perjudican por igual a ambos contratantes"¹⁴

En esta dirección, debe evitarse que los contratos se transformen en un dictado unilateral de una de las partes en que prima básicamente el **factor sorpresa y desenlace**.

Por ello deben existir reglas sencillas, claras y similares para ambos contratantes donde los resultados que se espera obtener o sea los beneficios recíprocos, no dependan de **las ambigüedades o rendijas que deje abierta** el contrato sino que la eficacia con que cada parte desarrolla su cometido.

No podemos descartar como sugerencia en esta materia, la necesidad que los órganos gremiales puedan desarrollar una labor profesional "oficiosa" durante la ejecución de los contratos, cualquiera sea la modalidad convenida, a modo de consultor técnico, con el objeto de proceder a orientar donde suelen encontrarse discrepancias que no necesariamente requieren de la formalidad de un arbitraje.

¹⁴Varios Autores, Manual de Contratos de la Construcción ob. cit. pág. 18

II.- Las garantías y el contrato de construcción:

1.- Que se garantiza.

No es exagerada la afirmación que sostiene que la historia de las obligaciones se confunde con la de los medios destinados a garantizar su cumplimiento.

En el contrato de construcción se garantizan las prestaciones y contra las prestaciones pecuniarias recíprocas de las partes para el caso que no se cumplan las obligaciones que asumen o se cumplan de una manera defectuosa o inoportuna, esto es, fuera de los plazos estipulados para el desarrollo del proyecto, ya que en esta materia resulta especialmente relevante no solo como se cumple el contrato sino cuando y en que tiempo se ejecuta.

2.- Tipos de garantía:

Las garantías en este tipo de contrato están establecidas como exigencia, generalmente por intermedio de la **autonomía contractual**.

Algunas de ellas son **convencionales y accesorias** del contrato principal, como la fianza, los avales y las cláusulas penales que se estipulan generalmente por los retrasos. Otras son independientes como la boleta bancaria de garantía y la póliza de seguro de garantía a sólo requerimiento.

Existen, no obstante, garantías de origen **legal** como son las garantías por los daños y perjuicios que traiga consigo la **ruinas de las obra provenientes de vicios de la construcción**.

Esta última es la responsabilidad típica del constructor causada por “ el desplome o destrucción total de lo construido “que se extiende a” aquellos defectos graves parciales que hagan impropia o inútil la obra para la finalidad que se construyó”.

Dicha responsabilidad que dura cinco años a contar de la fecha de recepción del inmueble, es de orden legal y se encuentra establecida en los arts. 2.003 N°3 y 2.324 del C. Civil.

Hechas estas precisiones, veamos cuales son las garantías convencionales **más frecuentes**:

a) En los contratos por suma alzada y serie de precios unitarios:

1) Garantías por devolución de anticipos:

Se extienden por la empresa constructora, conjuntamente con el pago por el mandante de la primera cuota del precio convenido. Esta garantía toma la forma de un pagaré a la vista, póliza de seguro o una boleta bancaria que se restituye al contratista conjuntamente con el pago de la última cuota en que se divide el pago o lo que es lo mismo, con la aprobación del último estado de pago por avance de obra.

2) Garantía de fiel cumplimiento del contrato:

Se extienden por la empresa constructora como boleta bancaria o seguro de garantía en favor del propietario por un monto equivalente a un porcentaje del valor del contrato, la que es devuelta al momento de la recepción definitiva de la obra.

La garantía es para **responder del fiel y oportuno cumplimiento de todas las obligaciones legales y contractuales** del contratista y en especial del pago de las penas contractuales y de las indemnizaciones que pueda decretar el árbitro y los gastos de reparación a que haya lugar. Normalmente esta garantía se extiende en su vigencia por un plazo adicional que se cuenta desde la fecha de la recepción de las obras por el propietario.

3) Garantías de cumplimiento de la obra en los plazos pactados:

El incumplimiento de los plazos estipulados por el contratista para la realización de la obra lo hace incurrir generalmente en multa de carácter moratorio sin perjuicio de las penas compensatorias.

4) Garantías de suministro oportuno de materiales y equipos si se conviene que son del cargo del contratista.

b) En los contratos de arrendamiento de servicios:

Garantías de reembolso de la provisión de fondos o anticipo: se extienden por la empresa constructora en favor del mandante o propietario quien financia íntegramente la obra. Como los bancos están impedidos de extender boletas para garantizar obligaciones de dar como sucede con la restitución de dinero, se extienden como garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Normalmente se establece que al iniciarse la construcción, la empresa constructora recibe del propietario una **provisión de fondos** para los gastos que demanda la obra, suma que se reembolsa al propietario al término de la misma.

La empresa constructora puede canjear el valor de estas retenciones por boletas de garantía bancaria o pólizas de garantía emitidas por compañías de seguros.

c) Extendidas por el demandante o propietario en favor del contratista:

Garantías de cumplimiento de los estados de pago dentro del programa establecido en el contrato: en estos casos, además de conceder la ampliación de los plazos que guarden relación con el atraso, se establece generalmente una multa como **pena moratoria** en contra del mandante en favor del contratista.

III.- La Boleta Bancaria de Garantía¹⁵

1.- Generalidades:

Normalmente son los bancos los que para obtener la seguridad de reembolso de los préstamos que otorgan a sus clientes, exigen garantías para el cumplimiento de obligaciones.

Sin embargo, en la hipótesis de la boleta bancaria son los bancos los que, como sujetos profesionales de crédito, y dentro de las operaciones de su giro (art. 69 N° 13 de la Ley General de Bancos) refuerzan y garantizan ante terceros las obligaciones asumidas por sus clientes.

En materia de construcción, el empleo de boletas es utilizadas como garantía personal que asegura la ejecución de un resultado (Vgr. devolución de anticipos).

En esta dirección, no podemos desconocer, en la realidad del tráfico actual, el papel "competidor" que cumplen las compañías de seguros ya que

para una misma finalidad económica representada por la cobertura del interés del acreedor, resultan adecuados los seguros de caución y las garantías bancarias por igual.

Aunque nacida de la práctica bancaria nacional, la boleta bancaria presenta afinidad con aquellas pactadas "a primera demanda" o a "primera solicitud" como las que existen en el campo del comercio internacional (carta de crédito stand-by) nacidas de las nuevas modalidades de garantía, admitidas en su aplicación a través de reglas uniformes compiladas por la Cámara de Comercio Internacional¹⁶.

En ellas **basta atender la reclamación del beneficiario de la garantía, sin que medie proceso judicial previo, para hacer efectivo su importe**. El carácter autónomo y abstracto de esta garantía, distinto al de la fianza rígidamente accesoria por su propia naturaleza (art. 2354 del C.C.) o de la cláusula penal (art. 1536), impide que se puedan oponer excepciones al beneficiario por parte del Banco en orden al incumplimiento del contrato que la origina y asienta, o que se pueda oponer al cumplimiento tardío o defectuoso.

En síntesis, a través de estas garantías el banco garante asume ante el beneficiario una obligación independiente consistente en la obtención de un resultado sin que puedan oponerse las excepciones del contrato subyacente.

2.- Definición:

Podemos definir la boleta bancaria de garantía como *"un documento emitido por un banco (banco emisor) a solicitud y por cuenta de un cliente (tomador), en virtud del cual el banco de obliga a pagar a la persona a cuyo favor se extiende (beneficiario) una cierta cantidad de dinero, contra la sola presentación del documento de cobro"¹⁷, o "una operación bancaria que consiste en un depósito de dinero en beneficio de un tercero; depósito que permite perfeccionar un contrato de prenda de dinero que el tomador celebra con el beneficiario para garantizar una obligación principal en favor de este"¹⁸.*

¹⁵Vid. Juan Sánchez- Calero Guilarte, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a Primera Demanda* (Madrid, 1995), pág. 76 y sigs. Acerca de las analogías y diferencias con la carta de crédito Stand- by, véase pág. 111 y sigs. Vid Rodrigo Winter Iguait, *La Boleta de Garantía Bancaria. Análisis Práctico y Jurídico* ob.cit. Pág. 87-89.

¹⁷Rodrigo Winter Iguait, *La Boleta de garantía Bancaria. Análisis Práctico y Jurídico* ob.cit. pág. 15

¹⁸Miguel González Saavedra *La Boleta Bancaria de Garantía* (Santiago, 1962) pág. 7.

Se trata, como se advierte, de un depósito de dinero que el "tomador" realiza en favor de un tercero, "el beneficiario", con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones del primero en favor del segundo. El certificado que emite el Banco interviniente se llama "boleta de garantía".

La diferencia con respecto a las boletas «tomadas en efectivo» radica en que, en todo caso el banco le «entrega» (ficta o simbólicamente) el dinero al tomador, para que éste, a su turno, lo entregue al banco a fin de constituir el depósito propiamente dicho.

En la práctica, por razones de economía y para evitar trámites inútiles, no hay entrega real de dinero, tal y como sucede cuando el Banco otorga un crédito para reprogramar otro anterior, pagándolo y extinguiéndolo, por medio de una novación por cambio de objeto.

Como se sabe, en esos casos el desembolso real no se produce, pues los fondos son aplicados de inmediato al objeto que se tuvo en vista con ocasión del segundo crédito.

Análoga situación se produce con la «entrega» de las letras hipotecarias al vendedor de un inmueble -que regularmente nunca toma contacto físico con ellas-, en los mutuos de esa naturaleza.

Las normas que rigen estos instrumentos están contenidas en la Ley General de Bancos (art. 69 N°13) y las Circulares que emite la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Recopilación Capítulo 8-11).

Presenta la característica de ser una garantía autónoma, incondicional e irrevocable, a menos que se convenga lo contrario, y es intransferible por endoso, salvo el endoso en comisión de cobranza (art. 18, Ley N° 18.092).

Su objeto es caucionar obligaciones de hacer que no sean de crédito de dinero, con la salvedad de aquellas extendidas en beneficio de las entidades del sector público que deben llevar la glosa «a favor de organismos públicos», en cuyo caso se autoriza la caución para garantizar obligaciones que representan la entrega diferida de una suma de dinero cuando la exigencia de otorgar tales Boletas emana de la institución a cuyo favor se extienden.

3.- Antecedentes:

La Boleta Bancaria de Garantía presenta una peculiar historia que la separa del resto de los depósitos bancarios.

Nacen de la práctica comercial por razones muy concretas. Antes que se promulgara el D.L. 559 en el año 1925 (Ley General de Bancos), los Bancos podían caucionar el cumplimiento de obligaciones ajenas otorgando su fianza.

Al dictarse esta ley se estimó que los bancos solo podían realizar las operaciones que expresamente se autorizaba, con lo cual se entendió que no podían prestar su fianza al no estar señalada ésta figura, dentro de las operaciones bancarias permitidas.

Se estimó por la Superintendencia que, no obstante, los bancos podían emitir depósitos constituidos en garantía, que por ser depósitos los bancos si estaban autorizados a recibir.

La anterior situación se vino a modificar a partir de la Ley 13.305, que permitió a los bancos otorgar avales y fianzas además de las Boletas Bancarias.

Sin embargo, la necesidad de contar con una sólida garantía bancaria hizo popular el uso de estos documentos, considerándose que en la mayoría de los casos el cliente o tomador de la boleta no hacía un depósito con sus propios fondos el banco sino que éste otorgaba la boleta con los fondos provenientes de un préstamo que este le otorgaba.

Por motivos de seguridad y especialmente por la eventualidad de embargo o quiebra del cliente-tomador, supuesto ante el cual "el banco tendría dificultades para compensar o embargar el depósito por el crédito que se le debía", se optó por modificar (1931) la Ley General de Bancos configurándose a partir de entonces su característica más significativa, esto es el privilegio de la inembargabilidad por terceros extraños al contrato u obligación que caucionan las boletas, ni tampoco pueden estar afectas a la concurrencia de ningún otro acreedor.

La circunstancia que esta institución jurídica carezca de una específica regulación legal, como sucede con otras instituciones comerciales denominadas "atípicas", no obsta a que exista un reconocimiento formal de la existencia de esta operación, ampliamente acreditada por su cotidiana aplicación. Tampoco tienen explícito reconocimiento legal algunas prácticas internacionales, sobre la base de las cuales los bancos realizan diversas

operaciones, como por ejemplo, las propias cartas de crédito «stand by», los swift o los arbitrajes de monedas.¹⁹

Por lo demás, en el Derecho Comercial Moderno, existe la tendencia a dar cabida a contratos elaborados al amparo de la autonomía contractual y al compás del proceso de especialización e internacionalización de la economía y que se desplazan en forma expansiva desde el mundo anglosajón, manteniendo incluso su denominación de origen, como sucede con el leasing, el factoring, el franchising o los contratos de colaboración empresarial o joint-venture, o aquellos que se aplican a la instalación de una actividad industrial o contrato de engineering, o bien, el contrato de forward que se utiliza en el ámbito financiero para asegurar el tipo de cambio en los arbitrajes de monedas.

