

Asociación Internacional de Derecho de Seguros Sección Chilena

REVISTA CHILENA DE DE DERECHO DE SEGUROS

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Año 5 Nº 10 Santiago de Chile, Mayo de 2003

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 E-mail del Director: o.contreras.s@terra.cl



Asociación Internacional de Derecho de Seguros - Sección Chilena

REVISTA CHILENA

DE

Derecho de Seguros

Año 5 Nº 10 Santiago de Chile Mayo de 2003

EDITORIAL

El presente número de nuestra revista contempla tres interesantes trabajos, siendo el primero, el texto presentado por la Sección Chilena para el VIII Congreso del CILA en Río de Janeiro sobre el tema "Arbitraje y mediación en el seguro". El texto fue preparado por nuestros asociados Osvaldo Contreras Strauch, Igor Kliwadenko Malic, Carolina Larraín Jiménez, Ricardo Peralta Larraín y Juan José Vives Rojas y la exposición estuvo a cargo de Osvaldo Contreras y Ricardo Peralta .

El segundo tema versa sobre el Seguro de responsabilidad civil de productos y fue preparado por el socio don Sergio Arellano Iturriaga.

El tercero se refiere al tema "El negocio del seguro y la firma electrónica" y fue preparado por nuestro asociado don Manuel Bulnes Ossa.

Me parece importante destacar en esta editorial la circunstancia de que fue encomendada a nuestro país, la misión de organizar lo que habrá de ser el X Congreso del CILA, en el año 2007.

Es importante que empecemos desde ya a preparar las bases de lo que debe ser un evento a la altura de nuestra responsabilidad e historia, ya que el anterior Congreso que organizamos en 1995 fue todo un éxito.

Me permito proponer la idea de que con un año de anticipación a dicho evento, organicemos un Congreso o Jornada Nacional, que sirva de preparación al evento internacional y a la vez cumpla con la aspiración de AIDA a nivel mundial, de que las secciones nacionales lleven una activa vida interna y que periódicamente organicen jornadas nacionales ampliamente participativas.

Osvaldo Contreras Strauch Director

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Arbitraje y mediación en el seguro

Osvaldo Contreras Strauch, Igor Kliwadenko Malic, Carolina Larraín Jimenez, Ricardo Peralta Larraín, Juan José Vives Rojas.

Trabajo presentado por la Sección Chilena de AIDA, ante el VIII Congreso Ibero Latinoamericano de Seguros, celebrado en Río de Janeiro, del 29 de abril al 2 de mayo de 2003.

1.- Actual auge de la "Lex mercatoria" y el arbitraje.

En todo el mundo asistimos hoy al surgimiento de una explosión del interés en resolver las disputas que surgen entre las partes de un contrato o de un negocio, a través de procedimientos no tradicionales o alternativos de resolución de conflictos, que la práctica internacional ha designado con el acrónimo de ADR que, obviamente, deriva de su denominación en idioma inglés (Alternative Dispute Resolutions).¹

Los ADR incluyen la mediación y la negociación tanto como al arbitraje², pero éste último procedimiento, que es aquel al que nos referiremos especialmente en éste trabajo, no es, desde ningún punto de vista, un sistema nuevo.

En efecto, ya en 1685 Malynes dedicaba uno de los capítulos de su libro "The Old Lex Mercatoria" a ..."Los Arbitros y sus laudos".

Refiriéndose al tema Malynes decía que ..." el curso ordinario que pone fin a las cuestiones y controversias que surgen entre comerciantes es por vía del arbitraje, cuando ambas partes hacen elección de hombres honestos para resolver sus causas, lo cual es voluntario y en su propio

¹ Si no se le puede considerar derechamente como autor de la tendencia, sin duda la popularidad actual de los ADR es atribuible al "Harvard Negotiation Project", un grupo que ha trabajado continuamente durante los últimos treinta años en toda clase de niveles de negociación y de resolución de conflictos, desde los internos de los EE.UU. a los internacionales. Un libro publicado para vulgarizar el alcance de los sistemas de negociación directa y mediación es "Getting to Yes", de Roger Fisher y William Ury. Penguin Books, Segunda Edición.Nueva York 1991.

²Se ha dicho que el arbitraje "es la alternativa mas formal, para la resolución de disputas fuera de los tribunales ordinarios".

poder, y por lo tanto llamado Arbitrium, o actuación libre, de donde deriva el nombre de Arbitro".³

En consecuencia, es un hecho que ya en 1685 el arbitraje era una forma ordinaria a través de la cual los comerciantes ponían fin a sus controversias.

También es un hecho que el arbitraje se ha estado desarrollando muy fuertemente a lo largo de los últimos cuatro siglos, extensamente, en todo el mundo. Por ejemplo, en Chile el arbitraje es un sistema muy común para resolver cierta clase de conflictos y, en algunos casos, es legalmente obligatorio.⁴

Refiriéndose a la situación en USA, el Prof. Friederich K. Juenger manifiesta que ... "en vista del provincianismo e incertidumbre que perturba los litigios multiestatales, como resultado del dogma positivista predominante (en los tribunales ordinarios de ese país), no sorprende que los comerciantes prefieran mantenerse fuera de las Cortes. Tanto el Acta Federal de Arbitraje como los tratados y convenciones les permite desnacionalizar la solución de sus disputas por la vía de la elección del arbitraje en lugar de la solución judicial."⁵

Casi todo el mundo esta de acuerdo, entonces, en que la creciente complejidad de los negocios modernos, que tienen no solo su propia ley y regulación, sino que también un lenguaje que le es propio, requiere, para la acertada y justa resolución de las disputas que surjan entre las partes, que el juez o la corte que deba decidir, estén muy bien familiarizados con el negocio en si mismo.⁶

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

De este modo el arbitraje ha estado creciendo muy rápidamente en el último tiempo y es usual que toda clase de disputas que surgen de contratos y negocios mercantiles se someten a juicio arbitral. Entre estas podemos mencionar las disputas sobre derecho marítimo, toda clase de transacciones y contratos internacionales, joint ventures y cada vez con mayor frecuencia, sobre seguros y reaseguros.

Por otra parte, el arbitraje comercial internacional es pilar fundamental de la Lex mercatoria, según opinión generalizada de la doctrina y es un hecho reconocido por la doctrina que hoy en día estamos asistiendo al fenómeno del resurgimiento de ésta. Así, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo expresan que ..."como puede suponerse, la lex mercatoria se fundamenta en dos actos básicos: el contrato internacional y el arbitraje comercial internacional. El primero es fuente y sustrato material de prácticas y usos comerciales, condiciones generales de contratación, contratos-tipo, etc., en tanto que el segundo es el instrumento sancionador y medio de auto integración de un Derecho transnacional siempre flexible y rudimentario. Muy sumariamente pueden reducirse a tres los rasgos característicos del fenómeno apuntado: el aumento de los protagonistas de las relaciones privadas internacionales, la existencia de un Derecho de carácter espontáneo creado en el ámbito de esta sociedad de comerciantes, el ius mercatorum, y un especial procedimiento de arreglo de controversias: el arbitraje comercial internacional".7

En resumen, la general y progresiva aceptación del arbitraje en las disputas comerciales es un fenómeno perfectamente entendible, por varias razones que mencionaremos a continuación:

a) La ley mercantil es, por lejos, la más evolutiva y cambiante y también la mas moderna de todas las leyes, porque generalmente no es el producto de la elaboración formal típica de la ley "estatutaria", promulgada y publicada, ni aquella que proviene de la jurisprudencia de los tribunales⁸. En el sistema del derecho mercantil, la ley es el resultado que surge de y por la actividad de los comerciantes mismos, en su continua búsqueda de nuevas formas de hacer negocios.

Son ellos, los comerciantes, los que crean o al menos conciben ideas o nuevas formas de ganar dinero por vía de los negocios y sus

³ "Consuetudo, vel Lex Mercatoria", o "The Ancient Law Merchant"; Gerard Malynes, merchant. Impreso por F. Redmayne, London 1685. Reimpreso en 1981 por Professional Books Limited, Abingdon, England, pag 305.

⁴ Particularmente en materias comerciales (no todas) y en partición de bienes hereditarios y liquidación de sociedades.

⁵ Friedrich K. Juenger . "The Lex Mercatoria and the conflicts of law. "En "Lex Mercatoria and Arbitration". Thomas E. Carbonneau, Editorial Transnacional Juris Publications. Dobbs Ferry, New York, 1990, pag. 219.

^{*}Refiriéndose a éste tema Harold J. Berman y Felix J. Desser señalan que ..."las peculiaridades de los procesos arbitrales hacen a los árbitros particularmente aptos para aplicar las costumbres comerciales. En primer lugar, los árbitros están a menudo familiarizados con las costumbres del comercio y así conocen los usos ellos mismos. En segundo lugar, de acuerdo a la mayoría de las legislaciones arbitrales y las normas sobre arbitraje promulgadas en las últimas tres décadas, los árbitros están llamados a tomar en cuenta los usos comerciales relevantes sin consideración a la ley aplicable al fondo de la disputa. Finalmente, los árbitros disfrutan de una amplia discrecionalidad en la aplicación de las normas de derecho. ALex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant". Thomas Carbonneau Editor. Transnational Juris Publication, Inc. New York 1990, pag. 33.

^{7 &}quot;Curso de Derecho Internacional Privado". Juan Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo. Editorial Civitas, Tercera Edición. Madrid 1996, pag 183.

⁸ En los países que utilizan el sistema del "common law" o "Case law".

transacciones; y son sus abogados los que traducen su interés en formas legales, por la vía de redactar cláusulas contractuales.

b) De esta forma, las nuevas leyes comerciales se originan, primero, por vía de cláusulas y reglas convenidas en los contratos entre comerciantes, las que, generalmente un largo tiempo después, si esas nuevas formas son exitosas y se popularizan, llegan a ser aceptadas y usadas en general por la comunidad, siendo ese el momento en que se dictan leyes para regularlas formalmente.

Es más. Resulta posible aventurar que en la mayoría de las veces, la regulación legal formal comienza por la vía tributaria o fiscal, ante la preocupación vigilante del Estado por gravar toda nueva forma de hacer negocios que sea usada con caracteres de generalidad.

Refiriéndose a la importancia del arbitraje en materia comercial, Rafael Eyzaguirre expresa que : "No puede negarse que donde el arbitraje tiene mayor aplicación práctica es en materias comerciales, puesto que es el comercio el que necesita en mayor medida de un procedimiento sencillo, rápido, ágil y expedito para resolver sus disputas". 9

En efecto, las relaciones comerciales exigen para su adecuado desenvolvimiento, un tipo especial de justicia que resguarde, en especial, la vida de los negocios y tenga en la equidad, el fundamento preponderante para allanar las dificultades, mediante soluciones rápidas y prácticas, que no detengan el tráfico de la riqueza, ni agudicen la conflictividad de la disputa.

Como hemos dicho, esta justicia especial tiene su fundamento además en que al amparo del principio de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, van apareciendo, nuevos usos, prácticas y reglas comerciales, como un fenómeno que es constante de esta disciplina a través de los tiempos y a las que el Derecho les reconoce más fuerza de aplicación, como que pueden constituir costumbres mercantiles, sea como fuentes para suplir el silencio de la ley, ya para ilustrar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, o bien, simplemente, para interpretar los actos y convenciones mercantiles y disipar, así, las dudas y dificultades que entrañan la inteligencia y aplicación de sus pactos y estipulaciones.

9 R. Eyzaguirre, "El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional", Ed. Jurídica de Chile, 1981, pag 11. Este particularismo del comercio es lo que ha llevado al maestro Joaquín Garrigues, en el prólogo de su Tratado de Derecho Mercantil, a decir que.. "es más preciso atender al derecho vivo, que se aplica en la práctica, que al derecho estático, que se petrifica en los Códigos" El derecho comercial no puede ser una disciplina grávida y obstruccionista del progreso de las instituciones de la vida social siempre variables y dinámicas, ni quedar, por ende, prisionero en la letra fría de sus normas, con desdén de las multifacéticas e inevitables exigencias que la realidad de la vida económica le impone. De ahí que para escudriñar la dificultad y resolver la disputa, no puede prescindirse del concurso del especialista, que junto al tacto jurídico añade el sentido práctico que le permitirá disipar más fácilmente una situación de hecho, lo que mejor se acomoda a las necesidades del negocio.

A su vez, los gremios y corporaciones de comerciantes, asociados en cuerpos colectivos, como son las cámaras de comercio que los cobijan y que ellos han organizado, desde los primeros atisbos del Derecho Mercantil, para sancionar los tratos, usos, prácticas y costumbres a que han de ceñirse en sus relaciones comerciales, siempre entendieron que solamente una jurisdicción especial podía pronunciarse sobre sus diferencias. Así se explica que, de la actividad que tenían estas corporaciones de mercaderes en la Edad Media, emanaran sus propias reglas - como fueron los estatutos - para gobernar las relaciones que surgieron entre sus confederados, cuyo fue el derecho estatutario, así como las que establecieron sus propios órganos jurisdiccionales, como lo fueron los cónsules. Especial interés tuvieron los Estatutos de las ciudades italianas, como Venecia, Génova, Nápoles, que eran verdaderos emporios comerciales y cuyas directrices dieron origen a las primeras manifestaciones del Derecho Comercial. Junto con la caída del Imperio Romano, desaparecieron muchas instituciones romanas y con ellas el pretor, que mantenía al día el derecho y al que reemplazaron, por la fuerza que venía teniendo el pujante Derecho Comercial, precisamente, los cónsules.

En algunos casos en ausencia de una justicia mercantil especializada, como es el caso de Chile, o paralelamente a ésta, como una alternativa más rápida, privada y eficaz, surge el arbitraje comercial.

Los árbitros tienen poder o facultades para juzgar, para decir el Derecho, fijando los derechos y obligaciones de las partes, lo que distingue

¹º Joaquín Garrigues, "Curso de Derecho Comercial". Preliminar a la Primera Edición. Incluido en Edición de Temis, Bogotá, 1987, Pag XIV.

al arbitraje de otras figuras afines, como la conciliación, la mediación y el juicio práctico o el peritaje.

Por otra parte, el arbitraje implica, salvo los casos de arbitraje forzoso, la existencia de una facultad conferida a los árbitros nacida de un acuerdo de voluntades, lo que nos sitúa ante el problema teórico de la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, pues no es habitual que en el orden internacional se considere que el árbitro forme parte del orden jurisdiccional de un Estado¹¹.

Cuando se alude al carácter «privado» del arbitraje, la referencia opera en relación a la naturaleza privada de la materia que se somete a arbitraje, al margen de la calidad que tengan las partes, una de las cuales puede ser intrínsecamente un sujeto de derecho público, siendo notorio que a nivel internacional la norma generalizada es aún más restringida, puesto que el Derecho convencional sólo ampara, en principio, el arbitraje «comercial» aunque se consideren también ciertas cuestiones civiles. "En concreto, el Protocolo de Ginebra de 1923 admite la validez de los compromisos en materia privada, si bien contempla la posibilidad de que los Estados formulen una reserva para admitir sólo «los contratos que se consideren comerciales por su Derecho nacional» 12.

El 10 de junio de 1958 una conferencia internacional organizada en Nueva York bajo los auspicios de la ICC dio como resultado el "Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras" texto que constituye un instrumento esencial del Derecho del comercio internacional.

El texto de la Convención de Nueva York, sin olvidar el llamado "arbitraje ad hoc", favorece ampliamente al arbitraje institucional, esto es, aquel en el que las partes convienen en someter sus diferencias a una institución especializada en arbitrajes, para que ésta designe el árbitro o el panel arbitral, o las partes los designen directamente, pero sometiéndose a las reglas y condiciones generales que rigen a dichas instituciones.

Al someter libremente las partes el juzgamiento de sus dificultades a la decisión de un árbitro, para que sea un tercero el que actúe como juez sin tener el carácter de tal, se suscitan diversas dudas que es preciso desentrañar, a fin de ilustrar claramente el significado y alcance que tiene la institución del arbitraje.

La primera interrogante que se presenta, es la de dilucidar el fundamento con arreglo al cual los particulares pueden sustraer la controversia del conocimiento de los Tribunales de Justicia para confiársela a estos terceros, a quienes ellos mismos invisten privadamente del carácter de jueces, en circunstancias que la función de administrar justicia radica en un Poder del Estado, el cual es soberano para ejercer jurisdicción, como lo consagra por lo demás, el artículo 73 de la Constitución Política de la República de Chile.

Muchas son las teorías que se han elaborado por los autores para explicar esta problemática, a cuyo respecto fundamentalmente, se ha recurrido ya sea a la tesis contractualista, jurisdiccional o mixta. Para la primera de ellas, yendo a la síntesis esencial de la naturaleza del compromiso, se reputa al árbitro como un mandatario de las partes y su decisión, por lo mismo, no sería otra cosa que, propiamente, el resultado de la ejecución del compromiso que provino del mandato.

La segunda advierte, por su parte, que, como el arbitraje entraña un juicio y tiene, por ende, una naturaleza jurisdiccional, el carácter de juez que tiene el árbitro escapa al mandato y su señorío e investidura de tribunal emana de la ley y por lo mismo, desempeña una función pública en el sólo interés de la Justicia, y como tal actúa independientemente de la voluntad de las partes, sin otras consideraciones que las que le dicte su conciencia y le imponga la ley.

Por último, entre las dos tesis antes expuestas, una privatista y otra jurisdiccional y de interés público, existe la opinión llamada "mixta", que considera al arbitraje como una suerte de extensión especial y temporal de esa jurisdicción permanente, que está radicada en los tribunales ordinarios, mediante la cual un tercero decide una controversia como si fuera un juez, al que se le otorga jurisdicción para resolver un litigio como árbitro, por voluntad de las partes o bien de la ley.

¹¹ No es el caso de Chile, en que solamente se puede sostener que los árbitros no forman parte de los Tribunales "Ordinarios", puesto que el Código Orgánico de Tribunales les atribuye explícita e incontestablemente, la calidad de "jueces".

¹² José Carlos Fernández Rozas. En "Enciclopedia Jurídica Básica." (En cuatro volúmenes) Editorial Civitas, Madrid, 1995, pag. 535. Allí agregan que: "Esta misma situación ha sido recogida por el artículo I.31. del Convenio de Nueva York de 1958. Respecto a la calificación de «privada» o de «comercial» de la materia que desee someterse a arbitraje, parece claro que se impone la calificación con arreglo a la lex fori"

3.- Distintos tipos de arbitraje.

Expuestas someramente las doctrinas que se han formulado por los autores para examinar la naturaleza jurídica del arbitraje y que inciden en diferentes aspectos de interés, tales como la capacidad para ser árbitro, la naturaleza y efectos que tiene la sentencia arbitral, así como la procedencia en su contra de los recursos que correspondan, se puede distinguir entre las siguientes especies de arbitraje según su origen:

1.- Arbitraje voluntario, que es aquel que se origina en un acuerdo voluntario de las partes, siendo apropiado, al efecto, diferenciar entre el juicio arbitral propiamente dicho y las convenciones que le dan su origen. lo que denota que el arbitraje tiene una individualidad única, pero compleja. En efecto, en lo que dice relación con el juicio mismo, como todo litigio, importa necesariamente el ejercicio de una función judicial, que entraña una jurisdicción extraordinaria y de carácter público que el Estado les franquea a los particulares derivada de la ordinaria que se radica en los tribunales preestablecidos, según lo previsto en el Art. 5 del C.O.T. (Código Orgánico de Tribunales de Chile) y en cambio, en lo que se refiere a las convenciones antes aludidas, estas son simples acuerdos que anteceden al juicio y que tienen por objeto sustraer el conocimiento y decisión de la controversia del ámbito de la jurisdicción ordinaria, para confiársela al Tribunal Arbitral, al que es necesario constituir para que ejerza su función. así como dotarlo de sus facultades y fijarle el procedimiento al que ha de ceñirse para la resolución de la disputa¹³.

2.- Respecto de los arbitrajes forzosos dispuestos por la ley, estos son aquellos en que es la propia ley la que dispone que cierto tipo de contiendas sean del conocimiento de árbitros. Se les considera indudablemente, de naturaleza jurisdiccional, como son los previstos especialmente en el artículo 227 del C.O.T., tales como la liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad civil o en comandita civil o de las en comandita; la partición de bienes, las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o liquidador de sociedades comerciales y demás juicios de cuentas; las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial,

¹³El juicio mismo: No se inicia por la sola celebración del compromiso, porque para que el juicio se entienda haber comenzado es necesario que el actor comparezca ante el árbitro haciendo valer sus pretensiones por medio de una demanda. De acuerdo a lo señalado en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales "Los Tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte...." La demanda deberá ajustarse a las normas del procedimiento aplicable y la relación procesal no se produce sino cuando se comunica la demanda a la otra parte. Sin requerimiento del actor y emplazamiento legal del demandado, no hay juicio válido.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

3.- En cuanto a los denominados arbitrajes especiales se trata de ciertos casos en los que el legislador ha establecido que la contienda quedará sujeta a arbitraje señalando además el tribunal encargado de conocerla, como es el caso del arbitraje que ejerce la Superintendencia de Valores y Seguros a que nos referimos mas adelante con mayor extensión, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3?, letra i) del Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.) Nº 251. Según algunos autores, a éstos no se les ha de considerar arbitrajes en sentido estricto, dado que no tienen propiamente origen contractual, ni los jueces son elegidos por los interesados. Más que árbitros, son verdaderos tribunales especiales, los cuales funcionan en forma permanente y no transitoria y la asimilación de tales tribunales que hace la ley con los árbitros, se refiere propiamente al procedimiento. 15

4.- Otras clasificaciones.

Según el radio de acción del tribunal arbitral se distingue entre arbitraje nacional o interno, en que el arbitro resuelve conflictos entre partes que tienen su domicilio en un mismo país, que será naturalmente, aquel en que tiene su domicilio el árbitro y arbitraje internacional, cuando se trata de un tribunal arbitral que conoce de conflictos que, por los intereses en disputa o la nacionalidad de las partes, tienen el carácter de internacionales.

Según si el árbitro debe ajustar sus decisiones a la ley o no, se acostumbra calificarlo respectivamente como árbitro de derecho y árbitro arbitrador (o amigable componedor) respectivamente. La legislación chilena concibe una tercera categoría, cual es la de los árbitros mixtos, que son aquellos que fallan conforme a derecho pero tramitan el juicio arbitral

¹⁴Por naturaleza el arbitraje es voluntario y por excepción es forzoso o "ex lege". Según refiere Jaramillo, fuera de Chile solo existe arbitraje forzoso en Argentina, Uruguay y en el Estado de Pennsylvannia, USA. Carlos Ignacio Jaramillo, "Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro", Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, pag 276.

¹⁵ Rafaél Gómez Balmaceda. "Del Arbitraje en general y en particular en el contrato de seguro". En "Aspectos jurisdiccionales del seguro", varios autores, obra publicada por la Asociación de Aseguradores de Chile, 1998, pags. 149 y siguientes.

conforme a las reglas que acuerden las partes o las normas mínimas que contempla la ley para el juicio ante árbitros arbitradores.

Por último si el árbitro es designado para conocer de un caso específico se habla de árbitro ad - hoc o "in casu". Si se trata de una institución permanente de arbitraje, como la de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, o el Centro de Arbitraje de la Sección Chilena de AIDA, se habla de arbitraje institucional.¹⁶

5.- Fuentes del arbitraje convencional.

En cuanto a la convención de arbitraje, se distingue una que contiene el nombramiento del árbitro y otra que es innominada, pero importa un acuerdo de las partes para someterse de un modo general a un arbitraje, obligándose a designar al compromisario en un acto posterior. La primera es un compromiso y la segunda, es la denominada cláusula compromisoria. La una y la otra pueden referirse tanto a controversias ya suscitadas, como a las que puedan eventualmente producirse a futuro, pero ha de tratarse de un asunto que al menos sea determinado genéricamente, dado que según lo dispuesto en el artículo 234 Nº 3 del Código Orgánico de Tribunales, ha de fijarse, aunque sea en forma general, la competencia del tribunal arbitral.

Queda de manifiesto que la diferencia entre ellas radica en que en la cláusula compromisoria las partes quedan obligadas a nombrar un árbitro, tantas veces como sea necesario para conocer y fallar el asunto que comprometen. Tienen ambos su individualidad propia e independiente.

Cabe advertir que no debe considerarse la cláusula compromisoria como una simple promesa de celebrar la convención de arbitraje, porque en ella las partes se obligan al arbitraje lo mismo que en el compromiso, según lo consagra el artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales, con la única salvedad que no va incluída la designación del árbitro. Tiene importancia la distinción, dado que el sometimiento del compromiso al árbitro designado, hará padecer de ineficacia el arbitraje si éste no aceptare

¹⁶ Vid. Jaramillo, Ob. cit., pag 274 y siguientes.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

o se frustrare la designación, con lo cual la jurisdicción vuelve a la judicatura ordinaria. 17

Lo cierto es que si bien la facultad de administrar justicia le corresponde al Estado, que la ejerce a través del Poder Judicial, no es menos efectivo que nadie puede desconocerle a los particulares la facultad de disponer libremente de sus derechos, con tal de que esos derechos miren a su propio interés y que no esté prohibida su renuncia, aplicando el artículo 12 del Código Civil, de lo que se infiere que así como ellos pueden renunciar a los derechos que la ley les confiere y de que son titulares y transigir a su vez, las disputas que puedan tener entre sí, nada quita que tengan además el derecho de someter la suerte que ha de correr la discusión de sus derechos a la decisión de un tercero, al cual le confieren la facultad de actuar como jueces para resolver la controversia, en el carácter de árbitros.

Sin embargo, el C.O.T. en sus artículos 229 y 230, señala las materias que no pueden someterse a arbitraje y que son las siguientes: a) Las relativas al derecho de pedir la separación de bienes entre marido y mujer; b) Las cuestiones que versen sobre alimentos (Ha de entenderse que se trata de alimentos futuros); c) Las causas en que debe ser oído el Ministerio Público; y d) Las causas que se susciten entre un representante legal y su representado.

¹⁷ Sobre la validez de la cláusula compromisoria, cabe referir que en Chile fue discutida, dado que el art. 234 del Código Orgánico de Tribunales señala que entre las menciones que ha de contener el nombramiento del árbitro, figura la designación del mismo y si no se cumple con ese requisito, ha de reputarse que la cláusula es nula, por no cumplir con la mención exigida y así lo declara el precepto referido. Para evitar tan drástica sanción, se sostuvo que la cláusula compromisoria entraña una "Promesa de Compromiso", por lo que no era indispensable cumplir con el requisito. Sin embargo, como respecto del contrato de promesa, el art. 1554 del Código Civil chileno exige que: "En este se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten para que sea perfecto la tradición de la cosa o las solemnidades legales", la verdad es que la interpretación no tuvo mucho asidero ni se acomodaba con la naturaleza de la cláusula arbitral. En efecto, la naturaleza jurídica de la cláusula es la de ser un CONTRATO, distinto del compromiso, pero no los de la cláusula compromisoria, que no aparece regulado en el Código Orgánico de Tribunales y por lo mismo es un contrato innominado, que obliga a las partes a designar al árbitro, sustrayendo la materia de la jurisdicción ordinaria para someterla a la arbitral. Es un contrato válido, porque no va contra la ley, ni la moral, ni las buenas costumbres. No podría ir contra la ley, puesto que fue la Ley Comercial la que la introdujo en la legislación. Art. 352 Nº 10, en relación con el Art. 415 del Código de Comercio. Iría contra la ley si recayera sobre materias que no podrían ser sometidas a arbitrajes, y esta no lo está. Por lo demás, el Art. 222 del Código Orgánico de Tribunales, no distingue entre árbitros nombrados por las partes, conforme al Art. 234 o de árbitros que se comprometen las partes a designar después, por una cláusula compromisoria, nombrándolo al árbitro cuando suria la dificultad.

Además, debe considerarse que no son susceptibles de ser conocidos por árbitros los asuntos de jurisdicción voluntaria, los recursos de revisión, de inaplicabilidad y de protección, las causas de hacienda y las contiendas de competencia; como tampoco las causas criminales, los juicios del trabajo, de quiebras, policía local, sobre estado civil y los juicios de arriendo.

6.- Calidad de jueces que ostentan los árbitros.

El artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales define a los árbitros como jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso.