A pesar que como señalábamos en un comienzo, las boletas de garantía reconocen su origen y eficacia en la práctica o costumbre mercantil bancaria (art.4º del C. de Com.), no cabe duda que un acuerdo de voluntades de esta naturaleza tiene pleno amparo jurídico por tratarse de un contrato «legalmente celebrado» (artículo 1.545 del Código Civil) cuya fuerza y sanción se asimila nada menos que a los efectos de una ley.

El número 13, del artículo 69 de la Ley General de Bancos -al igual que el Nº 10 del artículo 83 de la anterior legislación bancaria, DFL. 252 de 1960- y las Circulares que emite la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Recopilación Capítulo 8-11), reconocen en forma expresa la existencia de estas boletas.

4.- Principales características de las boletas.

La Boleta Bancaria es una garantía autónoma por excelencia, ya que tiene una vida independiente del contrato que garantiza. El banco emisor no podrá alegar que el contrato subyacente no ha sido cumplido en forma fiel y en tiempo oportuno.

Esta característica obedece a lo que en el ámbito del derecho anglosajón se denomina «primero pague y luego discuta» (pay first, argue later), cuya justificación obedece al objetivo que cumple la boleta.

El beneficiario eso sí, debe cuidar de no abusar de la garantía o reclamarla o extenderla fuera de los casos permitidos debiendo devolverla al tomador, en los casos en que proceda.

¹⁹Resulta curioso constatar que las cartas de crédito stand-by presentan su origen en las «prohibiciones legales a los bancos norteamericanos de asegurar por medio del otorgamiento de garantías personales el cumplimiento de obligaciones ajenas.» Vid. Juan Sánchez- Calero Guilarte, *El Contrato autónomo de garantía. Las Garantías a Primera Demanda*, (Madrid, 1995), págs. 113-114; Fernando Sánchez Calero y otros, *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, (Madrid, 1996).

La Corte de Apelaciones de Talca (Rev. de Der.y Jurisp. Año 1988, Seg. Parte, Secc. Quinta p.212) 27 de mayo de 1.988 “ Empresa Constructora Fuenzalida y González con Alcalde (s) de la I. Mun. de Curicó.” (recurso de protección) ha mantenido este criterio al estimar que la conducta de la I. Municipalidad- que había ordenado hacer efectiva la Boleta era equivalente a una “auto tutela declarativa ilícita”.²⁰

Pueden emitirse con validez de un plazo determinado, al cual debe hacerse referencia en la propia boleta y deseablemente, en el contrato caucionado. Transcurrido el plazo máximo establecido sin que el beneficiario la haya hecho efectiva, se entenderá haber caducado su validez.

Si no tienen señalado plazo, tendrán duración permanente hasta que prescriban los derechos del beneficiario.

La Superintendencia, en caso de boletas emitidas con cargo a un préstamo bancario (contra crédito), recomienda a los bancos con el objeto de acotar su responsabilidad, colocar en el texto una exigencia adicional por la cual el beneficiario con una determinada anticipación, normalmente treinta días, avise su ánimo de hacerla efectiva comunicándole al tomador de la boleta el cobro de la misma a fin de que este prevea de los fondos para efectuar el pago o haga valer sus derechos en caso de cobro irregular (recurso de protección, medida perjudicial precautoria de retención).

El Banco se encuentra obligado a pagar el importe de la boleta transcurridos los treinta días aunque el aviso se haga el último día de vencimiento.

Es una garantía irrevocable, salvo que se convenga lo contrario; es intransferible por endoso, salvo el endoso en comisión de cobranza (art. 18, Ley Nº 18.092).

Pueden ser emitidas en moneda nacional con o sin cláusula de reajustabilidad o en moneda extranjera o expresadas en moneda extranjera pagaderas en moneda nacional.

En síntesis, a diferencia de la fianza de los avales y de las cláusulas penales que son accesorias a un contrato principal, las boletas bancarias son independientes y fruto del ejercicio de la autonomía contractual. A través de estas garantías el banco garante asume ante el beneficiario una obligación independiente consistente en la obtención de un resultado sin

²⁰Establece el fallo “Pero lo que es de mayor importancia es que la finalidad de la garantía ha sido alterada, ya que su objetivo era asegurar la correcta ejecución de las obras, según lo acreditaba la cláusula décima del contrato tipo suscrito por ambas partes, después de lo cual existe la obligación de restituirla, una vez extendida el acta de recepción definitiva.”

que puedan oponerse las excepciones del contrato subyacente (independent of the performance of the underlying contract for which the credit was issued).

Como se advierte en la especie, los riesgos del incumplimiento de la obligación garantizada (allocation of risks) se transfieren del acreedor que es beneficiario de la boleta, al deudor que es el tomador de la misma, quien tendrá que iniciar las acciones judiciales en caso que se haya efectuado un cobro indebido de la boleta.

5.- Naturaleza Jurídica de la Boleta Bancaria de Garantía.

La Boleta Bancaria de Garantía presenta una naturaleza compleja ya que engloba negocios jurídicos diferentes. Algunos han sostenido que se trata de una prenda de dinero, y recuerdan, la práctica de usar dinero como prenda en las Bibliotecas, para garantizar la devolución de libros.

La Corte Suprema en fallo de 11 de Enero de 1947.²¹ expresamente admitió que «el valor real y efectivo que la moneda representa, pueda utilizarse en otros fines, como el de garantizar el pago de una obligación cualquiera», agregando que: «Si no pudiera calificarse como prenda la garantía consistente en una suma de dinero, constituiría de todos modos una caución que no esta prohibida por la ley».

El Código de Procedimiento Penal, en materia de libertad provisional (art.371) permite sustituir la fianza por un depósito de dinero. Igual cosa sucede en materia de solicitudes de quiebra con la consignación inicial (art. 44 de la Ley 18.175) y en materia de juicio ejecutivo con relación al interesado en hacer posturas (art. 494 C.P.C.).

Los autores que se han ocupado del tema postulan su explicación desde ángulos diversos.

La mayoría estima que entre el tomador y el banco emisor tiene lugar las figuras jurídicas del depósito y la estipulación en favor de otro en tanto que entre el tomador y el beneficiario existiría una prenda, para algunos de dinero, para otros sobre el crédito.

Entre las más relevantes:

a) **Don Raúl Varela Varela**²², opina que estamos delante de «una

²¹Sentencia «Wessel Duval y Cía con Saelzer y Scharzenberg», Casación en el Fondo 11 de Enero de 1947, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Año 1948, Segunda Parte, Sección Primera, págs. 120-143; nota de don Raúl Varela Varela, págs. 124 y sigs

²²Comentario a la Sentencia «Wessel Duval y Cía. con Saelzer y Scharzenberg, Casación en el Fondo 11 de enero de 1947, Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1948, ob. cit. pág. 131, N° 19.

prenda de dinero depositado en manos de un banco representado en una boleta y que autoriza al acreedor prendario para hacerla efectiva y entrar en posesión efectiva, otorgándole una seguridad extraordinaria, ya que ningún acreedor puede disputarle el derecho a pagarse sobre su valor».

b) **Don Raúl Varela Morgan**²³, sostiene que es una combinación de negocios diferente, configurándola como un servicio que el banco presta a su cliente ya que para otorgar la boleta de garantía no es imprescindible la existencia de un depósito de dinero que el banco reciba.

El banco emite un título de crédito que contiene una promesa unilateral, incondicionada y abstracta en que se compromete a pagar el beneficiario una determinada suma.

Entre el tomador y el beneficiario la boleta sería una caución consistente en la prenda de la boleta o de la obligación consignada en ella, que el tomador entrega al beneficiario.

c) **Don Alvaro Puelma Accorsi**²⁴, sostiene que se trata de un negocio fiduciario o de confianza: «El tomador al hacer un depósito a nombre de un tercero, con fines de garantía, está realizando no un acto simulado, sino un negocio fiduciario que es real».

d) **Miguel González Saavedra**²⁵ Siguiendo a don Raúl Varela V. la define como un depósito de dinero en beneficio de un tercero que permite perfeccionar un contrato de prenda de dinero que el tomador celebra con el beneficiario para garantizar una obligación principal en favor de este.

e) Por último, don **Rodrigo Winter Igualt** ha negado el carácter de depósito de dinero que revise la boleta, particularmente en el caso de las boletas contra crédito, consagrándola como «un título de crédito intransferible emitido por un banco a nombre propio pero en virtud de un mandato del tomador, con el exclusivo objeto que este último lo utilice para garantizar al beneficiario el cumplimiento de la obligación que se consigna en su texto, y que es pagadero contra su sola presentación a cobro».

El citado autor formula severas críticas a la configuración de la relación jurídica entre el tomador y el banco garante o emisor asentada como dijimos, en un depósito y una estipulación en favor de otro²⁶, por la

²³Apuntes taquigráficos de las clases de don Raúl Varela Morgan tomados por don Miguel González Saavedra de los cursos de Derecho Bancario organizados por la Universidad Católica de Chile, citado por este último, págs. 27-34.

²⁴Alvaro Puelma Accorsi, *Estudios Jurídicos sobre Operaciones Bancarias* (Santiago, 1971), págs. 88 y sigs.

²⁵Miguel González Saavedra, *La Boleta Bancaria de Garantía* ob.cit.pág.7 y 41 y sigs.

²⁶Rodrigo Winter Igualt *La Boleta de Garantía Bancaria. Análisis Práctico y Jurídico* ob.cit.págs. 62-73

incertidumbre jurídica que trae aparejada la eventual revocación y postula que la relación jurídica entre el tomador y el beneficiario se acerca a lo que el denomina "contrato innominado de garantía"²⁷

6.- Partes que intervienen en la operación:

a) El tomador de la boleta de garantía, que es el cliente del banco que necesita garantizar el cumplimiento de una obligación principal y obtiene para ello la emisión de la boleta de garantía, sea mediante un depósito en dinero en efectivo o documentado con un préstamo a través de un pagaré a la vista, que es una verdadera "contragarantía" del banco emisor.

b) El beneficiario, que es el acreedor de la obligación principal que el tomador cauciona. Es la persona a cuyo favor se emite la Boleta de Garantía, o, en otros términos, es el titular del derecho que acredita o da cuenta el documento.

c) El banco emisor del documento, que recibe el depósito y otorga el certificado o boleta como consecuencia de haber celebrado con el tomador un contrato que lo obliga a dicha emisión.

Sea que se constituya a través de la recepción de un depósito efectivo o por un crédito que le concede el banco a su cliente y cualquiera que sea la obligación que caucione, el banco no interviene en las relaciones entre tomador y beneficiario.

7.- Relaciones jurídicas que intervienen en ella:

A nuestro entender, la operación con boletas bancarias de garantía es un acto complejo en que intervienen diversas figuras.

Entre el tomador y el banco se dan las figuras del depósito y de la estipulación en favor de otro, en tanto que entre tomador y el beneficiario se dice que están relacionados por un contrato de prenda de dinero.

Confluyen, en síntesis, tres actos jurídicos:

a) Un contrato de depósito sea en efectivo, o a través de un mutuo que solicita el tomador al Banco emisor y que se instrumenta en un pagaré a la vista. Si la garantía no se hace efectiva, como ocurre en la mayoría de los casos, la boleta se restituye por el beneficiario al tomador y lo que el banco percibe por este servicio son los intereses de la operación de crédito.

b) Una estipulación en favor de otro, que en este caso se celebra entre el tomador y el banco, por la cual se considera depositante al beneficiario desde que la acepta.

²⁷Rodrigo Winter Iguait, *La Boleta Bancaria. Análisis Práctico y Jurídico* ob.cit.págs. 110-111.

c) Finalmente, entre tomador y beneficiario las relaciones se rigen por un **contrato de prenda de dinero** de acuerdo a las características precedentemente señaladas. Surge, naturalmente, una figura de garantía.

8.- Objeto de las boletas garantías:

Únicamente se permite caucionar obligaciones de hacer que no sean de crédito de dinero con la salvedad de aquellas extendidas en beneficio de las entidades del sector público que deben llevar la glosa "a favor de organismos públicos", en cuyo caso se autoriza la caución para garantizar obligaciones que representan la entrega diferida de una suma de dinero cuando la existencia de otorgar tales Boletas emana de la institución a cuyo favor se extienden.

Cabe señalar, que dentro del concepto de obligación de hacer²⁸ se comprende aquella que tenga por objeto garantizar la devolución de los anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer, como sucede precisamente con aquella que extiende el contratista en favor del mandante.

9.- Problemas que se presentan en torno al cobro de la boleta:

El carácter autónomo y abstracto que exhibe la boleta inhibe al banco emisor a oponerse bajo cualquier forma al pago de la boleta en el evento que el beneficiario reclame su importe y las obligaciones que cauciona no existan o hayan sido debidamente cumplidas, o exista un plazo o condición pendiente para su cumplimiento, o cualquiera otra excepción derivada del negocio causal (nulidad, incumplimiento, etc.)