Según el distinguido autor don Patricio Aylwin Azocar "juicio arbitral o arbitraje es aquel al que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones" ¹⁸ o como afirma otro autor, se integran por simples particulares a quienes por voluntad de las partes o de la ley, se les dota de jurisdicción para pronunciarse sobre una controversia, siempre que no sea de aquellas que por su naturaleza no puedan someterse a compromiso. ¹⁹

Algunos autores van mas allá y estiman que a pesar de no estar incorporados a ningún servicio público, los árbitros tienen, por la función jurisdiccional que le encomienda desempeñar la ley, la calidad de funcionarios públicos, a lo menos, en tanto están investidos como tales árbitros y mientras desempeñan su función.²⁰

En cualquier caso, la noción del arbitraje supone la existencia de una disputa, esto es, de una actual contienda entre partes, sometida a la decisión de un tribunal, cuyo origen es generalmente contractual y que está constituido por un tercero al cual se le inviste pública y transitoriamente de la facultad de decidir el litigio, mediante el compromiso.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

7.- Diferencias entre el arbitraje y otras figuras.

Resalta de estos rasgos singularizantes del arbitraje precedentemente expuestos, el distingo que separa al compromiso de la transacción y otras figuras afines. Al comprometer los litigantes no transigen pleito alguno, ni su convención supone concesiones recíprocas, ni causa cosa juzgada que ponga fin a un litigio pendiente o bien, que prevenga uno eventual, dado que las partes sólo eligen a un tercero para que cumpla la función de administrar justicia, como árbitro. El artículo 2460 del Código Civil chileno le atribuye a la transacción el carácter de sentencia judicial ejecutoriada, lo que contrasta con el compromiso, en que si por cualquier motivo no se consigue el objetivo previsto de solucionar el litigio, recobra la jurisdicción ordinaria su ministerio.

En cuanto a la conciliación, si bien también importa un acuerdo encaminado a evitar o poner término a un juicio, con lo que se diferencia del compromiso, ha de tenerse presente que ella puede lograrse sin transacción, como lo sería mediante la renuncia al derecho. El avenimiento, por su parte. es meramente el testimonio de haberse celebrado o concluido la conciliación. ²¹

Tampoco puede confundirse el arbitraje con la mediación, que es otro medio alternativo de solución de conflictos, a través del concurso de un tercero neutral que facilita el diálogo entre las partes y las coadyuva a identificar claramente el nervio y sustancia de sus dificultades, para concluir proponiéndoles, serenamente, una solución adecuada al conflicto de intereses que entre ellas se ha suscitado, quedando ellas libres de aceptarlo o rechazarlo, por lo que el mediador no actúa como juez, dado que carece de la facultad de imponer una decisión. Se caracteriza por la flexibilidad en los procedimientos, normalmente se lleva a efecto en audiencias conjuntas o separadas, previo convenio de confidencialidad que firman todos los que participan en la mediación. No tiene esto aplicación en los arbitrajes, por lo dispuesto en el artículo 9? del C.O.T., porque los actos de los tribunales son públicos, por lo que tienen ese carácter las actuaciones en un juicio arbitral. Es importante destacar que el mediador no ha de decidir quien tiene la razón, sino que son las partes las que con su auxilio llegan al acuerdo, según lo que el mediador les proponga o lo que ellas discurran libremente.

^{18 &}quot;El Juicio Arbitral", Patricio Aylwin Azocar. Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición, 1958, pag. 21

¹⁹ Mongaby: « Traite de l'arbitrage en matiére civile et commerciales », París, 1852.

²⁰ Leonardo Aravena A. "Naturaleza Jurídica del Arbitraje", Memoria de prueba, Editorial Jurídica de Chile, 1969, pag. 48.

²¹Según el art. 434 Nº 3 del C.P.C., también se alega que tanto en el avenimiento como en la conciliación, existe un proceso pendiente y un acuerdo de las partes en darle solución al conflicto. El avenimiento ha de ser aprobado por el tribunal, según el art. 434 Nº 3 del C.P.C; en cambio, en la conciliación hay una actuación del tribunal, que es el que le propone a las partes ciertas bases de arreglo, sin prejuzgar, conforme al art. 262 y siguientes del C.P.C.

En suma, el objetivo de la mediación es llegar a la conciliación y el del árbitro, decidir la cuestión, fallando la contienda.

8.- Diferentes tipos de árbitros que contempla la legislación chilena.

La legislación chilena establece, atendiendo a la amplitud de sus facultades, tres tipos de árbitros, los de derecho, los arbitradores o amigables componedores y los árbitros mixtos.

Según lo dispuesto en el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, inciso 21 y siguientes, en relación con los artículos 628 y 636 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.

El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, en los casos que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho, facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley (árbitro mixto)."

De estas tres clases, el árbitro de derecho es la regla general, y como lo sostiene Patricio Aylwin A.: "En buenas cuentas, en el arbitraje ante árbitros de derecho lo único que varía, en relación a cualquier otro juicio, es la clase de tribunal, pero no se altera la manera de hacer Justicia, ni en cuanto al fondo, ni en lo que atañe a la forma."²²

El árbitro arbitrador, en cambio, no es obligado a resolver la controversia declarando el derecho que la ley consagra, sino que ha de hacerlo señalando en la sentencia las razones que su conciencia estime más prudentes y equitativas que lo han llevado a la conclusión a que arriba en la decisión del asunto controvertido. Este alcance ha llevado a Chiovenda a comentar que los fallos de los arbitradores no tienen propiamente el carácter de ser sentencias declarativas como lo son en general las que dictan los jueces.^{24 25}

En el aspecto procesal, al límite que han de ceñirse es a la observancia de las reglas que las partes expresen en el acto constitutivo del arbitraje y en su defecto, a las prescritas en los artículos 637 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, esto es, deben oír a los interesados, recibir y agregar al proceso los instrumentos que les presenten y recibir o no la causa a prueba, según lo estime necesario.

La amplitud de las facultades del arbitrador y la circunstancia que se le repute por el legislador como.. "un amigable componedor", no significa interpretar que su función consiste en procurar arreglos armónicos entre las partes en lugar de fallar las contiendas, porque su gestión no es la de proporcionar sus buenos oficios como mediador para conseguir la conciliación, sino que ha de resolver la contienda, decidiéndola y zanjándola, en conciencia, pero en forma obligatoria para las partes.

Se ha discutido la ventaja de uno y otro tipo de arbitraje sea agregándole o no al de derecho, la facultad de actuar como arbitrador en cuanto al procedimiento.

Más, sobre esta duda cabe preguntarse cuál es el sistema que satisface mejor los fines de la institución del arbitraje y aún más, si quieren las partes que se someten a arbitraje otros jueces y no otra Justicia o bien, si tienen el anhelo de otra solución, menos "judicializada".

El legislador chileno da respuesta a éstas inquietudes en el artículo 235 del Código Orgánico de Tribunales, al señalar que los árbitros serán de derecho, a menos que se les dé el carácter de arbitradores.

Sin embargo, la tendencia actual y que parece ser la más generalizada en el derecho comparado, es la de consagrar al árbitro con el carácter de arbitrador, porque la obligación de atenerse a la ley priva a los

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

²² Patricio Aylwin A., Ob. cit., pág. 143.

²³ Francesco Carnelutti, Estudios de Derecho Procesal, EJEA, 1952, II, pág.496; distingue entre compromiso propio y compromiso impropio. El primero es del resorte del arbiter y el segundo, del arbitrator.

²⁴ Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal", tomo I, Pág. 113, Madrid, 1942.

²⁵ Tendrían el sentido de ser sentencias determinativas o especificativas, de estados jurídicos indeterminados o inciertos, como lo admiten Betti y Couture. "Fundamentos del Derecho Proceso Civil", Pág. 321, Depalma, 1981.

árbitros de todas sus ventajas y a las partes del interés por comprometer, ya que con el arbitraje de derecho no se gana una justicia más dinámica y equitativa, e incluso más perceptiva (sensible).

Quienes concurren al gabinete de un árbitro, así lo entienden, y el árbitro habrá de dispensarles esa atención personalizada y sensible, como es la que se persigue en último término, aparte del objetivo de desconcentrar la justicia, que el arbitraje también cumple.

9.- Designación de Árbitros.

Cuando las partes, como según hemos dicho ocurre hoy en día, en una gran mayoría de las controversias mercantiles, acuerdan que sus conflictos sean resueltos por árbitros privados, no por ello desaparece totalmente la intervención de los Tribunales Ordinarios de Justicia. En Chile corresponde, en primer lugar, la intervención de los Tribunales Ordinarios en lo Civil, en la gestión de nombramiento del arbitro que procede intervenir en un asunto por disponerlo así, por ejemplo, una cláusula compromisoria, a falta de acuerdo entre las partes sobre la persona del arbitro.

La gestión misma de designación dista mucho de ser una materia compleja, puesto que el Art. 414 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), al que se remite el Art. 532 del Código Orgánico de Tribunales, contempla un procedimiento simplísimo: presentada la correspondiente petición, el Juez cita a las partes a una audiencia que tendrá lugar con solo las que asistan y si en ella las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de la persona del arbitro, hará el nombramiento el propio Tribunal, no pudiendo recaer en tal caso la designación en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por las partes.

El Art. 415 establece que se presume que las partes no están de acuerdo en la persona del árbitro cuando no concurren todas a la audiencia de que trata el Art. 414.

Si el nombramiento lo efectúa el Tribunal, se pondrá éste en conocimiento de las partes para que dentro de tercero día deduzcan su oposición, si tienen alguna incapacidad legal que reclamar contra el nombrado y vencido el plazo sin que se formule oposición, se entenderá aceptado el nombramiento.

Una vez a firme la designación del arbitro, éste deberá aceptar el cargo ante un ministro de fe, declarándolo expresamente y jurando desempeñarlo con fidelidad, según lo dispone el Art. 415 del C.P.C.

El Art. 236 del Código Orgánico de Tribunales consagra una formula ritual conocida unánimemente en el foro de Chile: el arbitro debe aceptar el encargo jurando desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

10.- Conflictos consistentes en la nulidad misma de un contrato, incluida la cláusula compromisoria que contiene.

Por regla general todos los conflictos que se susciten entre las partes de un contrato que lleva inserta una cláusula arbitral, incluso aquellos que se refieren a la validez o nulidad del contrato mismo, son materia del conocimiento de los mismos árbitros.

Sin embargo, excepcionalmente, se invoca la nulidad misma del contrato por defectos de forma y/o de fondo que afectan a la libre voluntad de las partes.

En esos casos, el conflicto no puede quedar entregado a la resolución de un arbitro, porque según una regla de principio universal, los árbitros no pueden pronunciarse sobre un punto de derecho que afecta en último término a su propio nombramiento, bajo la consideración que nadie puede ser absolutamente imparcial en una materia que le interesa personalmente, teniendo en cuenta, además, que la justicia arbitral es remunerada.

En consecuencia, la mayoría de la doctrina se pronuncia en este caso por atribuir el conocimiento de este tipo de conflictos, a la resolución de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

11.- Recursos interpuestos contra las sentencias o laudos arbitrales.

Por último, también cabe intervención a los Tribunales Ordinarios, en el conocimiento de los recursos que caben en contra de las sentencias definitivas dictadas por árbitros, partiendo por dejar sentado que en contra de las dictadas por los de derecho o mixtos proceden todos los recursos que contempla la legislación chilena, en particular, los recursos de casación en la forma y apelación.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

En contra de las sentencias de los árbitros arbitradores solo proceden los recursos de queja y el de casación en la forma por causa de ultra petita, porque el legislador ha querido respetar la voluntad inicial de las partes, que fue la de que quien resolviera sus diferendos actuare con la mas amplia libertad de criterio, de modo que los recursos que permanecen según lo expuesto, son sólo aquellos que proceden en caso de evidente abuso de parte del arbitrador.

Una reforma reciente introducida al Código Orgánico de Tribunales ha venido a establecer que los recursos de casación en la forma y de queja que se interpongan a propósito de sentencias dictadas por jueces árbitros serán de conocimiento de la Corte de Apelaciones correspondiente.²⁶

A las mismas Cortes de Apelaciones corresponderá el conocimiento de los recursos de casación en la forma y de apelación que corresponde interponer en contra de las sentencias de primera instancia dictadas por árbitros de derecho o mixtos.²⁷

12.- Arbitraje en materia de seguros en Chile.

En el contrato de seguro en Chile, la consagración del arbitraje es de general aplicación y de ahí que los modelos de las pólizas incluyan una cláusula tipo de arbitraje, la que básicamente consiste en someter las dificultades que se suscitaren en el seguro a un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes.

Esta estipulación sobre el arbitraje proviene de ser el seguro un contrato que apareció a la vida del derecho en la Edad Media y en forma muy ligada al comercio marítimo, a través de la figura del denominado préstamo a la gruesa ventura, que fue su antecedente más inmediato y, por lo mismo, siendo el arbitraje en el comercio marítimo de general aplicación, como que es de carácter forzoso, dado lo establecido en el Art. 1203 del Código de Comercio, no podía tampoco el seguro sustraerse de este alcance.

²⁶ Art. 1º Nº 2 de la Ley 19.374 de 18 de febrero de 1995 que modificó el Art. 63 del Código Orgánico de Tribunales. Anteriormente eran de conocimiento de la E. Corte Suprema.
²⁷ Atendida la circunstancia de que por regla general, casi absoluta, el conocimiento de las causas de seguros corresponden en primera instancia a árbitros, resulta indispensable que las importantes funciones de revisión, mas arriba aludidas, que la Ley chilena entrega a los Ministros de las Cortes, pueda facilitarse siendo ejercida respecto a causas que han sido llevadas, en primera instancia, por árbitros que sean verdaderos especialistas en la materia.

Sobre éste punto volveremos al final de éste trabajo.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

En suma, como el seguro es una institución que brotó de la vida del comercio y que regulan los Códigos de Comercio como una figura propia de su naturaleza entre sus disposiciones, aunque con el tiempo ha llegado a tener el carácter de ser un contrato de derecho común, no escapa pues al arbitraje comercial, que en Chile se ha establecido para este contrato desde hace mucho tiempo.

En efecto, el 21 de diciembre de 1927 se publica en el Diario Oficial de Chile la Ley 4228, que crea la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, hoy llamada Superintendencia de Valores y Seguros, introduciendo de paso, sustanciales modificaciones en el comercio de seguros y el control de la actividad aseguradora.

Una vez en marcha el nuevo organismo de control de la actividad aseguradora en Chile, se establece la introducción obligatoria en todas las pólizas de seguros, de una cláusula compromisoria según cuyos términos, todas las controversias surgidas entre las partes a propósito de su interpretación, cumplimiento o incumplimiento, nulidad, resolución o terminación anticipada²⁸, deberían ser resueltos por un árbitro nombrado por las partes de común acuerdo o por la justicia en subsidio.