El banco debe atenerse exclusivamente a la literalidad del título y de las obligaciones que en el consignan y no puede negarse a cumplir la obligación alegando o aduciendo razones o defensas que no surjan del tenor del mismo.

La referencia que se hace en el texto a las obligaciones garantizadas sirve únicamente para delimitar el alcance de la garantía y su ámbito específico, ya que de acuerdo lo ordena la Superintendencia, "en ningún caso puede disponerse de la boleta de garantía para una finalidad distinta de aquella para la cual fue tomada". (Capit.8-11 N° 1.-1.-).

En el supuesto que se pacte entre tomador y beneficiario que la

²⁸Miguel González Saavedra, *La Boleta Bancaria de Garantía* ob. cit pág. 104: "En nuestra opinión, no hay ningún inconveniente de orden jurídico para que la boleta bancaria de garantía caucione indistintamente, obligaciones de dar, de hacer o de no hacer; porque la prenda de dinero- que es el vínculo jurídico que existe en las relaciones del tomador con el beneficiario- procede respecto de cualquiera de esas obligaciones, sin que la ley civil o mercantil lo prohíba o limite."

boleta sirva de caución para obligaciones distintas a las que se indican en ella, se estaría infringiendo la condición impuesta para su pago y en tal supuesto, pensamos que el banco debe excepciones oponiéndose a ello.

10.- La Boleta Bancaria y la intervención jurisdiccional.

En principio, el funcionamiento de la Boleta Bancaria descarta la intervención de tribunal alguno, de modo que el beneficiario debe limitarse a cobrarla directamente al Banco.

Sin embargo, siempre queda a salvo la posibilidad de acudir a los Tribunales, aunque por cierto, con diversos resultados.

En efecto, existen casos puntuales en que han intervenido nuestros Tribunales, como por ejemplo, aquellos en que las Cortes de Apelaciones han rechazado, por la vía de recursos de protección, la alegación del tomador de una boleta que pretende inhibir el cobro por parte de su legítimo beneficiario. Años atrás, como dijimos, la Corte de Apelaciones de Talca sentó el criterio de que el beneficiario debía cuidar de no abusar de la garantía o reclamarla o extenderla fuera de los casos permitidos, debiendo devolverla al tomador, en los casos que procediera, estimando que la conducta de la I. Municipalidad -que había ordenado hacer efectiva la Boleta- era equivalente a una «autotutela declarativa ilícita».

También quedan fuera las situaciones en que se comprueba -casos muy excepcionales- en que nuestros tribunales han aceptado medidas precautorias que inhiben el pago de la boleta y otros en que ha existido fraude.²⁹

Por otra parte y siempre dentro de la esfera de la jurisdiccional, hay quienes han sugerido incorporar a los contratos caucionados, una cláusula arbitral.

Prado Puga estima que dicha cláusula arbitral no debe extenderse al cobro de las boletas ya que con ello se desnaturaliza la autonomía de estos instrumentos exigibles «a primera demanda».

Sostener lo contrario podría significar involucrar a los Bancos en los contratos que dieron origen a su emisión lo cual, a la larga, implicaría privar a los bancos de prestar este servicio cuya característica fundamental es la incondicionalidad de su pago.³⁰

²⁹ Véase Derrick C. Tay - David M.A. Amato *Fraud and Letters of Credit* (Toronto, Ontario 1998)
³⁰ One general exception to the principle of autonomy has been recognized in the common law: Fraud on behalf of the beneficiary allows an issuing bank to dishonour an L/C.

³⁰ Este criterio es aplicable incluso cuando la obligación caucionada ha sido cumplida por el deudor-tomador en forma parcial ya que nada obsta a que la boleta pueda ser parcialmente cobrada y que el acreedor beneficiario renuncie a cobrar el saldo conforme a los principios que gobiernan la renuncia de derechos en el C. Civil (art. 12)

En todo caso, de establecerse alguna, dicha cláusula en nada obstaría a que el beneficiario cobre de todas formas la boleta sin necesidad de recurrir al árbitro, a menos que se haya condicionado expresamente la ejecución de la boleta a la autorización previa del árbitro³¹, el cual conocerá, de todas formas, de cualquier reclamación posterior acerca del cobro indebido de la boleta.

11.- Sobre si la Boleta constituye un título de crédito:

Debido a que la boleta bancaria se extiende con carácter de nominativa y no endosable (Capit. 8-11 N° 1.-2.-), y para una finalidad específica, de circulación muy restringida, la doctrina la distingue como un título de crédito o título valor, por la conexión con el derecho que en el se indica- de aquellos que se clasifican como de «legitimación» - y que sirven para identificar al acreedor de la prestación quien se encuentra designado en el título, en posesión del mismo y habilitado para su presentación al cobro.

Distinto es el caso de los «títulos de circulación» o «fungibles» (a la orden o al portador) creados o que se emiten para ser transmitidos y facilitar la legitimación del titular por el hecho de la posesión del título.³²

IV.- El Seguro de Garantía

1.- Ideas Generales. Origen y desenvolvimiento histórico. Diferencias entre el seguro de garantía y la fianza.

Mediante el contrato de seguro de garantía, el asegurador se obliga a pagar al asegurado, llamando también beneficiario, la indemnización que corresponde por causa del incumplimiento del deudor afianzado, de las obligaciones legales o contractuales cubiertas por la póliza.

Las primeras compañías que se ocuparon del seguro de crédito, institución muy cercana al de garantía fueron la British Commercial Insurance Co. (1820) y, con más propiedad, la «Assurances Generales de Trieste» (actualmente «Assicurazioni Generali») de Italia, en 1837.³³

³¹ La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, con fecha 06 de Mayo de 1996, en fallo confirmado por la Excm. Corte Suprema, estableció que las boletas de garantía emitidas en cumplimiento de un contrato de construcción en que se había pactado arbitraje para solucionar todas las controversias entre los contratantes, no pueden ser cobradas unilateralmente por quien las recibe sino previa resolución del árbitro ya que de lo contrario se conculca el derecho de propiedad. Vid Memorandum N°185-1996, Oficina Coordinadora.

³² Rodrigo Winter Iguait, *La Boleta Bancaria. Análisis Práctico y Jurídico* ob.cit.pág. 100-102 y pág.108.

³³ Javier Camacho de los Ríos «El Seguro de Caución, Editorial Mapfre, 1994 pág. 10 y sig.

En cuanto a su consagración en la ley positiva, “la mayoría de la doctrina sitúa su reconocimiento legislativo en el Código de Comercio Italiano de 1882”³⁴, cuyo artículo 440 se refería mas propiamente, en general, al seguro de crédito. Por su mayor antigüedad e, incluso por su mejor redacción, cabe citar al respecto el art. 6 de la Ley Belga sobre Contrato de Seguro de 1874.

En nuestro país, si bien no está reglamentado por el Código de Comercio, el Seguro de Garantía ha sido regularmente usado en los últimos 50 años, si bien tan solo en la última década ha tenido un impulso importante, con el apareamiento de las pólizas llamadas “a primer requerimiento” o “de ejecución inmediata”.

En la doctrina se discute si el seguro de garantía es propiamente un seguro o no, habiendo muchos que sostienen que no lo es y que su naturaleza jurídica no es otra que la de una forma mas de caución.

En principio resulta muy dificultoso en la practica encontrar entre esta institución y el contrato de fianza diferencias esenciales. Es mas. En algunos países, entre los cuales el más importante de Estados Unidos, en general la Compañías de Seguros no otorgan este tipo de coberturas (no obstante lo cual a fines del siglo pasado y principios del presente se formaron 3 compañías que lo emitían). En ese país es más usado un tipo de cobertura que en cambio emiten las instituciones de crédito bajo el nombre de “Performance Bonds”.

En otros, como los países Europeos, el Seguro de Caución tiene gran importancia, a tal punto que fuera de las más arriba citadas de Inglaterra e Italia , otorgaron coberturas de este tipo compañías de Francia, desde 1845; Alemania, 1885; Noruega, 1915; Dinamarca, 1895; Suiza, 1920; Bélgica, 1909; Holanda, 1893; España, 1929; y Checoslovaquia, 1927.

La verdad es que si bien existe una gran semejanza entre el contrato de seguro y la fianza, de acuerdo a la ley chilena se trata de dos contratos diferentes y no puede discutirse que el Seguro de Garantía tiene todas las características y cumple con todos los requisitos de un contrato de seguro.

Las razones que apoyan esta conclusión son varias:

1.- En primer lugar el texto de diversas disposiciones legales que se refieren explícitamente al contrato de seguro de garantía, entre las que cabe citar:

a) El art. 11 del D.F.L.Nº 251, que, al referirse a las Compañías de Seguros Generales (conocidas también como “compañías de primer grupo”), establece que:

³⁴(Ob.cit. pág.13).

“Los riesgos de crédito deberán ser asegurados solo por Compañías del primer grupo que tengan por objeto exclusivo precisamente cubrir este tipo de riesgos, pudiendo, además, cubrir los de **garantía** y fidelidad”;

b) El artículo 109 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, que dispone:

“ La caución para el fiel cumplimiento de los contratos deberá constituirse mediante boleta de garantía bancaria. Sin embargo, los funcionario a quienes corresponda resolver la aceptación o rechazo de las propuestas, podrán aceptar, previo informe favorable de la fiscalía de obras públicas, pólizas de garantía otorgadas por compañías de seguros, siempre que dichas pólizas contengan las mismas condiciones de seguridad, cubran los mismos riesgos de responsabilidad y puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancarias.”;y

c) El art. 129 del D.F.L.458, que contiene el texto actual de la Ley General de Urbanismo y construcciones, señala que:

“La garantía de urbanización por el total de las obras de urbanización que exige esta ley para el efecto de autorizar ventas y adjudicaciones de sitios antes de estar ejecutada y recibida la urbanización, podrá consistir, indistintamente, en valores hipotecarios reajustables u otros garantizados por el Estado, boletas bancarias o pólizas de seguros”.

2.- Según lo dispone el art. 4º del D.F.L.Nº 251, el comercio de asegurar riesgos a base de primas, solo pueden hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguro que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro, y actividades que sean afines o complementarias a este, de modo que si se concluyere que las pólizas de garantías no son un contrato de seguros sino un contrato de fianza, las Compañías del ramo no podrían emitirlos, puesto que excederían del giro y objeto exclusivo que la ley les reserva.

3.- Como todos los seguros, el contrato de seguro de garantía es, en Chile, solemne, puesto que se perfecciona, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 514 del Código de Comercio, mediante la emisión de la póliza, en tanto que en nuestro país el contrato de fianza es consensual.

4.- En la fianza, es de la naturaleza el denominado “beneficio de excusión”, según el cual el fiador tiene derecho de exigir al acreedor que se dirija primeramente en contra del deudor principal y solo una vez que esta gestión fracase es posible dirigirse en contra del fiador.

Por lo contrario, hoy en día lo normal es que en las pólizas de seguro

de garantía no exista el beneficio de excusión, de modo que el titular de ellas puede dirigirse directa o inmediatamente contra la Compañía sin ser requisito previo el haber perseguido al deudor principal.

5.- También es de la naturaleza en la fianza, que esta no sea remunerada. De modo que, salvo estipulación en contrario, el fiador no puede cobrar al afianzado una remuneración, en tanto que en el contrato de seguro de garantía, la remuneración para el asegurador, que se llama prima, es de la esencia del contrato de seguro es absolutamente nulo.

6.- Por último, mientras en el contrato de fianza las partes estipulan sus términos y condiciones con entera libertad, el seguro de garantía es un contrato dirigido, toda vez que no se puede pactar sino en pólizas cuyo texto haya sido previamente inscrito en un registro que lleva al efecto la Superintendencia de Valores y Seguros, a menos que en el seguro que se celebre, tanto el asegurado como el beneficiario sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga no sea inferior a U.F. 200, debiendo la póliza respectiva ser firmada por los contratantes.

En cualquier caso, es preciso reconocer que es tan distinta la operación de los seguros de garantía (y la de los seguros de crédito también), que la que rige a los seguros generales, entre los que tradicionalmente se incluía a aquellos, que el legislador chileno ha estimado del caso crear, a fines de la década de los ochenta (en virtud de las leyes 18.660 de 1.987 y 18.814 de 1.989, que reformaron el art.11 de D.F.L. 251, que reglamenta la actividad aseguradora en Chile), una categoría específica de compañías de seguros, llamadas Compañías de Seguros de Crédito, pudiendo estas cubrir, además, los riesgos de garantía y fidelidad.

A virtud de esta normativa legal, hoy en día los seguros de garantía pueden ser contratados por compañías de seguros generales o por compañías de seguros de crédito y caución.³⁵

2.- Similitudes entre el contrato de seguro de garantía y el contrato de fianza.