Mas aún, el Art. 2? letra g) de esa ley estableció que la propia Superintendencia podría ser ese árbitro, y, de hecho, los primeros fallos arbitrales de ésta primera época, emanan en forma exclusiva, precisamente, de la Superintendencia de Compañías de Seguros, entidad que no rehuyó la responsabilidad que la ley le adjudicó, sino que, por el contrario, la afrontó con el mayor entusiasmo.

El arbitraje de la Superintendencia, permaneció por un largo tiempo sin modificaciones, hasta que por virtud de la ley 18.046, de 1982, se consagró la facultad de la Superintendencia de discernir los casos que, «a su juicio calificado» ameritaren su intervención como árbitro arbitrador, para dirimir las contiendas surgidas entre las partes de un contrato de seguros, siempre que ambas partes de común acuerdo lo soliciten, salvo que la cuantía del asunto no excediere de UF 120, caso en el cual el asegurado o el beneficiario «podrán por si solos» solicitar su intervención.

²⁸ Salvo los conflictos relativos al mero cobro de primas insolutas o los concernientes a la validez del instrumento mismo.

La dictación de ésta norma ha traído, como lógica consecuencia, la drástica disminución de los casos en los que interviene como árbitro la Superintendencia y el aumento paralelo de la intervención de árbitros privados.

Otra modificación surgida con posterioridad, ha sido la de que, a partir de 1986, la cláusula sobre arbitraje contenida en las pólizas de seguro, aceptada por la Superintendencia, establece que el árbitro privado²⁹ será arbitrador si es designado de común acuerdo por las partes y, en cambio, será de derecho (o eventualmente mixto) si es designado por la justicia ordinaria, a falta de tal acuerdo. Dicha cláusula obedece a una desconfianza en el árbitro arbitrador nombrado por los tribunales en desacuerdo de las partes, que muchas veces eran personas con absoluto desconocimiento de las instituciones propias del Derecho de Seguros.

13.- Armonía y congruencia entre el Arbitraje y el Contrato de Seguro.

Como se ha dicho, la justicia arbitral se encuentra profusamente difundida en la actividad aseguradora chilena y de allí que a la casi totalidad de los modelos de pólizas registrados en la Superintendencia incluyan una cláusula sobre arbitraje".³⁰

Los términos de esta cláusula son los siguientes:

"Cualquier dificultad que se suscite entre el contratante, asegurado o beneficiario en su caso y la Compañía en relación con el contrato de seguro de que da cuenta esta póliza o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento o sobre cualquiera indemnización u obligación referente a la misma, será resuelta por un árbitro arbitrador nombrado de común acuerdo por las partes.

No obstante lo estipulado precedentemente, el asegurado podrá, por sí solo y en cualquier momento, someter al arbitraje de la Superintendencia de Valores y Seguros las dificultades que se susciten con la Compañía, cuando el monto de los daños reclamados no sea superior a 120 Unidades

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

de Fomento, de conformidad a lo dispuesto en la letra I) del artículo 31 del Decreto con Fuerza de Ley N1 251, de 1931".³¹

Hasta hace algunos años, la cláusula compromisoria de los contratos de seguros, le asignaba a todos los árbitros el carácter de arbitradores, incluso a los que debían ser designados por la Justicia Ordinaria, criterio que se cambió después, reservándose la calidad de arbitrador sólo al compromisario nombrado por las partes, dado que tan excepcional calidad sólo debe dispensarse a quien cuenta con la confianza expresa de los interesados. El árbitro designado por la Justicia Ordinaria, entonces, ha de ser de derecho.. "con lo cual se garantiza la sujeción del juez árbitro a la ley y se mantiene abierta la posibilidad de ejercer los recursos procesales ordinarios contra la sentencia que dicte." 32

Arbitraje forzoso o voluntario

La primera interrogante que es preciso esclarecer se refiere determinar si el arbitraje en los seguros es de carácter forzoso o voluntario.

Como ha quedado dicho, el arbitraje forzoso ha sido definido como aquel que es impuesto imperativamente por la ley como único procedimiento para resolver determinados litigios.

El arbitraje voluntario, en cambio, es aquel que tiene su origen en un acuerdo de las partes interesadas que deciden sustraer el conocimiento y solución de un litigio de la justicia ordinaria, encargando tales funciones al árbitro que se designe.

A partir de tales conceptos, debe decirse que el arbitraje en el contrato de seguro en Chile, es siempre voluntario, con excepción del que se refiere a los seguros marítimos que tiene carácter forzoso.

Así lo establece respecto de este último contrato, el Art.. 1.203 del Código de Comercio cuando dispone que "El conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que de lugar el comercio marítimo o la navegación incluidos los seguros marítimos de cualquier clase, será sometido a arbitraje":

²⁹ Cuando la Superintendencia actúa como árbitro, lo hace siempre en el carácter de árbitro arbitrador.

³⁰Introducción al texto preparado por AIDA - CHILE, en el fascículo que consagra la creación del Centro de Arbitrajes de Seguros y Reaseguros, fija sus Estatutos y el procedimiento básico aplicable.-

 ³¹Circular Nº 644 de la Superintendencia de Valores y Seguros de fecha 6 de Agosto de 1986. ³²Juan Achurra Larraín, abogado y miembro del Directorio de AIDA - CHILE, participa de esta misma opinión, en su trabajo titulado: "El Arbitraje en el Contrato de Seguros en Chile".

La referida disposición es relativamente nueva y proviene de la reforma introducida al Código de Comercio por la ley N° 18.680, del año 1988, que reemplazó el Libro III de dicho Código que regula La Navegación y el Comercio Marítimo.

14.- El arbitraje forzoso en los seguros marítimos.

Según ya vimos, en los seguros marítimos el arbitraje tiene carácter forzoso.

No obstante el mismo Art. 1.203 del Código de Comercio, consagra algunas excepciones a este principio general.

Ellas se refieren a los siguientes casos:

- a) cuando las partes expresan su voluntad de someterse a la jurisdicción ordinaria, sea en el mismo contrato de seguro o por acuerdo que conste por escrito, siempre que este sea anterior a la iniciación del juicio.
- b) cuando se ejerciten contra el asegurador las acciones directas que la Ley de Navegación o los Convenios Internacionales aprobados por Chile, contemplan para hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente de derrames de hidrocarburos.
- c) cuando la cuantía del juicio no exceda de 5.000 unidades de cuenta y el demandante hubiere optado por ejercitar su acción ante la Justicia Ordinaria.

Conforme al Art. 1.244 del Código de Comercio se entiende por unidad de cuenta a la unidad denominada Derecho Especial de Giro, definida por el Fondo Monetario Internacional.

La equivalencia de tal unidad a moneda nacional le corresponde hacerla al Banco Central, debiendo señalarse que a esta fecha la equivalencia es de \$563 por unidad, lo que significa que la excepción para excluir del arbitraje forzoso en seguros marítimos se extiende a aquellos casos en que la cuantía sea inferior a \$2.815.000.- que equivale a las 5.000 unidades de cuenta mencionadas en la ley.

La designación del árbitro en el arbitraje forzoso de seguros marítimos, su calidad y el procedimiento que debe emplear, se rigen por las normas que las partes convengan por escrito y, en su defecto, por las normas pertinentes relativas a los jueces árbitros que se consagran en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, la falta de acuerdo de las partes se traduce, respecto a la designación del árbitro, en que tal designación debe ser hecha por la Justicia Ordinaria, conforme a la norma del Art. 232 del Código Orgánico de Tribunales.

Y la falta de tal acuerdo respecto a la calidad del árbitro, se traduce en que éste debe ser árbitro de derecho conforme a la norma del Art. 235 del mismo Código.

Otra particularidad del arbitraje forzoso para los conflictos relacionados con el comercio marítimo, incluidos los seguros marítimos, se refiere a las facultades especiales que se confieren al tribunal en materia de prueba.

Dichas facultades están señaladas en el Art. 1.206 del Código de Comercio y son las siguientes:

- a) Admitir, a petición de parte, cualquier clase de prueba, además de los medios probatorios que establece el Código de Procedimiento Civil.
- b)Decretar de oficio diligencias probatorias en cualquier estado del juicio, previa citación de las partes.
- c)Llamar a las partes a su presencia para que reconozcan documentos o instrumentos y para que justifiquen sus impugnaciones.

d)Apreciar la prueba de acuerdo a las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación.

Respecto al arbitraje en seguros marítimos, debe señalarse, por último, que su aplicación práctica no resulta tanto del carácter forzoso que le asigna la ley, sino principalmente de la cláusula arbitral que al efecto se incluye en las pólizas.

La convención voluntaria de arbitraje en los seguros

El contrato de seguro en Chile es un contrato dirigido. Ello significa que las Compañías de Seguro no pueden operar sino con modelos de póliza que hayan sido previamente depositados por la Superintendencia.

Al efecto, el Art. 3º letra e) del D.F.L. 251, dispone que corresponde a la Superintendencia mantener a disposición del público, los modelos de textos de condiciones generales de pólizas y cláusulas que se contraten en el mercado. Las entidades aseguradoras podrán contratar con dichos modelos a partir del sexto día que hubieren sido incorporados al Depósito de Pólizas que, para esos efectos, llevará la Superintendencia.

Como ya hemos visto, la casi totalidad de los modelos de póliza ya depositados en la Superintendencia incluyen una cláusula sobre arbitraje que está concebida comouna típica cláusula compromisoria, mediante la cual todos los conflictos que puedan surgir en relación al contrato de seguro se sustraen del conocimiento de la Justicia Ordinaria y se entregan a la decisión de un árbitro.

La designación del árbitro debe hacerse de común acuerdo por las partes y en tal caso se entiende que el árbitro tiene la calidad de arbitrador.

La referida designación no se realiza al momento de celebrar el contrato, sino al tiempo de producirse el conflicto.

Lo anterior no se opone, naturalmente, a que las partes hagan la designación por anticipado mediante una condición particular de la póliza.

En tal caso no estaríamos frente a una cláusula compromisoria sino a un compromiso definitivo en que las partes efectúan la designación del árbitro, identificándolo con su nombre y apellidos.

Si las partes no se ponen de acuerdo en la persona del árbitro, la designación debe ser hecha por la Justicia Ordinaria, pero en tal caso el árbitro tiene la calidad de árbitro de derecho tanto respecto del procedimiento como del fallo que dicte.

Las diferencias entre una y otra clase de arbitraje son obvias.

Si actúa un arbitrador, éste está facultado para fallar sin sujeción estricta a la ley ateniéndose a los principios de prudencia y equidad que su

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

conciencia le dicten y sin estar obligado a guardar en su procedimiento otras reglas que aquellas convenidas por las partes o por las que supletoriamente se fijan al efecto en el Código de Procedimiento Civil.

La sentencia del arbitrador es de única instancia, puesto que la cláusula compromisoria no contempla un tribunal de apelación.

Contra la sentencia puede interponerse, sin embargo, los recursos de casación en la forma y de queja.

Si el árbitro ha sido designado por la Justicia Ordinaria, tiene el carácter de árbitro de derecho y, por consiguiente, tanto en el procedimiento como en la sentencia que se dicte, debe atenerse estrictamente a la ley.

Contra la sentencia del árbitro de derecho cabe el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva y todos los demás recursos pertinentes tales como el de casación en la forma y queja y el de casación en el fondo respecto de la segunda instancia.

De lo expuesto debe quedar muy claro, que la cláusula compromisoria en el contrato de seguro opera de manera muy diferente según si las partes se han puesto o no de acuerdo en la designación del árbitro.

En el primer caso, el árbitro es arbitrador y en el segundo es de derecho.

Conviene recordar al efecto que hasta hace pocos años, la cláusula compromisoria de los contratos de seguro, asignaba a todos los árbitros el carácter de arbitradores, incluso a aquellos que debían ser designados por la Justicia Ordinaria.

La mala experiencia que se vivió en muchos casos resultante de la designación de personas no idóneas ni imparciales, obligó a modificar la cláusula estableciendo que el árbitro nombrado por la Justicia Ordinaria debía ser de derecho, con lo cual se garantiza la sujeción del juez árbitro a la ley y se mantiene abierta la posibilidad de ejercer los recursos procesales ordinarios, contra la sentencia que dicte.

La calidad de arbitrador se reserva, por consiguiente, sólo a los árbitros nombrados por las partes, cosa que es de toda lógica si se tiene en

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

cuenta que tan excepcional calidad sólo debe dispensarse a quien cuenta con la confianza expresa de las partes interesadas.

Particularmente cabe tener presente que, en lo que se refiere al perfeccionamiento del contrato de seguro marítimo y de sus términos, según dispone el Art. 1173 del Código de Comercio servirá, para justificar el momento y los términos del acuerdo, la propuesta, la nota de cobertura o cualquier otro documento que se utilice entre asegurados, corredores y aseguradores, y que tendrá también el mérito de póliza la nota de cobertura u otro documento que acostumbren utilizar los aseguradores para señalar las condiciones de los seguros que hubieren sido aceptados por ellos. ³³

15.- La Superintendencia de Valores y Seguros como Tribunal Arbitral.

Esta es una particularidad muy especial del arbitraje en materia de seguros que conviene analizar con algún detalle.

El Art. 3º, letra i) del D.F.L. Nº 251, que contiene la legislación que regula el comercio de seguros, dispone que es atribución de la Superintendencia de Valores y Seguros:

"Resolver, en casos a su juicio calificados, en carácter de árbitro arbitrador sin ulterior recurso, las dificultades que se susciten entre Compañías de Seguros, entre éstas y sus intermediarios o entre éstos y el asegurado o beneficiario en su caso, cuando los interesados de común acuerdo lo soliciten".

Agrega la disposición que el asegurado o beneficiario podrá por sí solo recurrir al procedimiento arbitral de la Superintendencia, cuando el monto de la indemnización reclamada sea inferior a 120 Unidades de Fomento.

La función de la Superintendencia como tribunal arbitral proviene del año 1928, fecha en que se dictó la Ley N° 4.228, cuyo texto refundido se fijó posteriormente en el D.F.L. 251, del año 1931.

ssEn el comercio marítimo se atribuye a la expresión "por escrito" un significado más amplio, incluyendo en ella al telegrama, télex u otros medios que registren o repitan lo estampado en instrumentos o aparatos diseñados para las comunicaciones de las partes (fax, correo electrónico, etc). Así lo dispone el Art. 978 del C. de Comercio de Chile.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

La Superintendencia de Valores y Seguros es un Servicio Público autónomo, que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda y cuya ley orgánica está contenida en el D.L. 3.538, del año 1980.