No obstante que hemos llegado a la conclusión de que se trata de instituciones distintas, que tienen un perfil y una identidad jurídica propia y diferente, existen entre ellas notables semejanzas, a saber :

a) Ambos contratos son, por su naturaleza, cauciones.

La circunstancia de que el seguro de garantía sea por esencia un

³⁵En relación a éste punto vid. "Re-Capacitando", Volumen II, Publicación de "American Re Insurance Company (Chile) S.A.", Capítulo 12, Juan Achurra Larraín, "Aspectos Jurídicos del Seguro de Garantía" págs. 225y sigs.

contrato de seguro, no impide que cumpla la función de una caución y que dentro de estas, sea una caución de tipo personal, por que implica la garantía de un patrimonio distinta -el de la Aseguradora- que se obliga en beneficio del acreedor hasta concurrencia de la suma contratada.

b) Ambos son, como todas las cauciones, contratos accesorios, lo que significa que su existencia está subordinada a una obligación principal a la que acceden, de modo que la inexistencia, nulidad o cualquier modo de extinción de dicha obligación principal, extinguen también al seguro de garantía en cuanto contrato de seguro.

c) En los dos contratos, el garante (compañía aseguradora o fiador según sea el caso) no pueden obligarse en términos más amplios y/o gravosos que el deudor principal.

d) En ambas instituciones, el garante que ha pagado al afianzado tiene el derecho de repetir en contra el deudor principal, las sumas que haya pagado al acreedor por causa del incumplimiento de las obligaciones de este.

3.- Definiciones del contrato. Partes que intervienen en él.

Como hemos avanzado, *el seguro de garantía es aquel en el cual un asegurador se obliga a pagar al asegurado o beneficiario, las pérdidas en dinero que le irroque el incumplimiento por el deudor afianzado en la póliza, de obligaciones legales o contractuales individualizadas en ellas, dentro de los límites establecidos en la ley y la póliza.*

Por lo tanto, las relaciones jurídicas en torno a las cuales el seguro de garantía gira, surgen de dos fuentes:

1) La que provienen del acto jurídico, normal pero no únicamente un contrato, que son fuente de las obligaciones que contrae el afianzado por la póliza; y

2) Las que emanan de la póliza de seguro de garantía, de las cuales, la principal que contrae el que la contrata es pagar la prima y la principal que contrae el asegurador es pagar la suma asegurada o parte de ella al beneficiario de la póliza, en el evento de que el afianzado no cumpla con las obligaciones respecto de aquel a que se refiere el número 1) precedente.

En este tipo de contratos de seguros intervienen normalmente tres partes perfectamente diferenciadas entre sí: el tomador del seguro, el asegurador y el asegurado o beneficiario de la póliza.

a) El tomador.

Se le individualiza también con las denominaciones "contratante" o "afianzado".

El término afianzado designa específicamente a la persona del deudor cuyas obligaciones para con otra persona son garantizadas mediante la póliza de seguro de garantía.

Usualmente se trata de la misma persona que contrata el seguro, no obstante lo cual, en este seguro es dable encontrar la figura del seguro contratado por cuenta ajena, reglamentada por el artículo 519 del Código de Comercio, según el cual... "el seguro puede ser contratado por cuenta propia, o por la de un tercero en virtud de un poder especial o general y aún sin su conocimiento y autorización".

Por lo tanto, el seguro de garantía puede ser contratado por un tercero a nombre de un tomador, en virtud de un poder general o especial e incluso sin este, pero por su cuenta y cargo, en aplicación a la institución de la estipulación en favor de otro.

Es mas, no vemos inconveniente en que el seguro de garantía pueda ser contratado por cuenta propia, o a cargo del afianzado, por el propio asegurado beneficiario.

El afianzado suele también ser llamado «tercero» (persona distinta del asegurador y del asegurado) o «tomador» del seguro. No obstante, y reconociendo que en la inmensa mayoría de los casos la póliza es contratada por el afianzado o deudor para serle presentada a su mandante o contraparte y -desde el punto de vista del seguro- asegurado, es difícil tener por razonable algún impedimento para que la póliza pudiese ser contratada por el mismo asegurado o beneficiario, de modo que el afianzado no siempre será el tomador de la póliza.

En consecuencia, tomador o contratante de la póliza pueden ser tanto del afianzado (lo más común) como el asegurado (realmente excepcional, al menos en Chile). Es claro que tratándose de contratos adjudicados por el MOP (mandante), será siempre el afianzado (contratista) quien contrate o "tome la póliza".

b) El asegurado o beneficiario.

Es la persona del acreedor a cuyo favor se emite la póliza y que, en caso de siniestro, esto es, de incumplimiento de la obligación garantizada por el contrato de seguro de garantía, tiene derecho a cobrar la indemnización correspondiente.

c) La Compañía Aseguradora.

Es la Compañía de Seguros Generales o la especializada en Seguros de Crédito y Caución que emite la póliza.

Es de hacer notar que, dadas las especiales características de este tipo de seguro, la compañía emisora de la póliza deber ser especialmente cuidadosa en investigar el perfil de cumplimiento que de sus obligaciones ha hecho y que se puede presumir que en el futuro hará el candidato a afianzado. De hecho se trata de una emisión de pólizas en la que el análisis económico del "riesgo del crédito" es esencial.

4.- Estatuto jurídico del Seguro de Garantía.

En atención a su doble naturaleza -seguro y fianza- las relaciones entre las personas que en el contrato de seguro de garantía intervienen se rigen por las cláusulas y condiciones de la póliza, subsidiariamente por las normas legales aplicables a todo contrato de seguro de garantía y, por último, por las normas que en relación a la fianza están contenidas en los Códigos Civil y de Comercio.

Estimamos necesario remarcar que el orden es el precedentemente expuesto, de modo que la fuente principal para determinar los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el contrato será siempre la póliza de seguro, en particular, la propuesta de seguro que le sirve de antecedente (junto con los documentos presentados a la Compañía con ella) y las condiciones generales y particulares de esta.

5.- Contenido de las pólizas de seguro de garantía.

1.- Obligaciones susceptibles de ser aseguradas.

Como hemos dicho, este seguro garantiza el fiel y oportuno cumplimiento de la o las obligaciones contraídas por el deudor, en favor del asegurado o afianzado.

Por lo tanto, en éste seguro el siniestro estará dado por el incumplimiento absoluto o parcial que de sus obligaciones garantizadas por la póliza, haga el deudor. El incumplimiento será total cuando el deudor haya infringido totalmente sus obligaciones garantizadas por la póliza, y parcial cuando las haya ejecutado, pero en forma incompleta y/o defectuosa o tardía.

Sin embargo, tradicionalmente, por razones técnicas y reglamentarias en la póliza de seguro de garantía propiamente tal, que es aquella que pueden emitir las Compañías de Seguros Generales (y también las de

Crédito y Caución), sólo se ampara el incumplimiento de obligaciones de hacer o 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.

En efecto, normas administrativas emanadas de la Superintendencia de Valores y Seguros, prohíben a las Compañías de Seguros no especializadas en seguros de crédito, garantizar el pago de obligaciones de dinero, tales como precios o saldo de precios, mutuos o préstamos de dinero y letras de cambio o pagarés. Estas mismas compañías pueden, atendida su naturaleza, otorgar coberturas que amparan, en una misma póliza, riesgos de crédito y de caución.

No hay completo acuerdo en la doctrina, respecto de si la póliza de seguro de garantía puede extenderse a caucionar obligaciones de no hacer en tanto que es indiscutida su aptitud para amparar obligaciones de hacer.

En efecto, se sostiene que la póliza de seguro de caución es un....“medio de reforzamiento de un derecho de crédito en sentido amplio”, por lo que estarían excluidos del análisis los...”seguros de infidelidad, o seguros de malversación, de gran arraigo en los países sudamericanos y anglosajones, ya que estos, al tener por objeto la cobertura de los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de un acto de infidelidad o falta de honradez de personas que están unidas por un vínculo laboral, se identifican con el aseguramiento de obligaciones de no hacer, o de comportamiento negativo”, que no se ajustarían ...”a nuestra idea de seguros de caución”.³⁶

En lo que si hay completo acuerdo es que, si bien el seguro de caución puede garantizar obligaciones emanadas de las relaciones jurídicas mas variadas, es lo mas frecuente que...” esta venga conectada a contratos de ejecución de obras, suministros o gestión”.³⁷ Uno de los mas importantes campos es, pues, el ligado a contratos de construcción y/o urbanización, y naturalmente, los modernos contratos de concesión de obras públicas, que llevan insertos en si mismos un importantísimo y esencial componente de construcción de grandes obras públicas .

Por otra parte, es muy frecuente que se extienda a cubrir obligaciones precontractuales, siendo la mas importante la garantía de oferta o licitación; las que surgen durante el curso de la ejecución misma

³⁶Camacho de los Ríos ob.cit. pág. 23

³⁷Ob. cit.pág.25.

del contrato, como es la garantía de fiel cumplimiento de contrato y la garantía de correcta inversión de anticipos; por último, las obligaciones que permanecen aún después del término de la ejecución del contrato, como son las garantías de mantenimiento o calidad.

Actualmente, hay en vigencia 24 pólizas de seguros que bajo distintas modalidades cubren los riesgos de garantías o caución, algunas de las cuales amparan también, el riesgo de crédito.³⁸

2.- Multas o Cláusulas Penales.

En aplicación de la tesis sustentada en el párrafo precedente, se ha discutido mucho en la doctrina sobre si la póliza de seguro de garantía tradicional puede cubrir o no las multas o cláusulas penales, sobre todo si el monto de estas exceden del daño efectivamente sufrido por el asegurado o afianzado.

Para un importante sector de la doctrina, no habría impedimento en cubrir con este las multas o cláusulas penales, puesto que estas no constituyen sino una avaluación anticipada de los perjuicios que experimenta el patrimonio del acreedor a causa del incumplimiento de la obligación contraída por el deudor y si el afianzado tiene derecho a cobrar la indemnización de dichos perjuicios, no se divisaría la razón por la cual ese derecho no pudiera estar cubierto por una póliza de seguro.

Se trata de un tema complicado, por que por otro lado se arguye que una norma de este especie iría, cuando la multa o pena excede el valor del perjuicio real, contra el carácter meramente indemnizatorio del seguro, consagrado expresamente por el artículo 517 del Código de Comercio, reforzado por la norma del inciso primero del artículo 532 del mismo cuerpo legal.

Además, las pólizas de seguros de garantías tradicionales, suponen la existencia de un proceso de liquidación, que involucra no sola la determinación de si ha habido o no un siniestro cubierto por la póliza, sino además, en caso de que si lo haya, la determinación del monto de los perjuicios indemnizable y esto último, en caso de aceptarse la cobertura de multas y penas convencionalmente pactadas, quedaría automáticamente excluido.

En todo caso, con el surgimiento de las Compañías de Seguros especializadas en seguro de créditos y caución el problema tiende a desaparecer, puesto que a estas últimas nada les impide cubrir las multas

³⁸ Ver anexo contenido nómina de pólizas de seguro de garantía Inscritas en el Registro de la Superintendencia a la fecha.

y penas contractuales pactadas, así como también los créditos de dinero e incluso, ellas han puesto a disposición del mercado, modelos de pólizas que llevan incluso una cláusula denominada "de ejecución inmediata" o "a primer requerimiento", que obliga al asegurador a "hacer efectivo el seguro" hasta el momento de la suma asegurada, al sólo requerimiento del afianzado, materializado en una declaración suscrita por este en la que conste el hecho en que consiste el incumplimiento y el monto de la indemnización solicitada.

En síntesis, para resolver sobre el problema a que éste párrafo se refiere, resulta indispensable examinar en cada caso concreto, si el modelo de póliza ofrecido cubre o no las multas contractualmente estipuladas.

6.- Origen o causa del incumplimiento.

Si bien este, como en general, cualquiera otra tema vinculado con la obligación garantizada, debe ser materia del análisis que se haga de la póliza misma y de sus antecedentes, en general puede decirse que es posible asegurar toda obligación, siempre que el respectivo incumplimiento sea imputable al deudor o contratante del seguro.

En general, el deudor responde de los incumplimientos que son atribuibles a su hecho o culpa grave, leve o levísima, siempre y cuando la ley o el contrato o hayan restringido la especie de responsabilidad cubierta.

El deudor y, por ende, la compañía, no responde, salvo norma legal o contractual en contrario, del incumplimiento de la obligación que provenga de una caso fortuito o fuerza mayor.

En resumen, siempre que según la ley y/o el contrato el deudor sea responsable del incumplimiento de sus obligaciones, ya sea que provengan de dolo, culpa e incluso fortuito, en los mismos términos será responsable la Compañía Aseguradora, salvo disposición en contrario de la respectiva póliza.

7.- Distintos modelos o clases de Seguro de garantía actualmente en uso.

Como hemos dicho anteriormente, a partir de la ley 18.814 de 1.989, el artículo 3° letra e del D.F.L. N° 251 estatuye que no se puede contratar sino con modelos de pólizas previamente registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros.

Se supone que esta situación constituye un cambio en cuanto a la legislación preexistente, que exigía la aprobación de las pólizas por la Superintendencia; pero en la práctica, el organismo contralor no "registra"

las pólizas que previamente no hayan sido "aprobadas". En otros términos a pesar de que la ley ha querido relevarlo de la obligación de aprobar las pólizas, el organismo de control, celoso del interés público que protege, sigue examinando el contenido de las pólizas en un proceso de registro que involucra a su Departamento de Estudios y a su Fiscalía, y que puede durar varios meses.

Una vez registradas, pasan a estar disponibles para que las compañías autorizadas a comerciar en el ramo, puedan utilizarlas.

Inscritas en el Registro Público de Pólizas de la Superintendencias existen actualmente una amplia gama de pólizas de seguros de garantía³⁹, que podríamos subdividir en las siguientes categorías:

Primer criterio de clasificación:

A) Pólizas de seguro que cubren únicamente el ramo de Garantía.

B) Pólizas de seguros que combinan los ramos de Garantía y Crédito.

La subdivisión es importante, toda vez que con el primer tipo de pólizas pueden trabajar tanto Compañías de Seguros Generales como Compañías de Seguros de Crédito y Caución, en tanto que con el segundo sólo pueden operar las Compañías especializadas de Seguros de Crédito y Caución.

Segundo criterio de clasificación:

Una segunda subdivisión de las pólizas de Seguro de Garantía consiste en si su articulado (condiciones generales⁴⁰) contienen o no cláusulas que estipulen "ejecución inmediata", "pronto pago", "a primer requerimiento" o "a sólo requerimiento" es decir, por el grado de su "ejecutividad".

En efecto, tradicionalmente el siniestro de una póliza de seguro daba origen al procedimiento de "liquidación", que puede ser ejecutado por la propia Compañía o, en la mayoría de los casos (salvo los menores y triviales), lo ejecuta un Liquidador de Siniestros independiente.⁴¹

A este tipo de trámite están afectas las pólizas de seguro de garantía mas tradicionales, todavía en uso generalizado entre particulares.

³⁹Ver nota - infra 34.

⁴⁰Las condiciones generales son las cláusulas comunes aplicadas a todos los contratos de seguro que se extienden bajo un determinado modelo de póliza registrado.

⁴¹Para distinguirlos de los llamados liquidadores directos, que son funcionarios de las propias compañías y que efectúan lo que se conoce como una "liquidación directa".

La liquidación es un procedimiento en el cual se establece si el caso denunciado constituye o no un siniestro susceptible de ser cubierto por la póliza y, en caso afirmativo, el monto de las pérdidas indemnizable.

Desde este punto de vista, las pólizas de seguro de garantías mas modernas, que llevan una cláusula de "ejecutividad automática", "a simple requerimiento" u otra denominaciones similares, establecen la obligación del asegurador de pagar la indemnización al simple requerimiento, bastando con que se haga constar la causal de incumplimiento y el monto del perjuicio causado.

En suma, la Compañía queda obligada a pagar la correspondiente indemnización sin requerir previamente la opinión del afianzado, ni hacer otra comprobación que no sea que el cobro de la póliza se ajuste a los términos de la Póliza emitida.

Aún más. En este tipo de póliza de seguro de garantía más modernas se establece un plazo máximo, para que las Compañías paguen la indemnización, plazo que se mueve en el rango de entre 15 a 30 días.

8.- Contratación del Seguro de Garantía. Antecedentes necesarios. Documentos relacionados con él y en especial la póliza. Las contragarantías.

El Seguro de garantía se contrata en un proceso que comprende las siguientes etapas:

1.- Proposición del contrato.⁴²

Al igual que la gran mayoría de los seguros, la emisión de la póliza de garantía comienza con la propuesta de seguro que, generalmente en un formulario predispuerto por la propia Compañía, debe llenar el tomador.

En dicha propuesta debe identificarse claramente la persona del tomador a afianzado, el contrato y/o las obligaciones que se persigue garantizar y la persona del asegurado beneficiario del seguro.

Junto a la propuesta deben acompañarse los documentos relativos a la negociación que vincula al tomador con el beneficiario de donde arrancan las obligaciones del primero que se pretende garantizar y otros antecedentes legales relacionados con la persona del tomador, en especial,

si se trata de una persona jurídica, los que conciernen a la personería de quien comparece a su nombre.

Por último, el tomador debe acreditar ante la Compañía su solvencia o capacidad económica, por medio de copias de sus balances y estados de resultados, inventario de bienes que posea, etc., que en este tipo de seguro son de gran importancia puesto que, generalmente, de la solvencia del afianzado dependerá su cumplimiento o incumplimiento, en otro términos el grado de riesgo que asumirá el asegurador. Del mismo modo, la mayor o menor solvencia de tomador del seguro tendrá influencia en el posterior derecho a recupero que en favor del asegurador que paga, reconoce la legislación y la póliza.

2.- Las contragarantías.

Una vez que el asegurador ha evaluado el riesgo con los antecedentes mas arriba indicados, antes de entregarle la póliza al tomador, el asegurador le exige una contragarantía, esto es, un medio por el cual aquel que asegure el reintegro de lo que este tenga que pagar al asegurado por concepto de indemnización.

Las contragarantías van desde un simple pagaré que el tomador suscribe en favor de la Compañía, con algunas de sus menciones en blanco e instrucciones para llenarlas con los datos concernientes al monto y fecha, hasta fianzas de terceros y, en casos muy especiales algunos tipos de garantías reales.

3.- Emisión de la póliza.

Evaluado el riesgo, aceptada la proposición de celebrar el contrato de seguro y constituidas por el tomador las contragarantías, el asegurador procede a emitir y hacer entrega de la póliza, que es el instrumento -en nuestro país, el único -que perfecciona y acredita el contrato.

Las pólizas constan de dos partes:

a) Las condiciones particulares, que son aquellas en las que se identifica al tomador o afianzado, el contrato y las obligaciones garantizadas, la persona del beneficiario, la vigencia del seguro y el monto de la prima o precio del seguro.

b) Las condiciones generales, que son aquellas en las que se describen los alcances jurídicos de la cobertura, el riesgo, los derechos y obligaciones de las partes, los procedimientos en caso de siniestro y la forma en que se determina y paga la indemnización.

⁴²En la legislación y doctrina extranjera, esta es la denominación común de la institución. En la práctica chilena se usa bien la expresión "propuesta".

Son estas últimas, las condiciones generales, aquellas que constan en formularios pre impresos según modelos registrados ante la Superintendencia de Valores y Seguros, siendo prohibida la contratación bajo cláusulas no registradas, a menos que se trate de contratos celebrados con asegurados y beneficiarios que sean personas jurídicas y en los que el monto de la prima no sea inferior a U.F. 200 debiendo el contratante y el asegurador firmar la póliza⁴³.

9.- Obligaciones de las partes.

En el seguro de garantía intervienen tres partes, de modo que nos referiremos a las obligaciones que contrae cada una de ellas:

a) Las del tomador o afianzado.

Las principales obligaciones del tomador afianzado son las siguientes:

- Pagar la prima en la forma y época convenidas. Normalmente corresponde únicamente al afianzado el cumplimiento de esta obligación, quedando el asegurado libre de ella.

En la generalidad de los modelos de pólizas actualmente vigentes en Chile, la falta de pago de la prima no es causal de resolución del contrato, ni faculta al asegurador para poner término anticipado al seguro y ni siquiera le permite invocar la excepción de contrato no cumplido.

En suma, el asegurador debe pagar la indemnización frente al asegurado, aunque la prima este impaga, lo que se comprende, toda vez que el beneficiario, quien frente a la negociación del contrato de seguro es, en la inmensa mayoría de los casos, un tercero absoluto, no puede sufrir las consecuencias jurídicas de la falta de pago de la prima, porque en este caso el instrumento perdería gran parte de su eficacia.

En este punto el seguro de garantía ha evolucionado fuertemente en el curso de los últimos años, como resultado, por una parte, del desprestigio que afectó a las pólizas que permitían al asegurador exonerarse del pago de la indemnización por falta de pago de la prima y por la profesionalización de este tipo de seguros, con los que han entrado a trabajar compañías especializadas.⁴⁴

⁴³ En oposición a la regla general en Chile, que las pólizas lleven sólo la firma del asegurador.

⁴⁴ Estamos informados que clasificadoras extranjeras están considerando actualmente un nuevo criterio de evaluación aplicable a las instituciones que otorgan garantías y que es el de la "voluntad de pago", que es distinto al de la solvencia y que apunta al profesionalismo con que, en respeto a la institución de la garantía, afrontan dichas instituciones el cumplimiento de sus obligaciones.

- La segunda obligación del afianzado es la de restituir al asegurador toda suma que este haya debido indemnizar al asegurado en caso de haberse hecho efectiva la póliza.

En los casos en que así esta previsto en las condiciones generales del contrato de seguro, las alegaciones del tomador sobre la hipotética circunstancia de que no hubo incumplimiento de su parte no son óbice para que la Compañía pague la indemnización y para que, a su turno, recobre del tomador lo indemnizable.

Cualquier disputa que surja sobre si hubo o no incumplimiento debe discutirse directamente entre el tomador afianzado y el asegurado beneficiario.

b) Obligaciones del asegurado o beneficiario.

- En primer lugar, el asegurado debe comunicar a la Compañía Aseguradora la ocurrencia del siniestro, obligación que ha de cumplir al tenor de lo que la póliza prescriba y en el improbable caso de que la póliza nada diga, conforme a lo contemplado en el artículo 556 N° 5 del Código de Comercio.

- En segundo término, debe no agravar el riesgo y actuar diligentemente en caso de que el siniestro se produzca, para evitar que la magnitud de este se incremente.

En este sentido, reviste una importancia fundamental que el asegurado no renegocie con el afianzado los términos del contrato ni otorgue quitas o esperas, por que ello implica variación y en muchos casos agravación del riesgo o, al menos, disminución de las posibilidades de recobro de la Compañía⁴⁵.

Producido el siniestro las pólizas obligan al asegurado, generalmente, no sólo a denunciarlo, sino también a, al menos iniciar contra el afianzado las acciones legales que deriven de dicho incumplimiento.

En todo caso el alcance de las obligaciones del asegurado y las de la compañía frente a un siniestro ya producido, varían grandemente según la clase de seguro de garantía de que se trate, siendo del caso hacer presente que en las pólizas de ejecución inmediata generalmente basta al asegurado con la denuncia del siniestro en los términos que el contrato señale para que la Compañía proceda al pago de la indemnización, previa verificación muy limitada de los antecedentes esenciales (fundamentalmente que de por si

⁴⁵ Lo cual es, en verdad, una forma de agravación del riesgo también, porque las Compañías de Seguro toman en cuenta las posibilidades de recupero para evaluar el riesgo.

el hecho constitutivo del siniestro - la obligación incumplida- esté dentro de la cobertura, de su vigencia y de su monto).

c) Obligación del asegurador:

La obligación del asegurador consiste en pagar al asegurado beneficiario, la indemnización del siniestro. Nos referiremos a este tema a continuación.

10.- Liquidación y pago de siniestros.

En cada póliza de seguro de garantía, según su naturaleza y características, se encuentra regulado este tema de gran importancia, como que es aquí donde en la práctica se dan las principales diferencias entre los distintos modelos de pólizas registrados en la Superintendencia.

De partida hay que consignar que en el seguro de garantía se entiende que hay siniestro cuando el afianzado deje de cumplir, fiel y oportunamente, y por causas que son de su responsabilidad, con las obligaciones garantizadas por la póliza.

La configuración del siniestro y la determinación y pago de la indemnización correspondiente varían de una póliza en otra, dependiendo, fundamentalmente, de si en ella se encuentra la cláusula "de ejecución inmediata", "a simple requerimiento" u otra fórmula semejante.

En caso afirmativo, en este tipo de pólizas "la Compañía estará obligada a hacer efectivo el seguro hasta el monto de la suma asegurada" **bastando el simple requerimiento** del asegurado.

El requerimiento consistirá en una declaración suscrita por el asegurado en la que consten los hechos constitutivos del incumplimiento y el monto de la indemnización solicitada.

Recibido el requerimiento, que hace las veces de denuncia del siniestro, la Compañía aseguradora en forma directa cuantificará la pérdida con el sólo mérito de los antecedentes proporcionados por el asegurado en el requerimiento y efectuada tal cuantificación o vencido el plazo máximo previsto en la póliza, la compañía dispondrá el inmediato pago de la indemnización, sin perjuicio del derecho que asiste al asegurado de optar porque se designe un liquidador de siniestros, lo que en este tipo de coberturas no es necesario y probablemente dilataría la ejecutividad de la póliza.