El rol de la Superintendencia como tribunal arbitral, presenta varias diferencias con el arbitraje voluntario común.

a)En cuanto a su origen, la actuación de la Superintendencia como tribunal arbitral, depende de la voluntad o acuerdo de las partes.

No obstante, existe un caso en que no se requiere tal acuerdo de voluntad, y ello ocurre cuando el monto de la indemnización reclamada es inferior a 120 Unidades de Fomento, en cuyo caso la actuación de la Superintendencia puede ser requerida con la sola voluntad del asegurado o beneficiario de la respectiva póliza.

b)Una segunda diferencia con el arbitraje común, consiste en que la Superintendencia sólo puede actuar como árbitro arbitrador. Esa calidad está fijada en la ley y las partes no pueden alterarla.

En cambio, en el arbitraje voluntario común la calidad del árbitro la determinan las partes y ello hace posible que el árbitro puede ser de derecho, arbitrador o mixto.

c) Una tercera diferencia, es que en el arbitraje voluntario, el nombramiento de árbitro debe recaer siempre en una persona natural perfectamente identificada.

En cambio, en el caso de la Superintendencia, la función de árbitro corresponde a una persona jurídica que conforma un Servicio Público.

d) Una cuarta diferencia, consiste en que la Superintendencia desempeña el rol de tribunal arbitral en forma permanente.

En cambio, en el arbitraje voluntario común, el árbitro tiene una existencia transitoria que termina una vez que ha cumplido el encargo que le fue confiado.

e) Una quinta diferencia, que es consecuencia de las anteriores, consiste en que la Superintendencia en calidad de tribunal arbitral

permanente no debe cumplir con el trámite de aceptación y juramento previo del cargo, que se exige, en cambio, a los árbitros comunes.

Es por estas diferencias, que la doctrina ha sostenido que la Superintendencia y otros organismos públicos que desempeñan funciones jurisdiccionales no constituyen verdaderos árbitros, sino tribunales especiales de aquellos a que se refiere el Art. 5º del Código Orgánico de Tribunales.

Como un último comentario respecto a esta materia, cabe señalar que durante muchos años la Superintendencia desempeñó un activo e importante papel como tribunal arbitral y a su decisión se sometió un gran número de conflictos y controversias derivados de contratos de seguros.

Su independencia, idoneidad técnica y especialidad en el área de seguros, constituían una garantía para las partes litigantes.

Lamentablemente, a partir de una modificación introducida por la ley N° 18.046, del año 1981, la intervención de la Superintendencia como tribunal arbitral, no está referida a todos los casos que las partes interesadas decidan encomendarle, como ocurría antes, sino sólo a aquellos casos que en opinión de la Superintendencia sean calificados.

En virtud de esta calificación la Superintendencia ha declinado intervenir como árbitro en la mayoría de los casos que se le han sometido y con ello ha prácticamente dejado de operar la acción de un eficaz y confiable tribunal de justicia, para resolver conflictos relacionados con el contrato de seguro.

Vinculado al arbitraje de la Superintendencia y como una suerte de paso previo a él, la Circular Nº 1487, sobre atención de reclamos de los asegurados, emanada de la Superintendencia de Valores y Seguros persigue que las compañías contesten en tiempo y forma las consultas y reclamos de los asegurados y, además, les informen de sus derechos y de los contenidos y características de los contratos. Por ello, podemos concluir que se trata de instrucciones administrativas para que las compañías entreguen información a los asegurados y puedan implementar algunas soluciones a problemas menores, ya que las pólizas siguen consagrando el arbitraje como medio de solución de los conflictos de fondo.

Otra iniciativa de la autoridad es la creación de la División de Atención y Educación del Asegurado, oficina que efectivamente se encuen-

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Cabe señalar que durante su funcionamiento, la División de Atención y Educación al Asegurado ha emitido pronunciamientos que, por la vía de la interpretación administrativa de los contratos de seguro, han llevado a que ciertos casos sean solucionados por las compañías sin recurrir al arbitraje, basadas en que dichos dictámenes constituyen prácticamente una decisión de carácter jurisdiccional, cuya naturaleza es jurídicamente cuestionable, pero que por sus efectos prácticos es aconsejable para el asegurador acatar. Esto, obviamente, distorsiona la cláusula arbitral contenida en las pólizas de seguro e impide la discusión y fallo del problema dentro del marco de un debido proceso.

16.- La Jurisdicción chilena.

Una última característica especial del arbitraje de seguros, se relaciona con la jurisdicción.

El Art. 29 del D.F.L. N^2 251, dispone que "Las cuestiones litigiosas que se susciten con motivo de los contratos de seguro directo y reaseguros sujetos a esta ley, serán sometidas a la jurisdicción chilena, siendo nulo todo pacto en contrario".

Esta norma guarda relación con el artículo 1462 del Código Civil, que establece que: "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto."

Se trata, como puede apreciarse, de una norma de orden público que impide someter el litigio a una jurisdicción extranjera, aun cuando se trate de jueces árbitros y tiene particular importancia en el caso de los contratos de reaseguro de riesgos situados en Chile que se colocan en el exterior con reaseguradores extranjeros.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Si en tales contratos se pacta un arbitraje, este debe ser hecho en Chile y a cargo de un árbitro nombrado localmente, aun cuando el reasegurador sea extranjero y tenga domicilio fuera del país.

En consonancia con dicha norma legal y a fin de hacer efectiva la responsabilidad que puedan tener en relación a un contrato proveniente de Chile, la ley obliga a los reaseguradores extranjeros a otorgar poder a una persona residente en Chile, para que lo represente con amplias facultades e incluso para ser emplazada en juicio.

Así lo establece el Art. 16 bis letra d) del D.F.L. № 251.

17.- El procedimiento arbitral en materia de seguros. Normas generales y arbitraje institucional.

En su oportunidad destacamos que, en cuanto a la amplitud de sus facultades, los compromisarios se clasifican, según el distingo del Art. 223 del Código Orgánico de Tribunales, en árbitros de derecho, mixtos y arbitradores o amigables componedores.

Las normas de procedimiento a que estos deben atenerse están consagradas en los artículos 628 y siguientes para los árbitros de derecho y 636 y siguientes para los árbitros arbitradores, todos del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, por corresponder a una tendencia mundial, no ha de extrañar que las entidades que agrupan a los comerciantes hayan ido creando sus propios tribunales arbitrales, para resolver los conflictos entre sus miembros, aplicando a su regulación y procedimiento los principios que la propias organizaciones uniforman y recogen como fruto de la experiencia práctica de la vida de los negocios.

Este es el antecedente histórico que ha tenido, en el ámbito del comercio internacional el establecimiento de centros de arbitrajes, dando origen a lo que se ha denominado el arbitraje institucional, siendo los más conocidos, la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.) con sede en París y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C.), que data del año 1934, como consecuencia de la Conferencia de los Estados Americanos en Montevideo, con oficinas en Washington, Ciudad de México y Río de Janeiro.

La primera se rige por el Reglamento de Conciliación y Arbitraje vigente desde el 11 de Junio del año 1975, y la segunda adoptó, a contar del 11 de Enero de 1978 las reglas de arbitraje de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL).³⁴

Con igual objeto se han creado, además, ciertos órganos de arbitraje permanentes, como son la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, con sede en París y el Centro de Arreglo de Diferencias, surgido de la Convención de Washington del año 1965.

En Chile, siguiendo estas orientaciones, la Cámara de Comercio de Santiago en 1993 y luego la Sección Chilena de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, AIDA, en 1998, han procedido a la creación de sus respectivos centros de arbitrajes y conciliaciones, los cuales se ciñen a los reglamentos que se han dictado para su regulación y contienen además sendas nóminas de los árbitros que las integran.

Por su parte, la Asociación de Aseguradores de Chile ha creado recientemente durante el año 2002, las Normas de Autorregulación para sus asociadas, dentro de las cuales se contempla la búsqueda de soluciones a los conflictos entre compañías.. A este respecto, cabe esperar la implementación de dichas normas y ver si se logra la creación de instancias modernas y eficientes para solucionar estas materias por la vía de los centros de arbitraje especializado.

Entre las ventajas que tienen los centros arbitrales, que recogen la experiencia de instituciones de reconocido prestigio internacional, así como las tradiciones de la vida del comercio, se cuenta la de que los árbitros que las conforman han venido a reemplazar a los jueces de comercio como, desde luego, ha ocurrido en Chile, en que, por estrechez del erario nacional, dejaron de existir, así como la de haber venido a consagrar el arbitraje institucional, con arreglo al cual las disposiciones que regulan las reglas del arbitraje y la forma procesal a que se someten, se entienden incorporadas al pacto arbitral que suscriben las partes como si figurasen efectivamente incluidas en el compromiso, con lo que se facilita una convención arbitral libre de inexactitudes e imperfecciones que conciten dificultades o padezcan de vicios.³⁵

³⁴ Vid. R. Eyzaguirre, ob. cit., pag. 112.

³⁵ Rafaél Gómez Balmaceda, Ob. cit.

En este arbitraje institucional, no se conviene propiamente en la persona a la que se le confía la decisión de la controversia, sino que la designación del árbitro es del resorte de la propia entidad que tiene a su cargo la organización administrativa así como el respaldo y control ético sobre el árbitro.

Se advierte como tendencia generalizada en el mundo, la de recurrir a los servicios de los centros o instituciones especializadas en arbitrajes, en lugar del denominado arbitraje ad-hoc, dado que ofrece más neutralidad el que sea un tercero innominado quien asuma el cargo para decidir el conflicto y le da además, más permanencia y estabilidad a la gestión del árbitro, aparte de simplificar el acuerdo arbitral, al incorporar a su regulación las reglas uniformes que mantienen vigentes los centros institucionales para la sustanciación de las divergencias.

Entre las normas básicas de procedimiento que ha adoptado la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Sección Chilena, cabe destacar las siguientes:

- a) Los árbitros podrán sustanciar el juicio por sí solos, con la asistencia de un ministro de Fe o con la participación de un Actuario adhoc designado por ellos mismos;
- b) Los árbitros deberán dictar sentencia en el término de seis meses, prorrogables por igual período si lo estiman necesario, plazo que se contará desde la aceptación del cargo;
- c) Podrán los árbitros, llamar a las partes a su presencia para que reconozcan documentos e instrumentos o justifiquen sus impugnaciones, pudiendo resolver al respecto, sin que ello implique prejuzgamiento en cuanto al fondo del asunto controvertido;
- d) Los árbitros tendrán la facultad de apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los documentos de dicha apreciación;
- e) En el desempeño de sus funciones, los miembros del cuerpo arbitral estarán obligados a respetar los principios y normas que rigen a AIDA CHILE, a proceder en todo momento con la debida diligencia, y a asegurar a las partes ecuanimidad e imparcialidad;

f) En defecto de las normas precedentes, regirá lo preceptuado en el Código Orgánico de Tribunales sobre los Jueces Árbitros y en el Código de Procedimiento Civil sobre el juicio arbitral.

18.- El proyecto de nueva ley sobre arbitraje en Chile.

Hemos estimado de interés referir que se encuentra en tramitación ante el Congreso Nacional de Chile un Proyecto de ley que tiene por objeto modificar el régimen legal sobre el arbitraje en Chile, cuya iniciativa proviene de un Mensaje enviado al Senado, con fecha 5 de Noviembre de 1992 y el cual fue aprobado por la Cámara Alta con fecha 25 de Octubre de 1995.

En gran parte las modificaciones se encaminan a reconocer legalmente ciertas prácticas arbitrales, las que habiendo sido aceptadas en nuestro medio no estaban todavía legisladas, como es el caso del control de los presupuestos procesales por parte de los Tribunales Ordinarios en el procedimiento judicial de designación de árbitros. Para lo que interesa, el Proyecto de Ley reconoce expresamente la vía incidental ante la Judicatura Ordinaria como el camino para denunciar la falta de un presupuesto procesal, que evite la constitución del Tribunal arbitral.

A su vez, en el Proyecto se establece que tienen el carácter de ser materias de arbitraje forzoso las concernientes a la inteligencia y aplicación de contratos tales como compraventa, suministro, mandato, comisión, corretaje y arrendamiento con opción de compra, siempre que sea mercantil al menos para un contratante; el transporte, seguro, cuenta corriente, depósito en almacenes generales "warrant", los contratos propios del comercio marítimo, así como otros varios.

El proyecto define a la cláusula compromisoria y al compromiso, fija sus alcances y regula el procedimiento arbitral en forma pormenorizada; se establece que son trámites esenciales de todo procedimiento arbitral mixto y arbitrador los siguientes: el juramento del árbitro, la notificación legal de la resolución en que éste cita a las partes al comparendo que establece el artículo 628, la recepción de las pruebas acompañadas oportunamente por las partes, la citación a comparendo de conciliación y la autorización por ministro de fe de la sentencia definitiva.

19.- Importancia del arbitraje en el seguro.

La realización de éste trabajo me permite emitir un juicio sobre el sistema arbitral de resolución de contiendas y sobre los árbitros en general, fuera del conocimiento que adquirimos al tomar parte en la elaboración, hace algunos años, del proyecto de ley referido en el número precedente.

Como ya hemos dicho, en lo concerniente a conflictos mercantiles en general (y el seguro integra el sistema del derecho comercial), la tendencia mundial es a su des-judicialización.

Varias razones se juntan para alimentar ésta tendencia, cada vez en mas rápido desarrollo en el mundo. Pero las principales son dos: la especialidad y la rapidez.

En cuanto a la primera cabe enfatizar que el seguro constituye una especialidad del derecho que exige dedicación propia, conocimiento del funcionamiento interno del sistema y de los usos y costumbres, incluso el lenguaje propio, que emplean quienes hacen de esta actividad económica su profesión habitual.

Por otro lado, el funcionamiento del sistema económico en el que están insertos los conflictos que surgen, exige su rápida resolución, so pena de causar mas daños que los que se pretenden evitar al plantearse la contienda.

Ambos elementos interactúan: la rápida resolución de las causas exige tanto dedicación del juzgador como conocimiento del tema. No resulta feliz ni apropiado que para resolver, deba el juzgador partir por aprender el tema sometido a su decisión.

Por las causas anotadas, resulta evidente que Chile, al haber propiciado el arbitraje en el seguro hace ya tanto tiempo, desde 1927, en circunstancias que en otros países, mucho mas avanzados en otros aspectos, recién ahora se está partiendo por favorecerlo, nuestro país ha sido pionero en el tema.

Sin embargo, no todo son cualidades o ventajas en éste sistema.

La institución del arbitraje, como toda obra humana, no es perfecta. El sistema chileno tiene y ha ido demostrando defectos, de los

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

cuales es reflejo la sustitución por la Superintendencia del ramo - en 1986 - de la cláusula arbitral, modificando la calidad del árbitro, pasando éste a ser, de arbitrador a de derecho, o, a lo mas, mixto, si las partes no lo nombran de común acuerdo.

Para nadie, con conocimiento de la especialidad, es un misterio que el cambio aludido obedeció a la escasa calidad y falta de fundamentos de algunas decisiones arbitrales. Lo importante es indagar, por qué razón se produjo - y a pesar de todo, sigue produciéndose - ese fenómeno.

De partida, el defecto no radica en el sistema mismo de nombramiento. Que sea un juez quien nombre al árbitro a falta de acuerdo entre las partes, es muchísimo mejor que las cláusulas contractuales con designación de la persona del árbitro, pactada en el contrato mismo, que encierran el peligro de que la designación obedezca al interés de la parte que tiene en el contrato la llamada «posición dominante».

La verdadera complejidad y transcendencia de la función judicial en la designación del árbitro a falta de acuerdo entre las partes al respecto, no está, obviamente, en las pocas y simples normas de procedimiento que consagra la ley (Vid. Nº 19 de éste trabajo), sino en la elección de la persona del arbitro. El problema está en la designación judicial de árbitros que no reúnen las cualidades o la calificación necesarias.

Los conflictos en materia de seguros se refieren a una especialidad del derecho mercantil, el derecho de seguros, que exige conocimientos muy precisos de normas que no son solamente las que aún restan del título VIII del Libro II del Código de Comercio, notablemente superado por la realidad, sino también de los usos y costumbres mercantiles que se han decantado a lo largo de los años al amparo de los vacíos legales, en uso de la libertad contractual y de la libre iniciativa particular, y consagrados, en último término, en reglas de costumbre universalmente aceptadas y en cláusulas de los contratos de seguro.

Es tanto el avance de esta rama de las ciencias jurídicas como que a pesar de lo que teóricamente se pueda sostener en contrario, existen validadas por la práctica incluso costumbres contra texto expreso de ley³⁶.

se En efecto el Art. 552 del Código de Comercio prohíbe el asegurador "constituirse responsable de los hecho personales del asegurado". Sin embargo, son de ordinaria y amplia utilización las pólizas de seguros que si cubren accidentes causados por el propio asegurado, excluyéndose tan solo los daños causados intencionalmente por éste.

Sin embargo los Tribunales Civiles, encargados de la designación, no escogen habitualmente árbitros verdaderamente especializados en el tema lo que resulta inexcusable existiendo hoy en día dos Centros de Arbitraje Institucional con listas de árbitros especialistas disponibles.³⁷

Designar a un árbitro que no tiene conocimientos especializados en el asunto para el cual se le designa es, desde todo punto de vista, peor, constituye una regresión clara, frente al sistema de decisión judicial de conflictos. Equivale entregar la resolución del asunto controvertido a una persona que tiene la misma carencia de familiaridad con el ramo, que se le reprocha a los jueces de los Tribunales Ordinarios de todo el mundo, y ninguna de las virtudes de ecuanimidad y habilidad, profesionalmente desarrollada y legalmente sancionada, que son necesarias para determinar la verdad jurídica y en la resolución de conflictos, que tienen aquellos, jueces de carrera.

Peor aún es, porque es más difícil de detectar y evitar, la designación de árbitros que no tienen las cualidades de un juez.

Las virtudes principales de todo buen juez consisten en la prudencia, la ecuanimidad, el absoluto desinterés, la necesaria falta de apasionamiento, el deseo de actuar, en todo, guiado solamente por el espíritu de hacer la justicia sin mirar a quien, en el solo interés de Ella, de la justicia.

En nuestra ya larga carrera profesional, nos ha tocado conocer casos en que la justicia arbitral se ha resentido por una u otra causa.

La primera, la que deriva de la falta de calificación del árbitro en el conocimiento de la especialidad del seguro, desvirtúa completamente las razones por las cuales la sabiduría del legislador chileno de hace mas de sesenta años, eligió encausar la solución de conflictos en materia de seguros al sistema arbitral. Se traduce en fallos ramplones, que no aportan nada a la doctrina y que, además, generalmente, no logran identificar donde se halla la verdad, como muy probablemente lo haría un juez profesional.

La segunda, que deriva de la designación de árbitros que carecen de las cualidades de un juez, de todo juez, conduce al peligro de fallos inicuos, aberrantes, carentes de la más mínima fundamentación real.

⁹⁷ Me refiero al Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio y, en especial, al Centro de Arbitrajes de la Sección Chilena de AIDA" (Asociación Internacional de Derecho de Seguros). Es por ello que estimamos indispensable poner especial énfasis en la importancia que tiene la designación del árbitro y de que al momento de nombrarlos, en desacuerdo de las partes, los jueces deben tener la certeza de estar escogiendo a alguien que posee conocimientos especializados en el tema, reconocido prestigio y criterio profesional.

Una de las formas como puede avanzarse con mayor seguridad en éste tema, de suyo espinoso, consiste en la divulgación del arbitraje institucional, es decir, de los centros de arbitrajes que cuentan con listas de árbitros especializados en el tema.

En todo caso, debe entenderse que los árbitros, como todos los jueces ³⁸ son seres humanos, con todas sus virtudes y defectos y que no se puede esperar que la justicia que impartan sea perfecta, sobre todo cuando la miramos desde la perspectiva de una de las partes litigantes.

Pero a pesar de lo anterior, porque la actividad aseguradora está directamente relacionada con el desarrollo de un país, toda vez que proporciona a los actores económicos la tranquilidad necesaria para invertir, para trabajar, para adquirir bienes, para proteger a sus familias, etc, resulta indispensable que existan procedimientos conocidos, aceptados e idóneos para que la seguridad que esta actividad económica supone para la sociedad, resulte efectiva y oportuna.

Un procedimiento adecuado de solución de controversias derivadas de la interpretación o aplicación de contratos es un aspecto esencial para que éstos adquieran y mantengan a plenitud los efectos que las partes se han propuesto. Cuando el final del camino resulta difuso, especialmente si éste llega a estar marcado por el conflicto, el contrato puede convertirse en letra muerta, en una ambigua declaración de intenciones que resulta virtualmente inaplicable ante eventuales desacuerdos entre las partes.

Por otra parte, siendo la finalidad del seguro el restablecimiento del patrimonio, afectado adversamente por el siniestro, a la condición anterior al mismo, la aplicación de la justicia en aquellos casos en que se suscita una controversia entre asegurado y asegurador, debe ser lo suficientemente fluida y oportuna como para no ocasionar, con su eventual retardo, un perjuicio adicional al asegurado, a aquel derivado de la pérdida misma. En este aspecto resulta incuestionable la necesidad de aflojar la

SE El Título IX del Código Orgánico de Tribunales les atribuye precisamente la denominación de "Jueces Árbitros".

presión sobre la justicia ordinaria, para hacer posible una tramitación más expedita de las causas que necesariamente quedan bajo su conocimiento.³⁹

Recogiendo esta misma inquietud, el Presidente de la Excma. Corte Suprema don Roberto Dávila Díaz (Q.E.P.D.) señaló en el acto constitutivo del Centro Chileno de Arbitrajes de Seguros y Reaseguros de AIDA Chile:

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

Y en ese mismo acto el Subsecretario del Ministerio de Justicia decía:

"Propiciamos el arbitraje institucionalizado, caracterizado porque las partes pactan someterse a la jurisdicción de un Centro de Arbitraje. Esta fórmula es beneficiosa porque facilita la profesionalización y especialización de los jueces árbitros. En segundo lugar, las partes tienen la garantía que una corporación se juega su prestigio en cada arbitraje, por lo que estatuirá los resguardos para que la actuación de sus árbitros se ajuste efectivamente a los cánones de eficiencia, eficacia, transparencia e imparcialidad que configuran su capacidad competitiva. En tercer lugar, es más fácil desarrollar la función de supervigilancia que le asiste al Estado en relación con el funcionamiento del sistema de justicia arbitral, para así garantizar el respeto al Estado de Derecho, cuando se concentra en corporaciones. Por el contrario, la dispersión de los jueces árbitros dificulta o entraba tal función".

No podemos estar mas de acuerdo con estas opiniones.

20.- De la mediación en general.

La mediación es un proceso mediante el que un tercero, experto y neutral, asiste a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a un conflicto o disputa creado entre ellas.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

La mediación basa su fundamento en la voluntad de tas partes de dialogar por muy distantes que sean sus respectivas posturas.

Las personas que decidan acudir a la mediación, deben hacerlo de modo abierto y dispuestos al diálogo como paso previo imprescindible para alcanzar soluciones mutuamente satisfactorias. La mediación pretende, en definitiva, plantear aspectos comunes sobre los que puedan construirse un acuerdo que satisfaga a ambas partes.

Desde su imparcialidad y experiencia profesional, el mediador ayuda a las personas que acuden a la mediación a entender sus propias motivaciones y las del otro.

Caracteriza a la mediación que ésta no culmina en la obtención de una solución impuesta por el mediador, sino en un acuerdo negociado por las partes según su propio criterio y con la ayuda del mediador. Todo depende de los interesados que son en todo momento los protagonistas de la mediación.

La meta de la mediación es, entonces, el acuerdo entre las partes.

La mediación empresarial, en general, incluyendo a estas y sus clientes, tiene su fundamento en la equidad, privacidad, en la libertad de las personas para solucionar sus propios asuntos, y en los legítimos intereses de todas las empresas que de un modo u otro se vean afectadas por un conflicto. Este es el tipo de mediación que corresponde a los conflictos en el seguro y el reaseguro.

La mediación empresarial pretende por lo tanto:

- Reanudar o facilitar la comunicación entre las partes.
- Conseguir soluciones adaptadas a cada situación concreta.
- Atender a las necesidades de imagen pública de las empresas, en nuestro caso, de seguros y reaseguros.
- Alcanzar acuerdos que no generen entre las partes la sensación de triunfo y derrota.

Destinatarios de la Mediación

La mediación va dirigida a todas las empresas de seguros y reaseguros que se encuentren en conflicto entre si o con sus respecto a los derechos y deberes que emanan de una relación contractual.

Sergio Arellano Iturriaga. "El marco regulatorio y el juicio de seguros. La perspectiva del abogado". En "Aspectos jurisdiccionales del seguro", varios autores, obra publicada por la Asociación de Aseguradores de Chile, 1998.

Asuntos tratados en Mediación Empresarial y en particular en seguros y reaseguros.

Entre los asuntos empresariales que pueden resolverse mediante la mediación se encuentran, en general, los siguientes:

- Relaciones entre socios.
- Relaciones con clientes y proveedores.
- Relaciones con el equipo profesional de la empresa.
- Cobertura de siniestros y pago de indemnizaciones disputadas.
- Alcances de las obligaciones emanadas de un contrato de reaseguro, en general, o respecto a un caso concreto y particular.

El proceso de la Mediación.

El proceso de la mediación se desarrolla mediante la combinación de reuniones conjuntas y, en su caso, por separado, con objeto de que el mediador llegue a un mejor entendimiento de las diferencias entre las partes para poder ayudarles a resolverlas.

El número de sesiones depende generalmente de diversos factores tales como el número de asuntos que las partes desean resolver o la complejidad de dichos asuntos.

Las sesiones se efectuarán de manera conjunta con la presencia de los interesados y del mediador. El mediador podrá reunirse individualmente con cada una de las partes cuando lo considere oportuno. Cualquier asunto tratado en reunión individual será confidencial, y su contenido no será compartido por el mediador salvo permiso expreso.

Las partes podrán asesorarse por los profesionales que estimen oportuno.

Si las partes alcanzan un acuerdo sobre la totalidad o sobre alguna de sus diferencias, el mediador propondrá que los interesados, si lo consideran conveniente, acudan a profesionales expertos a fin de que se informen sobre las consecuencias de sus acuerdos.

Confidencialidad e imparcialidad

Todos los mediadores serán imparciales respecto a las partes.

.

Del mismo modo, si interviene un organismo institucional de mediación (como el CAM de Santiago de Chile, por ejemplo), éste se compromete a mantener la confidencialidad de todos los datos que te sean facilitados por las partes.

Toda la documentación que los interesados deseen dar al mediador, individual o conjuntamente, les será devuelta cuando finalice la mediación.

El Mediador

Es la persona que atenderá a tas partes y que les ayudará a resolver sus diferencias, pero no tendrá autoridad para imponerles una solución.

Los mediadores que colaboran con los organismo institucionales de mediación son expertos en mediación. Estas personas son también expertos en diversos campos de actividad profesional como el derecho, la ingeniería, economía, medicina, marketing, recursos humanos, etc.

¿Cómo se inicia la Mediación?

Para iniciar la mediación, es necesario que tas partes acuerden por escrito su deseo de participar en dicho proceso.

Si interviene un organismo institucional de mediación, las partes podrán solicitar una reunión inicial con éste, a objeto de clarificar y consultar las dudas que puedan tener respecto al proceso de la mediación.

¿Cuándo termina la Mediación?

La mediación concluye como resultado del acuerdo que alcancen las partes sobre la totalidad o sobre alguna de sus diferencias.

Del mismo modo, las partes de común acuerdo o individualmente pueden dar por finalizada la mediación en el momento que consideren oportuno. También, el mediador podrá concluir la mediación a decisión suya.

21.- La Mediación Especializada

En cuanto a los seguros de carácter masivo, aquellos dirigidos a personas y en materias simples, donde los problemas que surjan serán de cuantías menores y cuyas soluciones no requieren de sesudos estudios y grandes razonamientos legales, sino que, más bien, soluciones prácticas y expeditas de bajo costo, el mecanismo más aconsejable de solución de controversias sería aplicar el método de la mediación especializada, tal como se hace en otros países que garantice:

- Menor tiempo en la solución del conflicto, sólo el necesario para lograr un acuerdo; prescindiendo de ritualismo procesal.
- Menores costos en tiempo y dinero.
- Absoluta confidencialidad.
- Protección de las relaciones comerciales o personales entre las partes al evitar el antagonismo propio de lo contencioso.
- Participación directa de las partes involucradas.
- Acuerdo vinculante para las partes.