En este tipo de póliza la Compañía pagará el monto de la indemnización sin necesidad de pedir la previa conformidad del afianzado

ni de hacer otra cosa que comprobar que el requerimiento y el monto de la indemnización solicitada se ajusten a los términos de la póliza emitida.

En el seguro, en principio, salvo las pólizas de seguro ya analizadas, que llevan incluida la cláusula "de ejecución inmediata", de "pronto pago" o "a simple requerimiento", todo siniestro da origen a un procedimiento de liquidación, conforme a las normas contenidas en los artículos 61 y siguientes del D.F.L. 251 del año 1931, que regula la actividad aseguradora en Chile.

La liquidación formal de siniestros persigue determinar, en un procedimiento reglamentado por la ley, si el siniestro se encuentra cubierto o no por la póliza y en caso afirmativo, el monto de la indemnización correspondiente. La liquidación la puede hacer la propia Compañía en lo que se llama "liquidación directa", pero en la mayoría de los casos se encomienda a Liquidadores de Siniestros independientes.⁴⁶

En este tipo de pólizas, uno de los pasos indispensables de la liquidación consiste en escuchar la opinión que sobre el reclamo de indemnización pueda formular el afianzado, toda vez que es su incumplimiento lo que se está denunciando y la admisión del reclamo y el pago de la indemnización acarrearán consecuencias en su contra, toda vez que, como hemos dicho precedentemente, la Compañía tiene el derecho a hacer efectivo en su contra las contragarantías que haya constituido, lo que implica el derecho a reembolso que le reconoce el art. 553 del Código del Comercio.

Si existe un procedimiento de liquidación, una de las conclusiones a que éste puede llegar es el rechazo del reclamo de indemnización. Pero si la liquidación admite el reclamo, la indemnización deberá pagarse de inmediato, una vez evacuado el informe de liquidación, o que se hayan resuelto las eventuales impugnaciones deducidas por una u otra parte y que la Compañía y el asegurado hayan dado su conformidad al resultado final de la liquidación.

11.- Vigencia del seguro de garantía.

Una de las estipulaciones esenciales de toda póliza de seguros es aquella que especifica su vigencia, toda vez que sólo los eventos ocurridos durante ella estarán cubiertos.

⁴⁶ Se ha eliminado la exigencia de que para liquidar este tipo de seguros deben ser liquidadores que cuenten con el título profesional de abogado, no obstante lo cual, en la práctica observar dicha precaución es muy necesaria dada la naturaleza estrictamente jurídica que tiene éste tipo de seguros y las situaciones de hecho en que se inserta.

Normalmente las pólizas de seguro de daños, como lo son los seguros de garantía, se extienden para durar por un lapso de tiempo cronológico absolutamente preciso, como lo es seis meses, un año, 18 meses, etc.

Sin embargo, nada obsta a que la póliza de seguro se extienda para durar lo mismo que el término de un contrato o de las obligaciones que de él surjan, lo que es perfectamente factible y normal en una póliza de seguro de garantía, que como toda caución está, en principio, ligada a la obligación caucionada.

Las cláusulas de las pólizas de seguro de garantía no modifican mayormente los principios arriba expuesto, pero generalmente agregan una idea novedosa: la caducidad del plazo de vigencia de la póliza no extingue la responsabilidad de la Compañía para con el asegurado, por incumplimientos de obligaciones garantizadas que se hayan producidos durante su vigencia.

Pero en estos casos, en beneficio de la certeza jurídica, se establece un plazo máximo para que, luego de expirada la vigencia del seguro, pueda el asegurado reclamar el pago de un siniestro, plazo que en la mayoría de los modelos de las pólizas, es de 30 días, contados a partir de fin de la vigencia del seguro.

Es de hacer notar que en el seguro de garantía no se ha introducido hasta la fecha la cláusula "claims made", que tantas controversias ha acarreado en el seguro de responsabilidad civil. Según dicha cláusula están cubiertos los siniestros que, no solo hayan ocurrido, sino también, denunciados dentro del mismo término de vigencia del seguro, salvo que la póliza se renueve con el mismo asegurador⁴⁷.

Antes de terminar con este punto, cabe hacer notar que las pólizas de seguro de garantía, en general, disponen que las circunstancias de devolver el asegurado la póliza a la Compañía antes del término de la vigencia de ella o del plazo adicional para reclamar siniestros, implica su renuncia al eventual derecho a reclamar indemnizaciones por los riesgos cubiertos por dicha póliza⁴⁸.

12.- Subrogación y reembolso.

El artículo 553 del Código de Comercio reconoce el derecho del

⁴⁷El valor y los alcances de esta cláusula fueron objetos de prolongado debate en el último congreso de AIDA (Asociación Internacional de Derecho de Seguros) celebrado el año pasado en Santiago de Chile.

⁴⁸Vid. Achurra. Op. Cit.

asegurador que paga una indemnización a perseguir el recobro o recupero, de parte del responsable del siniestro. En los términos del Código, el asegurador se subroga en los derechos del asegurado para perseguir a los causantes o responsables del siniestro.

Así las cosas, una vez pagada la indemnización al asegurado, la Compañía pasa a ser titular de una acción para recuperar hasta la totalidad de lo pagado, de parte del tomador o afianzado, por concepto de cuya obligación incumplida se produjo el siniestro de la póliza.

Este derecho de la Compañía tiene en el seguro de garantía una característica especial, toda vez que en este caso la compañía no persigue a un "tercero" que haya causado el siniestro sino que, en la mayoría de los casos, precisamente a quien contrató con ella, quien solicitó la cobertura del seguro. Entre otras razones, esta característica hace que la doctrina coincida en que la acción de reembolso que tiene el asegurador en este seguro no es la que reconoce la ley al asegurador en todos los seguros de daños, "sino una acción propia del asegurador que nace del contrato de seguro".⁴⁹

Lo que ocurre es que, dadas las particularidades y características de este seguro, una vez pagada la indemnización el asegurador pasa a ocupar el mismo lugar que tenía el acreedor asegurado, por lo que se justifica plenamente su derecho a perseguir el recobro, fuera de la existencia de las normas legales (e incluso las contractuales) que establecen dicho derecho.

Una última consideración: la característica de que las pólizas de "ejecución inmediata", "a solo requerimiento" o "de pronto pago" que han surgido en el último tiempo no conceden al asegurador mayores posibilidades de objetar el cobro que exige el asegurado, ni requieren como condición previa a dar curso a la indemnización, la opinión del afianzado, supuesto incumplidor de las obligaciones garantizadas, puede dar lugar a que al intentarse el recobro, el afianzado alegue la inexistencia del siniestro, que manifieste que no es efectivo su incumplimiento de las obligaciones garantizadas y que, no logrando rendir el asegurador prueba de lo contrario, se vea privado de obtener el recupero por una situación que, teóricamente al menos, habría obstado al pago de la indemnización.

Pensamos que, en este caso, en aplicación del principio "pay and argue after", que rige universalmente a las garantías con cláusula de "pronto pago" o "a solo requerimiento", cabe el derecho de perseguir el reintegro

⁴⁹Camacho de los Ríos Ob. cit.,pág. 107

de la suma pagada al acreedor, por que en éste caso estaríamos, evidentemente, en presencia de una enriquecimiento sin causa o ilícito.

Ahora bien: ¿quien lo ejerce?. ¿El afianzado, quien no podría oponer al asegurador una excepción, el asegurador por no haber podido obtener de dicho afianzado el recobro?.

La doctrina extranjera (Garrigues, Tirado de Suárez, Olivencia, Gómez Calero), esta dividida en cuanto a si el tomador puede oponer al asegurador la excepción de pago indebido del seguro, fundada en que no es efectivo el incumplimiento que se le imputó y que constituyó el fundamento último del cobro del seguro, siendo mayoritariamente la tesis de los que sustentan que es admisible la excepción de pago indebido por el tomador a la Compañía Aseguradora.

V. Las Retenciones en el Contrato de Construcción.

1.- Introducción al tema.

Como señalábamos en la Introducción, en los contratos de construcción, muy especialmente en aquellos pactados bajo la modalidad de suma alzada, es usual que se contemple una forma adicional de garantía: las retenciones.

Veamos lo que al respecto dice un modelo de cláusula al respecto:

"Del valor de cada estado de pago, el propietario retendrá un...(10% u otro porcentaje convenido), hasta completar un (5% u otro monto convenido) del monto del contrato, retención que servirá para garantizar la buena ejecución de los trabajos, el cumplimiento de los plazos que mas adelante se estipulan y, en general, todas las obligaciones del constructor para con el propietario. El constructor tendrá derecho a canjear, en cualquier momento estas retenciones por boletas bancarias o pólizas de seguros de garantía".

2.- Definición de la institución.

Las retenciones son un porcentaje del monto al que alcanza el estado de pago de un contrato de construcción, que el propietario no paga al constructor, manteniéndolo en su poder en calidad de garantía de la fiel y oportuna ejecución y término de la obra encomendada.

3.- Naturaleza jurídica de las retenciones.

Si bien es cierto las retenciones constituyen una modalidad de garantía propia, y exclusiva del contrato de construcción, con ciertas peculiaridades que la distinguen jurídicamente, en su esencia participan de la calidad de un prenda de dinero.

Las particularidades propias de las retenciones son las siguientes:

a) No constituyen una suma de dinero que el deudor entregue en garantía, sino que, de acuerdo al contrato, de una que éste consiente en que se le deduzca, de la suma a que ascienda cada estado de pago.

b) Equivalen a un porcentaje de la suma a que ascienda cada estado de pago, por lo que son de una cuantía variable.

c) Al terminarse con la ejecución de la obra corresponde determinar si la garantía constituida por ellas en favor del propietario de la obra, se aplica en todo o en parte a solventar el monto de deducciones que proceda en contra del constructor, por obras no ejecutadas o ejecutadas deficientemente o si corresponde entregarlas o "devolverlas" íntegramente al constructor. También puede darse el caso que no haya acuerdo entre las partes respecto a determinada objeción con el propietario, caso en el cual el destino de las retenciones o la parte de ellas que proceda, habrá de ser resuelta por la instancia jurisdiccional correspondiente, que, en los contratos de construcción es, generalmente, un árbitro.

El término "devolución" de retenciones, es el que se usa habitualmente en el ámbito de los contratos de construcción.

Como se puede apreciar, la extensión de las peculiaridades que le son propias no alcanza a alterar su verdadera naturaleza jurídica, puesto que, como hemos dicho, en el fondo son una prenda de dinero.

Como señala Somorri, "la regla general es que sobre cualquier bien inmueble, sea corporal o incorporal puede radicarse una prenda", quien agrega: "También el dinero es susceptible de darse en prenda"⁵⁰

El referido autor señala que la prenda de dinero presenta la característica de que en ella el acreedor no es mero tenedor sino dueño del bien dado en garantía, y que una vez cumplida la obligación debe restituir una suma igual a la recibida, pero no las mismas monedas que le fueron entregadas.⁵¹

El artículo 2.395 del Código Civil prohíbe al acreedor servirse de la prenda sin el consentimiento del deudor, señalando que a éste respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario; pero, a su vez, el artículo 2.221, que se refiere al depósito de dinero, llamado depósito irregular, autoriza al depositario para emplearlo con la obligación de restituir otro tanto en la misma moneda.

⁵⁰Manuel Somorri U. "Tratado de las Cauciones". Editorial Ediar Conosur

⁵¹ Ello como lógica consecuencia del carácter fungible que tiene por naturaleza el dinero.

Así las cosas, señala Somarriva, la prenda de dinero y el depósito irregular son instituciones muy semejantes.

4.- El Canje de retenciones.

Los contratos de construcción, en algunos casos, como aquel que sirvió para encabezar este capítulo, prescriben la posibilidad de que en cualquier momento el constructor efectuó un canje de las retenciones acumuladas, por otra garantía suficiente, que podrá ser cualquiera de las anteriormente estudiadas, boleta o seguro de garantía, u otra estimada suficiente.

Es de hacer notar que para el propietario de la obra, la retención es una garantía de suyo muy eficaz y que le brinda grandes ventajas, como quiera que la retención de dinero (que mas encima puede utilizar), no requiere de liquidación alguna para saldar el eventual crédito que se produzca a su favor. De allí resulta que, para que el canje de retenciones sea aceptable, tiene que tratarse de una garantía, sino igual a las retenciones mismas, al menos de una muy gran eficacia.

Por otro lado, el del constructor, se justifica plenamente el que se admita el canje, porque, mas que mal, las retenciones son sobre dinero suyo, que podría usar en sus asuntos particulares, si presenta en reemplazo una garantía eficaz.

5.- La Devolución final de las retenciones. Descuentos, extensiones y otras modalidades.

Como hemos dicho, terminada la obra, debe procederse a su entrega al propietario, quien es en ese momento, debe formular los reparos por obras no ejecutadas o mal efectuadas, y hacer aplicables las retenciones o una parte de ellas.

Si no hay objeciones a la obra, el propietario debe proceder a la devolución del total de las retenciones.

Si habiendo reparos, su monto no alcanza al total de las retenciones, el propietario debe hacer la devolución previo descuento de la suma equivalente al valor de los reparos.

Por el contrario, si los reparos son iguales o exceden el monto de las retenciones, habría derecho a hacer efectiva la garantía por el monto total, e incluso, para exigir del constructor los perjuicios que excedieren al total de las retenciones.

En cualquiera de estos eventos, y también en otros que interesan

mas al propietario, puede estar previsto el derecho a impetrar o pactar extensiones de coberturas, en otros términos, prórrogas del plazo para ejecutar obras faltantes o corregir errores, manteniéndose las retenciones en poder el propietario por un plazo determinado.

Por último, si no hay acuerdo entre las partes sobre la validez de las objeciones a la recepción de la obra, o su monto, debe recurrirse al procedimiento de solución de conflictos que, de no decirse nada en el contrato, será acudiendo a la justicia ordinaria. Sin embargo, como mas arriba decíamos, en la inmensa mayoría de los casos en los contratos de construcción el tribunal competente será el árbitro designado o que se designe de acuerdo a sus cláusulas.

Una última consideración respecto al tema: no habiendo causa legítima de objeción a las obras o resueltas estas de acuerdo al contrato y/ o el fallo del organismo jurisdiccional correspondiente, el propietario no puede denegar la devolución íntegra y oportuna de las retenciones. No hacerlo trae consigo, no sólo las responsabilidades civiles del caso, sino también, las penales, derivadas de la figura de retención o apropiación indebida de dinero, contemplada en el art. 470 N°1 del Código Penal.

ANEXO. LISTADO DE POLIZAS DE SEGURO DE GARANTIA Y FIDELIDAD INSCRITAS HASTA LA FECHA EN EL REGISTRO QUE LLEVA LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.

Resolución	Fecha	Código	Materia
Circ. 814	10-08-88	POL.1-88-011	Seguro de Garantía para Agentes. Administradores de Mutuos Hipotecarios.
Res. 131	12-08-96	POL.1-91-034	Póliza de Seguro de Crédito y Garantía para Contratos en General.
Res. 131	12-08-91	POL.1-91-035	Póliza de Seguro de Crédito y Garantía para Contratos en General y de Ejecución Inmediata.
Res. 019	04-02-92	POL.1-92-001	Póliza de Pago de Cuotas Hipotecarias por Cesantía Involuntaria.
Res. 040	19-03-92	POL.1-92-004	Póliza de Garantía de Presentación a Propuesta de la Dirección de Aproveccionamiento del Estado.
Res. 040	19-03-92	POL.1-92-005	Póliza de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato con la Dirección de Aproveccionamiento del Estado.
Res. 042	24-03-92	POL.1-92-007	Póliza de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contratos de Construcción o Confección de Obra entre Particulares con Pago de Indemnización a 30 días Hábiles.
Res. 042	24-03-92	POL.1-92-008	Póliza de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Construcción o Confección de Obra entre Particulares con Pago de Indemnización Sujeto a informe de Liquidación.
Res. 113	02-04-92	POL.1-92-014	Póliza de Garantía a Favor de Aduanas.
Res. 188	19-08-92	POL.1-92-054	Póliza de Seguros de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Obras Públicas.
Res. 261	30-11-92	POL. 1-92-063	Póliza de Garantía para Licitaciones, Propuestas o Subastas Pública o Privadas.
Res. 261	30-11-92	POL.1-92-064	Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato en General y de Ejecución Inmediata.
Res. 261	30-11-92	POL.1-92-065	Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato en General con Pago de Indemnización Sujeto a Liquidación.
Res. 276	16-12-92	POL.1-92-108	Póliza de Fianza por Permanencia para Empleados Públicos.
Res. 276	16-12-92	POL.1-92-109	Póliza de Fidelidad Funcionaria Conductores de Vehículos.
Res. 276	16-12-92	POL.1-92-110	Pólizas de Fidelidad Funcionaria Valores Fiscales.

Res. 045	26-02-93	POL.1-93-010	Póliza de Garantía para Casas de Cambio
Res. 045	26-02-93	POL.1-93-011	Póliza de Garantía.
Res. 046	26-02-93	POL.1-93-012	Póliza de Fidelidad Funcionaria para Empleados Particulares.
Res. 046	26-02-93	POL.1-93-013	Seguro de Garantía.
Res. 047	26-02-93	POL.1-93-014	Póliza de Seguro de Garantía Corredores de Bolsa y Agentes de Valores.
Res.064	03-06-94	POL.1-94-019	Póliza de Garantía para Corredores de Seguros.
Res. 130	08-09-94	POL.1-94-036	Póliza de Seguro de Garantía de Obras Públicas.
Res. 037	28-02-95	POL.1-95-032	Póliza de Seguro de Garantía para los Servicios de Vivienda y Urbanismo.
Res. 069	13-04-95	POL.1-95-042	Póliza de Garantía para Contratos de Promesa de Compraventa.

CLÁUSULAS "CLAIMS MADE" Y "PER OCCURRENCE"¹

Ricardo Peralta Valenzuela

Las cláusulas "claims made" son propias de los contratos de responsabilidad civil y se denominan así en oposición a las coberturas "per occurrence". Para llamarlas en castellano las denominaría de reclamo y de perpetración, recordando el artículo 2332 del Código Civil.

1. El principio de que el asegurador responde de los siniestros ocurridos durante la vigencia de la póliza, está recogido en distintos preceptos de nuestro Código de Comercio.

a) Desde luego en el artículo 512, que contiene la definición del seguro, conforme al cual el asegurador toma sobre sí por un determinado tiempo los riesgos que corren los objetos asegurados.

b) El artículo 516 número 6° señala que la póliza debe contener la época en que principia y concluye el riesgo para el asegurador.

c) Quiero citar además el artículo 551 que es el más aplicable al tema que trataremos:

"Si el accidente ocurrido antes y continuado después de vencido el término del seguro consumare la pérdida o el deterioro de la cosa asegurada, los aseguradores responderán del íntegro valor del siniestro.

Pero si ocurriera antes y continuare después que los riesgos hubieran principado a correr por cuenta de los aseguradores, éstos no serán responsables del siniestro".

2. Los seguros de responsabilidad civil se iniciaron sobre la base de ocurrencia, esto es, el asegurador respondía de los perjuicios causados por el hecho que generaba la responsabilidad civil al asegurado, cuando tal hecho sucedía durante la vigencia de la póliza.

¹ Este documento fue redactado por el autor, originalmente, para servir de base a su intervención dentro del marco de un seminario sobre arbitraje y mediación organizado en agosto de 2002 por el Centro de Arbitrajes y Mediación (CAM), de la Cámara de Comercio de Santiago.

Esta situación produjo problemas para los aseguradores y para los asegurados en el caso de los llamados seguros de cola larga, generalmente de responsabilidad civil general, responsabilidad civil profesional y por daño ambiental, caracterizados por el largo período durante el cual los aseguradores deben constituir reservas por siniestros ocurridos pero no reportados. Ello significa un mayor costo del seguro y un encarecimiento de las primas, lo que constituía un problema para los asegurados.

Agréguese a ello que, aparecieron riesgos cuya manifestación ocurría muchos años después de sucedido el hecho originador del daño. El caso más emblemático es el de la Asbestosis, protagonizado principalmente por los trabajadores que prestaban servicios en las fábricas de asbesto, cuyo polvillo es un elemento altamente cancerígeno. Los trabajadores demandaron a sus empleadores y estos demandaron al asegurador de responsabilidad civil de la época en que habían prestado servicios los trabajadores y no al de la época en que los síntomas se habían manifestado. Para tales aseguradores, la situación era aún peor, porque ni siquiera tenían reservas para responder de estos siniestros.

Este fenómeno, ocurrido en la década 1970 – 1980, coincidió con la bancarrota de más de 200 compañías de seguros en los Estados Unidos.

Cabe preguntarse cómo pudo haberse demandado a aseguradores por hechos ocurridos hace 10 o 20 años atrás. La prescripción en Chile es de 4 años, tanto la del contrato de seguro como la de las acciones que persiguen la responsabilidad extra contractual. Hay varias razones para ello:

a) Por una parte, en algunos países o estados no hay normas legales sobre prescripción.

b) Por otra, en muchas jurisdicciones la prescripción se cuenta desde que la víctima tuvo conocimiento del daño o desde que al asegurado le fue reclamada la responsabilidad civil. Incluso en Chile una norma aparentemente tan clara como la del artículo 2332 del Código Civil, que cuenta la prescripción desde la perpetración del acto, ha sido interpretada como que el plazo se cuenta desde que se manifiestan los efectos del mismo. El profesor Ricardo Sateler tiene un trabajo muy interesante sobre este tema.

c) Una razón fundamental que tuvieron en cuenta algunos tribunales europeos fue la equidad. En efecto, si el asegurador había recibido una prima a cambio de proteger la responsabilidad civil del asegurado durante

un determinado período, no resultaba equitativo que pudiera desentenderse de que se le cobrara su palabra de protección por el solo hecho de haber transcurrido un largo período desde el término de la vigencia del seguro hasta el momento de la demanda, si el hecho generador de responsabilidad ocurrió durante la vigencia del seguro.

3. Fue así como los reaseguradores empezaron a negarse a otorgar reaseguros a los aseguradores que ofrecían seguros de cola larga sobre la base de ocurrencia o perpetración.

Ante los inconvenientes mencionados, el mercado reaccionó introduciendo la cobertura de responsabilidad civil Claims Made, es decir, sobre la base del reclamo. Aquí ocurrió un cambio jurídicamente importante, a lo que me referiré más adelante, porque el riesgo cubierto dejó de estar constituido por el hecho originador de la responsabilidad civil y pasó a estarlo por el reclamo del perjudicado, generalmente una demanda judicial, aún cuando puede darse el reclamo en otra forma.

Las coberturas claims made exigieron inicialmente que tanto el hecho originador de la responsabilidad civil como el reclamo ocurrieran durante la vigencia de la póliza.

4. La situación así descrita (el hecho originador y el reclamo debían ocurrir durante la vigencia de la póliza), no resultaba muy alentadora para los asegurados, por lo que el ámbito de las coberturas Claims Made hubo de ampliarse, en varios sentidos:

a) Por una parte, anticipando el amanecer de la póliza (sunrise) y dando amparo a hechos generadores de la responsabilidad civil ocurridos antes de su vigencia. Cuál sea el período de retroactividad que cubra la póliza, es una materia de negociación caso a caso. Por ejemplo, la póliza de responsabilidad civil de directores y ejecutivos que emplea la compañía de seguros Chubb aquí en Chile, tiene retroactividad indefinida, lo que suena a algo increíblemente riesgoso para el asegurador, pero en nuestro país tiene la barrera de la prescripción, es decir, es muy poco posible que se extienda la responsabilidad civil a hechos ocurridos hace más de 4 ó 5 años contados desde que se contrató la póliza.

b) Por otra parte, también se fue aceptando un ocaso más tardío de la póliza (sunset), otorgando protección por un período adicional, más allá de la vigencia de la póliza, durante el cual el asegurado pudiese ser objeto

de reclamo de responsabilidad civil, siempre que el hecho originador de tal responsabilidad hubiese ocurrido durante la vigencia de la póliza. Naturalmente, mediante el pago de una prima adicional.

c) La práctica agregó también otro elemento favorable al asegurado y son las notificaciones o avisos preventivos. Es decir, aún cuando el asegurado no haya recibido ningún reclamo en que se le atribuya responsabilidad civil, tiene derecho a dar a conocer al asegurador la existencia de ciertos hechos o situaciones que pudiesen dar origen a responsabilidad civil, pero que no han sido reclamados. Y si tales reclamos se formulan después que haya terminado la vigencia de la póliza, el asegurador está obligado a cubrirlos, si se dio el aviso preventivo.

d) Otro factor que también ha contribuido a hacer más amigable la cobertura claims made es que el asegurador acepta cubrir la responsabilidad civil originada en hechos que han ocurrido no durante la vigencia de la última póliza contratada, sino en cualquier período en que el asegurado haya tenido contratada la póliza con el asegurador. Por ejemplo, supongamos que alguien el año 2002 contrata una póliza de responsabilidad civil y le dan cobertura retroactiva por dos años hasta el 2000; se va renovando la póliza y el año 2010 recibe un reclamo, originado en hechos ocurridos el año 2003. Aún cuando la retroactividad inicial era de dos años, estaría cubierto, con una retroactividad de 7 años, porque los aseguradores aceptan dar cobertura a todo el período durante el cual estuvo vigente un seguro de responsabilidad civil con ellos mismos.