22.- Experiencia chilena en un caso de mediación.

El 2 de Octubre de 1996, la aeronave Boeing 757-200 operada por la Empresa de Transporte Aéreo del Perú, Aeroperú, se precipitó al mar frente a la costa peruana en el sector de Chancay, Lima. A consecuencia de lo anterior y del impacto sufrido por la aeronave, la cual resultó totalmente destruida, fallecieron la totalidad de sus 7 tripulantes y 61 pasajeros. Entre los fallecidos se encontraban personas de diversas nacionalidades, de las cuales 31 eran chilenos.

Inmediatamente de ocurrido el fatal accidente, los reaseguradores de la aerolínea procedieron a designar a un Estudio de Liquidadores de Seguros , con la finalidad que iniciaran las gestiones tendientes a contactar a los parientes de las personas fallecidas, a objeto de manejar y solucionar los aspectos humanos y legales generados con esta situación de crisis, teniendo como marco legal el Convenio de Varsovia, aplicable al transporte aéreo internacional entre Estados partes.

Una minoría transó extrajudicialmente, renunciando por tanto a toda acción legal contra la aerolínea y otras entidades vinculadas con el accidente. Sin embargo, la mayor parte de los familiares afectados, asesorados por abogados chilenos, no accedieron a transar con Aeroperú, prefiriendo iniciar acciones legales en Chile, Perú y Estados Unidos, a fin de establecer la responsabilidad tanto de la compañía fabricante como de la operadora de la aeronave siniestrada, y demandar el pago total de los daños compensatorios por los perjuicios que a ellos y a sus familiares causó el accidente.

Paralelamente a las conversaciones que se seguían en Chile, los abogados reclamantes iniciaron acciones en Estados Unidos, con el objeto que se declarara la jurisdicción en dicho país, el cual presentaba la ventaja – a juicio de los demandantes – de otorgar montos mayores de indemnización. Sin embargo, dada las pocas probabilidades que el Juez en Miami acogiera, en definitiva, las acciones sobre jurisdicción, las partes reclamantes aceptaron el ofrecimiento de un juicio arbitral en Chile.

Las bases fundamentales de este convenio fueron:

- a) Renunciar a discutir sobre la responsabilidad de Aeroperu y Boeing.
- b) Renunciar a alegar cualquier limitación por la compensación de daños.
- c) Renunciar los reclamantes a las acciones interpuestas en USA.

Este pacto fue sellado mediante un convenio arbitral constituido mediante escritura pública de fecha 30 de septiembre de 1997, posteriormente modificado al ser incorporado un acuerdo denominado Exhibit A, suscrito por las partes en Estado Unidos.

El acuerdo arbitral tendría como único objeto fijar el monto de las indemnizaciones a que los demandantes tendrían derecho por los perjuicios causados por el accidente. Asimismo, se acuerda que el arbitraje estaría estructurado y conducido bajo las reglas de la Convención de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales y Extranjeras, renunciando por su parte los demandantes a intentar obtener cualquier otra indemnización de perjuicios derivadas del accidente, bajo ningún otro procedimiento que no fuera este arbitraje.

El arbitraje fue una opción conveniente para todas las partes involucradas. Para los reclamantes, la alternativa de demandar en los Estados Unidos presentaba el riesgo de no prosperar dada la poca certeza que los tribunales norteamericanos reconocieran su jurisdicción para conocer y fallar el caso. En caso de que en definitiva no se acogiera la jurisdicción, la alternativa de demandar en Chile ya no sería viable, dado que las acciones habrían prescrito. Y, para los reclamados, significaba resolver el conflicto en un proceso más breve que la vía judicial, y por ende más económico en este sentido, bajo un sistema confiable, y centrando sus esfuerzos en un solo proceso que sería resuelto bajo un mismo criterio.

El árbitro nominado de común acuerdo por las partes fue don Sergio Urrejola Monckeberg, abogado chileno de amplia experiencia y reconocida trayectoria, quien a su vez era Presidente del Colegio de Abogados de Chile.

Dentro del procedimiento arbitral, se contempló un período obligatorio de conciliación, posterior a la etapa de discusión, que sería conducido por mediadores designados por las partes demandantes, distintos del árbitro. Experiencias anteriores en casos de gran complejidad como el que se describe, fueron cruciales para la inclusión de esta mediación, dentro del arbitraje.

¿Qué se buscó con la mediación , y por qué debía ser conducida por una persona distinta del árbitro? Se estimó, por una parte, que ello permitiría a las partes exteriorizar con mayor libertad y sin temor sus emociones, aspiraciones y conflictos, sin que ello afectara la neutralidad del árbitro, en

RESPONSABILIDAD CIVIL DE PRODUCTOS

Sergio Arellano Iturriaga

Origen y concepto.-

Como muchos otros, este seguro tiene su origen en la Inglaterra del siglo XIX, cuando los fabricantes de pan se organizan en mutuales para resguardarse ante demandas presentadas por consumidores. En la segunda década del siglo veinte la responsabilidad civil de productos surge como seguro, desarrollándose inicialmente con más fuerza en Inglaterra, Estados Unidos y Canadá. Sólo hacia 1950 se extiende al resto de Europa, adoptando desde entonces una clara diferenciación de otros seguros de responsabilidad civil.

El seguro de responsabilidad civil de productos está destinado a amparar el patrimonio del asegurado ante reclamaciones de terceras personas que tengan su causa en daños ocasionados por productos defectuosos en su origen y cuyos efectos dañosos se manifiesten después de su entrega por el asegurado. La cobertura puede extenderse no sólo a fabricantes, sino a vendedores, envasadores, etiquetadores, instaladores y otros que puedan verse afectados por requerimientos de personas afectadas por un producto defectuoso, así como por acciones u omisiones cometidas en las diferentes operaciones anteriores a la entrega. La extensión de la calidad de asegurado a otros sujetos de la cadena de comercialización es obviamente una opción privativa del asegurador.

Este seguro es característico de la producción económica moderna, en la cual la empresa produce para un número desconocido de consumidores, con lo cual se pierde la relación entre fabricante y consumidor. La frecuencia de circulación de las mercaderías permite la acción e interacción de una gran cantidad de intermediarios, circunstancia que puede llegar a dificultar la determinación de responsabilidades. Por otra parte, los sistemas productivos en serie pueden conducir a la masificación de los defectos eventuales, lo que a su vez pudiera tener efectos devastadores para la subsistencia de los fabricantes. Ello pone en evidencia que estos seguros no sólo están orientados a amparar el patrimonio de los asegurados

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

sino también al cumplimiento de un fin social, como es el interés del consumidor final (y que obviamente puede afectar patrimonialmente al asegurado), por lo que la tendencia moderna del mercado asegurador es amparar a todos y cada uno de los integrantes de la red de intermediarios.

La cadena iniciada por el fabricante e integrada por cada uno de los intermediarios corresponde a la red contractual, en contraposición a la red no contractual, que va de los anteriores al consumidor, así como de consumidor a consumidor (ventas o arriendos). La doctrina alemana sostiene que al actuar consumidores en la cadena se produce una relación contractual fáctica. El caso es que normalmente, para efectos prácticos, estas relaciones se regirán por la normativa que rige a la responsabilidad extracontractual.

En este plano habría que evaluar las responsabilidades concurrentes en que hay culpa del usuario o consumidor. Ejemplo: el estallido de un balón de gas defectuoso mientras es manipulado sin pericia ni cuidados elementales y con herramientas inadecuadas.

Es importante separar el concepto de la responsabilidad por daños ocasionados por el producto de las obligaciones emanadas de las garantías, por cuanto estas últimas están orientadas al producto en sí mismo y no a sus efectos dañosos, por lo que en general no son objeto de seguro. Se habla aquí de daños empresariales o patrimoniales primarios, más bien relacionados con la pérdida de funcionalidad del producto. Un ejemplo es la defectuosa condición de una maquinaria fabril, la que puede ocasionar una baja en la producción. De aquí surge una diferenciación de gran importancia para el otorgamiento de la cobertura: la pérdida de funcionalidad es también calificada de mal funcionamiento pasivo y no está cubierta, en tanto que los perjuicios ajenos al objeto del producto corresponden a mal funcionamiento activo y son amparados por el seguro.

Origen del defecto.-

El defecto causante del daño puede tener su origen en cualquiera de las etapas anteriores a su entrega al consumidor final:

a) en la fase de diseño o concepción del producto, esto es errores en la construcción del mismo, los que se verán reflejados en todas las unidades producidas;

b) en el proceso de fabricación, en cuyo caso afectan a productos individuales o de una misma serie;

c) en operaciones de embalaje y etiquetado; y

d) en instrucciones y advertencias de uso, consumo o manejo.

Por otra parte, en algunos casos existen normas de conservación que deben ser respetadas por los intermediarios y cuya infracción puede llegar a provocar daños de su propia responsabilidad, en tanto estén debidamente informados por el fabricante.

Al evaluar el riesgo es fundamental situarse en la perspectiva de la función productiva que se cubrirá. En este sentido hay sectores de producción con mayor propensión a siniestrarse, tales como:

-industria química (en especial insecticidas y fumigantes);
 -industria farmacéutica (incl. esterilización de envases, fechas de caducidad);

-materiales de construcción (calidad, composición, productos equivocados);

-piensos compuestos para ganado (con sustancias para engorda);

-instrumentos de medición y control (cadenas de montaje, aviones);

-industria alimenticia.

Para establecer la responsabilidad del asegurado frente a un daño, material o personal, deberá establecerse si el producto estaba o no en la esfera de su control al momento de adquirir el vicio o defecto que produjo el daño. Ya hemos dicho que puede haber vicios o deficiencias debidos a acciones u omisiones cometidas en las diferentes operaciones antes de la entrega al usuario o consumidor final.

Se entiende por entrega la efectiva puesta a disposición del producto por el asegurado a una tercera persona. Esta puesta a disposición se reputa efectuada a partir del momento en que el asegurado pierde el medio o los medios prácticos de ejercer un control material directo sobre las condiciones de uso o consumo del producto o de modificar sus condiciones. Así, la entrega no coincide necesariamente con la transferencia jurídica de la propiedad, que puede ser anterior o posterior. Y es precisamente la entrega la que marca la línea divisoria entre los seguros de explotación y de productos, ya que con anterioridad a la misma estaríamos

en presencia de un siniestro atribuible a la cobertura de explotación, pero después de ella, el siniestro corresponde a la póliza de RC de productos.

Este seguro puede considerarse como una RC profesional en sentido amplio, en la medida en que garantiza los daños causados por objetos defectuosos, cuando la deficiencia procede de una falta profesional efectiva o presunta. Sin embargo, los aseguradores suelen hablar de RC profesional para referirse más bien a las coberturas de responsabilidad civil de las personas que ejercen una profesión liberal (abogados, médicos, arquitectos, etc.) o asumen la prestación de un servicio en los supuestos en que la inejecución o defectuosa ejecución de la prestación es susceptible de causar perjuicios a otros.

Lo anterior conduce a la identificación de los deberes correlativos respecto del producto en el que recae el seguro. En primer lugar se destaca el deber de cuidado, que involucra la debida diligencia en las tareas de diseño, fabricación y embalaje, así como la conservación del producto. En segundo lugar está el deber de información, principalmente apuntado al etiquetado y las instrucciones relacionadas con la conservación y consumo.

Suele incurrirse en el error de considerar que el seguro de RC de productos opera en un ámbito similar al de la Ley de Protección al Consumidor. Ello no es así, al menos en la mayor parte de los casos. En efecto, esta ley sanciona conductas, más allá de los resultados de las mismas, por cuanto la obligación prioritaria que asigna al productor se relaciona con información comercial. Así, el artículo primero de la Ley 19.496 define como información básica comercial "los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor en cumplimiento de una norma jurídica".

Luego, en su artículo 3º, señala entre los derechos y deberes básicos del consumidor "la seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles", además de "la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea".

Daño, siniestro y medidas preventivas.-

Estimamos oportuno precisar un aspecto que ha sido largamente debatido en la doctrina, pero que la lógica del contrato ha dilucidado en los hechos. En los seguros de responsabilidad civil el siniestro no está representado por el daño ocasionado a un tercero, sino por la reclamación o la demanda deducida por éste. Es el reclamo, judicial o extrajudicial, el que afecta el patrimonio del asegurado, permitiendo evaluar su responsabilidad y acotar los perjuicios ocasionados.

No es el daño el que genera el siniestro (aunque sea el supuesto necesario), por cuanto éste bien pudiera no llegar a manifestarse o ser irrelevante. Podría asimismo el afectado ignorar qué le causó el perjuicio o aún la identidad del propio responsable, en cuyo caso el patrimonio de éste no entrará en posición de riesgo. Tampoco podría ser la sentencia, aún cuando es ésta la que establece las responsabilidades y determina los valores a indemnizar, ya que la propia mecánica del seguro confiere al asegurado derechos adicionales al de indemnizar al tercero en su nombre, como es la defensa en juicio, incluso tratándose de demandas injustificadas. Por lo mismo, no hay otra opción válida y funcional que considerar al reclamo o demanda como generador del siniestro, lo que resulta válido incluso en casos en que el daño es inexistente o no existe una relación de causa a efecto con una acción u omisión del asegurado.

De cualquier modo el daño está en el centro del problema, precisamente porque es el riesgo que se intenta prever, que justifica el seguro y determina la indemnización.

La Directiva de la Unión Europea sobre daños causados por productos defectuosos establece claramente que el daño que el seguro se orienta a resarcir no sólo es el derivado de una acción u omisión del fabricante sino también de todos los sujetos que intervienen en el proceso de elaboración de o de comercialización del producto. En tal sentido la Directiva comunitaria supone al productor responsable del daño causado por defecto de su producto, pero corresponde a la víctima probar el daño, el defecto y el nexo causal entre ambos, lo que elimina la responsabilidad objetiva para asumir el concepto de responsabilidad por negligencia. Será entonces el hecho constitutivo de culpa del productor, envasador, intermediario, etc. el que definirá el fundamento del siniestro y el patrimonio que en definitiva se verá afectado por el perjuicio ocasionado.