6. A continuación, precisaré las diferencias entre una y otra modalidad de aseguramiento:

a) El seguro sobre ocurrencia es, inicialmente más caro. En efecto, el seguro claims made es más barato porque no tiene los costos para el asegurador derivados de la prolongada constitución de reservas por siniestros ocurridos pero no reportados.

b) El seguro claims made permite tratar con el actual asegurador hechos que ocurrieron muchos años atrás. En cambio, en el seguro por ocurrencia, la relación se produce con un asegurador que puede haber dejado de serlo hace mucho tiempo.

c) En el seguro claims made, la suma asegurada se va ajustando más a la realidad del asegurado. En efecto, un médico que empieza su carrera

puede contratar un seguro de responsabilidad civil por una suma asegurada muy modesta. Cuando se reclama su responsabilidad civil 10 años después, por hechos ocurridos mucho antes, si el seguro era por ocurrencia, su protección será baja. En cambio, si es claims made podrá ir elevando la suma asegurada en concordancia con sus ingresos más altos.

d) El asegurado en el seguro claims made se transforma en un verdadero cliente cautivo del asegurador, porque tiene que seguir renovando la póliza, aún cuando los hechos originadores de la responsabilidad civil hayan ocurrido durante la vigencia de una póliza anterior, porque el requisito para estar cubierto es que el reclamo se formule durante la vigencia de una póliza.

e) Una diferencia adicional que no es jurídica, pero sí de hecho, es que hoy día no se consigue reaseguro para un seguro de ocurrencia. Y si encuentran reaseguro, mejor que se cuiden de él, porque probablemente cuando ocurra el siniestro el patrimonio del reasegurador no va a ser más grande que una casilla de correos en las Islas Caimán.

Esto de que no exista reaseguro para los seguros de responsabilidad civil que no sean claims made, parece no haber sido comprendido por algunas autoridades. En efecto, ustedes saben que hace algunos meses se publicó la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y certificación de dicha firma. El 17 de agosto de 2002 se publicó en el Diario Oficial el Reglamento de dicha ley, cuyo artículo 12 letra c), que forma parte del título relativo a los prestadores del servicio de certificación, dice lo siguiente:

“Artículo 12: Los prestadores de servicios de certificación acreditados deberán contratar y mantener vigente un seguro de responsabilidad civil, que cubra los daños y perjuicios que ocasionen con motivo de la certificación y homologación de firmas electrónicas, el que deberá contener las siguientes estipulaciones mínimas:

“c) La responsabilidad civil asegurada, que comprenderá la originada en hechos acontecidos durante la vigencia de la póliza, no obstante sea reclamada por posterioridad”.

Aún cuando no está dicho en lenguaje técnico, es claro el rechazo del Reglamento a las pólizas claims made y es previsible el problema a que se verán enfrentados estos certificadores, obligados a contratar pólizas que el mercado no ofrece o para las cuales no hay reaseguro.

7. Un último aspecto de interés, es precisar de qué naturaleza jurídica es el seguro claims made.

El riesgo asegurado, esto es, la eventualidad de que ocurra un evento desfavorable de consecuencias económicas, es el reclamo o demanda de responsabilidad civil, es decir los perjuicios que sufra el asegurado a consecuencias de la acción iniciada por un tercero; dicho tercero funda su reclamo o demanda en un hecho generador de responsabilidad civil, pero el riesgo cubierto por el asegurador, como se dijo, es la posibilidad de sufrir un daño económico a causa de la presentación del reclamo o demanda. El siniestro, a su vez, estará constituido por la sentencia o bien por la transacción, aprobada por el asegurador.

Descrito así, el seguro claims made no sería un seguro de responsabilidad civil, sino un seguro de daño patrimonial, distinto del seguro de garantía y del de responsabilidad civil, que también son seguros patrimoniales.

Esto explicaría por qué se pueden cubrir hechos ocurridos antes de la vigencia del seguro, porque el riesgo cubierto es la eventualidad de la presentación del reclamo y sus efectos; y no la acción u omisión generadora de la responsabilidad civil.

Noticias de AIDA

1.- Incorporación de nuevos socios.

2002 ha sido un año muy auspicioso en lo que a incorporación de nuevos miembros de AIDA se refiere.

En el último período se han incorporado como nuevos socios, los señores Francisco Javier Barriga Castro, Pablo González Guzmán, Gabriel Pumpin Valek, María Isabel Schmitz, Manuel-George Nacimiento Avendaño, Pablo Llorens Santa María, Gabriel Chuaqui Schadow, Bayardo Arsenio Goudeau Gómez, Sergio Alejandro Chesney B., Juan Eduardo Reyes Rubio, Raúl A. Guzmán Uribe, Edmundo Agramunt Orrego, María de la Luz Berg Rojas, Juan Ignacio Alvarez Troncoso, Manuel Bulnes Ossa, Jack Howard Ripamonti, Marcelo Simián Tascón, Cristián González Celedón, Ingrid Hardessen López, Osvaldo Lagos Villarroel, Enrique Le Dantec Briceño, Juan Pablo Urzúa Poblete, Carlos Goñi Garrido, Luis Sandoval Olivares, Alberto Zavala Cavada, con lo que el total de socios activos asciende a 121.

2.- CONGRESO MUNDIAL DE SEGUROS:

Con menor asistencia que la esperada (alrededor de 400 personas), se llevó a cabo el CONGRESO MUNDIAL DE SEGUROS en la ciudad de Nueva York, del 20 al 25 de octubre de 2002. Asistieron al mismo en representación de Chile los Sres. Osvaldo Contreras Strauch, José Miguel Infante Lira, Carlos Goñi y Luis Sandoval.

Los temas tratados fueron los siguientes: 1.- "Mecanismos alternativos de compensación de daños, distintos de los causados por accidentes de automotores" y 2.- "Integración de Servicios Financieros".

Funcionaron, también, todos los Grupos Internacionales de Trabajo. Destacó particularmente el grupo de Reaseguros, que organizó un juicio ficticio ante un tribunal arbitral, en el que el tema en discusión era si los ataques del 11 de septiembre de 2001 al World Trade Center constituían uno o dos eventos.

3.- REUNIÓN DEL CONSEJO MUNDIAL DE PRESIDENCIA DE A.I.D.A.:

Con ocasión del Congreso Mundial, los días 20 y 24 de octubre se llevaron a cabo las reuniones del Consejo Mundial de Presidencia de A.I.D.A. en la ciudad de Nueva York. En la primera de ellas el Consejo, por unanimidad, resolvió proponer a la Asamblea General al Dr. Carlos Ignacio Jaramillo J. de la Sección Colombiana como nuevo Presidente del mismo, al Dr. Eduardo Mangialardi, de Argentina, como Vicepresidente y a los colegas Osvaldo Contreras Strauch, de Chile y Rafael Illescas de España y al Esc. Alfonso Puig Uhalde, de Uruguay como nuevos consejeros. También se propuso a un consejero por Israel, a otro por Sudáfrica y a otro por Finlandia.

4.- ASAMBLEA GENERAL DE AIDA:

En el marco del mismo Congreso, se reunió el 24 de octubre la Asamblea General de A.I.D.A., constituida por los 60 países que la integran, y aprobó, por unanimidad, los nombramientos propuestos por el Consejo de Presidencia. Por lo tanto las nuevas autoridades del Consejo Mundial de Presidencia de la A.I.D.A. son las siguientes: Presidente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo J. (Colombia); Vicepresidente: Dr. Eduardo Mangialardi (Argentina), Tesorera: Dra. Milagros Sanz Parrilla (España). Nuevos Consejeros, los señores Osvaldo Contreras Strauch (Chile), Rafael Illescas (España), Esc. Alfonso Puig Uhalde Uruguay, Peter Havenga (Sudáfrica), Taisto Hujala (Finlandia) y Peter Gad Naschitz (Israel). Es importante destacar que es la primera vez, en la historia de A.I.D.A. Internacional, que un latinoamericano la preside., como también, es la primera vez que un asociado chileno pasa a integrar el Consejo Mundial de Presidencia.

5.- ASAMBLEA DEL C.I.L.A.:

El día 24 de octubre se reunió, también en la ciudad de Nueva York, la Asamblea del Comité Iberoamericano de A.I.D.A. (C.I.L.A.), estando representados los 16 países que lo conforman. En dicha Asamblea fue electo como nuevo Presidente, para el período 2002/2006, por unanimidad el Dr. Eduardo Mangialardi de Argentina, quien, luego de asumir el cargo designó al Dr. Claudio H. Speyer como Vicepresidente y a la SEAIDA (Sección Nacional de Aida en España), como Secretaría del CILA.

6.- VIII CONGRESO IBEROLATINOAMERICANO DE DERECHO DE SEGUROS:

El mismo se llevará a cabo en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, los días 30 de abril y 1ro y 2. de mayo de 2003. Temario:

- 1.- "Los Fondos de pensión en el siglo XXI". País relator: España.
- 2.- "El Fraude en el Seguro". País relator: Brasil.
- 3.- "Problemática jurídica en los Seguros de Accidentes de Trabajo. Modelos y Experiencias". País relator: Argentina.
- 4.- "Nuevas forma de expansión en los seguros de Vida". País relator: México.
- 5.- "Seguro, Reaseguro y Terrorismo". País relator: Colombia.
- 6.- "Mediación y Arbitraje en el Seguro y Reaseguro". País relator: Chile.

Ya se encuentra trabajando una comisión designada por el Directorio para colaborar con el Presidente Honorario Sr. Juan Achurra, quién expondrá a nombre de Chile, que estará integrada por los Sres. Igor Kliwadenko Malic, Osvaldo Contreras Strauch y Ricardo Peralta Larrain.

7.- Página WEB AIDA CHILE

Hemos realizado una actualización de nuestra página WEB www.aida-chile.cl, la cual podrá ser visitada a partir de la primera semana de enero de 2003.

En ella podrá encontrarse la historia de AIDA y sus directorios, el actual Directorio en ejercicio, el Centro de Arbitraje y la lista actualizada de árbitros de AIDA, indicación de quienes son nuestros asociados, fácil acceso a sitios de interés para el mercado asegurador, como asimismo se podrán enviar sugerencias y consultas como solicitar la inscripción a AIDA vía Internet. Todo comentario y aporte a nuestra página será muy bienvenido y esperamos que los socios queden satisfechos del rediseño y actualización efectuados.

8.- Seminario "NUEVAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL"

AIDA Chile, en conjunto con la Asociación de Aseguradores de Chile A.G., realizó el 07 de agosto pasado en el Radisson Royal Hotel el seminario "NUEVAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL", con el objetivo de difundir y explicar los contenidos de las nuevas pólizas de

responsabilidad civil general y de profesionales de salud, depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros con fecha 12 de abril del año en curso. Estuvo orientada a ejecutivos comerciales y de siniestros y suscriptores de compañías de seguros, corredores, liquidadores y abogados.

Las exposiciones estuvieron a cargo de destacados asociados de AIDA Chile, en primer lugar el Presidente Honorario don Juan Achurra Larraín quien hizo una introducción al concepto de responsabilidad civil y su injerencia en el seguro; el asociado Sr. Joan González Zuleta, quien expuso sobre las nuevas condiciones de la póliza Responsabilidad Civil General; luego el Director Sr. Ricardo Peralta Larraín, quien trató del nuevo condicionamiento de la póliza de Responsabilidad Civil para Profesionales de la Salud; y finalmente el asociado y Ex Director Sr. Sergio Arellano Iturriaga, quien expuso sobre la nueva póliza de Responsabilidad Civil de Productos. Asistieron al evento alrededor de 200 personas del ámbito del seguro, de entre ellas 54 asociados de AIDA Chile.

9.- Libro «El contrato de Seguros» de Osvaldo Contreras Strauch.

Finalmente, cabe mencionar que en el mes de noviembre último, fue publicado, bajo el sello de Ediciones Jurídicas La Ley, la última obra del colega Osvaldo Contreras Strauch, director de la Sección Chilena y de ésta Revista y actualmente miembro del Consejo Mundial de la Presidencia de AIDA. Se trata del libro titulado “El contrato de seguro”, que, como su nombre lo indica, analiza la dogmática del contrato a la luz de las normas del derecho positivo, de los usos y prácticas mercantiles y de la doctrina y la jurisprudencia en la materia.

ÍNDICE

Editorial	Pag. 3
En memoria del Profesor Don Juan Carlos Félix Morandi Juan José Vives R.	Pag. 5
La nueva póliza de Responsabilidad Civil para Profesionales de la Salud (Pól. 1 02 031) Joan González Zuleta y Ricardo Peralta Larraín	Pag. 9
El Contrato de Construcción y sus Principales Garantías Osvaldo Contreras Strauch	Pag. 23
Cláusulas “Claims Made” y “Per Occurrence” Ricardo Peralta Valenzuela	Pag. 71
Noticias de Aida	Pag. 77