El defecto se presenta cuando un producto no ofrece "la seguridad que se puede esperar legítimamente del mismo" o, en otras palabras, se considera defectuoso todo producto que carezca del grado de seguridad que sea razonable esperar o que genere un grado de peligro excesivo e injustificado. Por lo mismo no se puede atribuir defecto a un producto que provoca un daño previsible y consustancial a su naturaleza y composición, el que habitualmente se originará en un mal uso o en el incumplimiento de instrucciones. Es por ello que, además del proceso de fabricación, la mencionada Directiva contempla circunstancias relativas a la presentación (empaquetado, etiquetado, publicidad, etc.), uso razonable (información, relación producto – tipo de consumidor, etc.) y momento de puesta en circulación del producto en el mercado a disposición de los consumidores (nivel técnico – científico).

Como hechos causales de esta responsabilidad tenemos, en primer lugar, los relacionados con los vicios propios del producto, entendiendo por tales los defectos internos, preexistentes a la entrega, que lo hacen impropio para el uso al que se destina. Puede resultar a su vez:

-de un error de concepción en el establecimiento de cálculo, fórmulas químicas, planos, normas técnicas, etc.;

-de un vicio de la materia prima; por ejemplo, la presencia de cuerpos extraños en un producto de acero;

-de un error en la fabricación, transformación, etc.; por ejemplo, por defectuosa regulación del instrumental de control de una instalación automática;

-de una insuficiencia de control en el curso de la fabricación o antes de la entrega.

Pero también existen otros hechos generadores, como

pueden ser:

-las condiciones de almacenaje; por ejemplo, cuando la actividad de un asegurado recae sobre productos alterables cuya mala conservación puede ser generadora de daños;

-los errores de etiquetado, que dan lugar a confusiones en la entrega de productos;

-los errores de información en las instrucciones de empleo o aplicación.

No cualquier daño ocasionado por un producto genera responsabilidad civil. Un elemento esencial de ésta es la existencia de culpa o dolo, por lo que al menos debe establecerse que la condición viciosa o

defectuosa del producto era previsible. En este plano puede ser un antecedente relevante a considerar la existencia de autorizaciones estatales, como sucede con medicamentos. Pero en ocasiones la presión del entorno puede llevar a serias distorsiones, como sucedió hace algunas décadas en Alemania con la droga Talidomida, la que produjo severas deformaciones en recién nacidos, con la consiguiente indignación pública, la que a su vez impulsó a la justicia a imponer fuertes condenas al laboratorio, el que en vano invocó la imprevisibilidad del perjuicio ocasionado.

Por lo mismo no son asegurables los productos en etapa de experimentación, que podrían configurar un dolo eventual.

Un tema todavía controvertido entre los aseguradores es el relativo a medidas preventivas, las que no están amparadas en la póliza chilena, pero que son ampliamente aceptadas por la doctrina. Por cierto no se trata de financiar las medidas de seguridad que necesariamente deberá adoptar el asegurado conforme al riesgo inherente al producto y al proceso de fabricación, sino las que corresponda desarrollar cuando el riesgo eventual se transforma en un peligro real.

Un claro ejemplo de esta cobertura lo presenta el seguro español para fabricantes de cisternas o depósitos que contengan materias contaminantes, en el que se dispone que la compañía asumirá los gastos ocasionados para evitar o disminuir el daño ante peligro manifiesto de contaminación de terrenos o aguas a consecuencias de derrame o filtración, siempre que el asegurado sea responsable de dicho peligro. Es natural que el asegurador se interese por acciones preventivas en un período de emergencia. Es incluso necesario que esta eventualidad sea cubierta para evitar o disminuir daños mayores y, claro, corresponderá al liquidador o al especialista que lo asesore evaluar la procedencia de tales medidas y la condición de "peligro manifiesto". Si el mercado asegurador no está dispuesto a considerar esta cobertura, el seguro RC del productos será siempre insuficiente, ya que las actividades productivas de mayor riesgo simplemente no podrán ser aseguradas, o bien lo serán con tales limitaciones que harán el seguro poco atractivo y de una utilidad social prácticamente marginal.

La medida preventiva por excelencia es el retiro de mercaderías, situación que puede ser altamente gravosa para el asegurado, cualquiera sea el punto de la cadena en que éste se encuentre. Muchas veces será éste precisamente el único o al menos el primer impacto patrimonial que experimentará el asegurado, toda vez que los distribuidores o las entidades fiscalizadoras suelen exigir el retiro total de los productos en que se haya manifestado alguna irregularidad, más aún si ésta se ha hecho pública. La extensión de la cobertura a esta eventualidad puede presentar alguna complejidad, especialmente si consideramos que el retiro normalmente se origina por circunstancias altamente subjetivas que son evaluadas exclusivamente por terceros. Sin embargo, su exclusión representa un claro contrasentido respecto del riesgo que se intenta amparar, toda vez que se cubre el perjuicio que el producto ocasione, pero no la prevención de dicho daño, aún cuando la potencialidad del producto para ocasionarlo haya sido comprobada. Con ello se genera un incentivo perverso, como es poner al asegurado en una disyuntiva entre una actuación responsable -como es retirar los productos nocivos- y su propia conveniencia, esto es continuar comercializando las mercaderías para mantener su derecho a ser indemnizado una vez producido el daño.

Casos y jurisprudencia.-

Generalmente los ejemplos que aporta la práctica resultan más ilustrativos que las explicaciones. La jurisprudencia recaída en casos especialmente controvertidos y en algunas liquidaciones de siniestros pueden ayudarnos a graficar algunas situaciones relacionadas con lo antes expuesto.

Una empresa nacional de saborizantes y colorantes vendió un producto a una industria de galletas (contratante del seguro). Diez días después de entregadas las galletas al comercio se detectó en ellas la formación de hongos, por lo que debió retirarse toda la partida, con el consiguiente perjuicio económico y pérdida de mercado, pero evitando daños a la salud de los consumidores. Se rechazó el reclamo por cuanto la cobertura no ampara al asegurado si no se registran lesiones o daño material causado directamente por el producto. Asimismo se destacó la existencia de responsabilidad contractual.

Una empresa textil adquirió tintura de una empresa química (contratante del seguro), la que resultó defectuosa, dañando dos mil metros de tela. El reclamo fue rechazado porque la empresa que vendió la tintura incumplió el contrato suscrito con el adquirente, situación excluida en Chile de cobertura.

- Sentencia del Tribunal Supremo alemán condenó a compañía aseguradora a indemnizar los perjuicios causados por un asegurado que efectuó trabajos de desmalezado en la vía férrea para la empresa de ferrocarriles, empleando un herbicida. Este se filtró hasta el subsuelo, siendo absorbido por las raíces de los árboles de un bosque cercano, que resultó gravemente dañado.
- Ante el Tribunal Supremo español no prosperó demanda contra aseguradora de un productor de vino, quien mantenía en una misma bodega arseniato sódico, el que se mezcló con el vino, ocasionando muertes y graves lesiones que debió enfrentar con su patrimonio. Se estableció que el asegurado había incurrido en imprudencia profesional temeraria.
- Desde que en 1988 un tribunal de los EE.UU. condenara a una tabacalera a pagar US\$ 400.000 al viudo de una mujer que falleció de cáncer al pulmón luego de 40 años de consumo, han prosperado centenares de procesos por causas similares. En estos casos se presentan aspectos críticos, como el hecho de no tratarse de productos defectuosos, el cumplimiento del deber de información al consumidor y la responsabilidad de éste al asumir un riesgo conociendo su existencia.

57

El negocio del seguro y la firma electrónica

Manuel Bulnes Ossa

I.- INTRODUCCIÓN.

El negocio del Seguro, se sustenta en diversos contratos. El más importante es el contrato de seguro, que dentro de los contratos comerciales es uno de aquellos que requiere de la recepción de soluciones prácticas y avances tecnológicos con mayor rapidez. La razón, radica en la necesidad de las Compañías Aseguradoras de captar el mayor número de personas que deseen trasladar riesgos similares a la Compañía, a fin que el siniestro que sufra uno de ellos sea soportado por los otros.

Ahora bien, el negocio del seguro no se acaba en la celebración de contratos de seguro, por cuanto su existencia requiere de una serie de relaciones concadenadas entre sí, lo que supone que las Compañías de Seguros están constantemente intercambiando una gran cantidad de información con diversas personas, naturales y/o jurídicas, sea por medios escritos y/u orales; tradicionales y/o electrónicos.

La información rápida y fidedigna se ha transformado en una necesidad, no sólo para perfeccionar el negocio, sino también como medio para ejercer un control adecuado del mismo.

En la práctica, esta necesidad latente se ha tratado de satisfacer a través de las comunicaciones por medio de correo electrónico, tanto al interior como al exterior de las Compañías. Este se ha transformado, no sólo en un medio de información sino también de control, cuyo contenido, emisor, fecha de envío y recepción serán el respaldo indiscutido de la forma en que han ocurrido los hechos, transformándose en un elemento indispensable en toda negociación.

Sin embargo, la seguridad que ofrece un correo electrónico no alcanza la trascendencia de las negociaciones que respalda, toda vez que, por una parte, el mensaje puede ser adulterado; y por la otra, no hay vinculación entre una persona y el mensaje enviado.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Esto ha llevado a que diversas instituciones estatales implementen mecanismos propios para satisfacer las falencias que motivaron la creación de la firma electrónica, como es el caso de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) a través de la creación del sistema SEIL, o como es el caso del Servicio de Impuestos Internos (S.I.I.) con la creación de su propio sistema de certificación digital.¹

La firma electrónica es la forma tecnológica que se hace indispensable incorporar, por cuanto las características de ésta, como son la integridad, que garantiza la no alteración del mensaje enviado; la autenticidad, que garantiza que la información fue enviada por el emisor impidiendo que se niegue su intervención como tal, y la confidencialidad, que asegura que el mensaje enviado no sea leído sino sólo por aquellos a quienes va dirigido, permiten conciliar la celeridad y la seguridad que necesita el negocio.

A continuación expondremos la necesidad de aplicar la firma electrónica al negocio del seguro desde la perspectiva de las Compañías de Seguros, las principales relaciones que lo conforman y la forma en que se podría implementar en las Compañías para lograr un gestionar de éstas, tanto interno como externo, más eficiente y competitivo.

II.- DEL CONTRATO DE SEGURO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA.

La Ley 19.799 publicada el 12 de abril del año 2002, creadora de la Firma Electrónica distingue, en su artículo 2º, dos tipos: a) La Firma Electrónica; y b) La Firma Electrónica Avanzada. La primera la define como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor. La segunda de ella, es entendida como aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

Por otra parte, con relación al valor de los documentos firmados electrónicamente, el artículo 3º dispone que " los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por

¹ El sistema creado por el SII reconoce únicamente como empresas certificadoras a Acepta.com, E – CertChile y Cns – once.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito."

Esta similitud recogida en el artículo 3 precitado, permite concluir 3 cuestiones: a) Con relación al objeto: El campo de aplicación de la firma electrónica es amplio, toda vez que se hace extensiva a todos aquellos actos o contratos que puedan celebrarse por escrito, en la medida que no se encuentren comprendidos en algunas de las hipótesis contempladas en las letras a), b) y c) del artículo 3° de la Ley; b) Con relación al sujeto: No limita su uso, toda vez que pueden ser utilizada tanto por personas naturales como por personas jurídicas; c) En cuanto a su valor: los actos firmados electrónicamente se reputarán como escritos en todos aquellos casos que la ley exija que dichos actos o contratos consten de ese modo.

En consecuencia, si aplicamos lo anterior al contrato de seguro nos encontramos con la amplia compatibilidad existente entre las relaciones que conforman el Negocio del Seguro y la Firma Electrónica.

El contrato de Seguros es un contrato solemne y su formalidad consiste en la escrituración. Es así como el artículo 514 del Código de Comercio, en su inciso primero dispone "El seguro se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial, que es la autorizada por un corredor o por un cónsul chileno en su caso." Y luego agrega "El documento justificativo del seguro se llama póliza".²

Por lo tanto, el Contrato de Seguro se puede perfeccionar a través de firma electrónica, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N^2 19.799, al reputar como escritos, los actos y contratos otorgados por medio de firma electrónica en los casos que la ley lo exija, exigencia requerida expresamente en el artículo 514 del Código de Comercio.

A continuación, citaremos algunas normas impartidas por la SVS a fin de determinar desde la perspectiva de la entidad fiscalizadora en la materia, su interpretación en esta parte.

² En la práctica, el Contrato de Seguro se formaliza a través una oferta, la que puede emanar del asegurado o de la Compañía Aseguradora. En el primer caso, adoptará el nombre de Propuesta, y en el segundo caso, el nombre de Cotización.

Con relación a las Propuestas, en virtud de la Circular Nº 1390 del 20 de mayo de 1997, éstas pueden ser realizadas vía electrónica, por cuanto dispuso que los Corredores deberán hacer constar por escrito las propuestas de los asegurados que intermedien. En consecuencia, al exigirse escrituración, las propuestas realizadas por documentos firmados electrónicamente, se reputarán realizadas de este modo.

Con relación a las Cotizaciones, la Circular N° 1641 de 03 de enero del año 2003, autorizó a las Compañías Aseguradoras para que realicen sus cotizaciones de rentas vitalicias a través de sistemas de comunicación a distancia que se encuentren autorizados por la Superintendencia, siempre que para su perfeccionamiento baste su aceptación pura y simplemente, y formalizándose en la forma contenida en la Circular N° 777.

En materia de promoción y oferta de seguros, el tenor de la Circular № 1457, la SVS permite su realización por medio de documentos firmados electrónicamente, tanto para la suscripción de pólizas individuales, como las colectivas, toda vez que contempla como única limitante en materia de publicidad, que ésta no induzca a interpretaciones inexactas, sea clara y se baste a si misma. ³

III.- DE LAS COMPAÑIAS DE SEGURO Y LA APLICACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA.

A continuación, procederemos a ilustrar las distintas relaciones que se crean en el negocio del Seguros, desde la perspectiva de las Compañías de Seguro, y los procedimientos en los cuales es conveniente la aplicación de la firma electrónica.

1º) Compañías de Seguros y Superintendencia.

El artículo 8 de la Ley № 19.799 recoge la relación existente entre las personas con los órganos del Estado, a través de técnicas y medios electrónicos con firma electrónica, condicionando su vinculación, al cumplimiento de requisitos básicos como son la sujeción al procedimiento legal y la existencia de compatibilidad entre los medios utilizados por las Compañías y los medios utilizados por los órganos estatales.

El órgano estatal con quien se encuentran en constante relación las Compañías de Seguros, es la Superintendencia de Valores y Seguros, debido a que esta entidad es la institución a la que le corresponde la fiscalización de las empresas dedicadas al comercio de asegurar y reasegurar, cualquiera sea la naturaleza y negocios de estas entidades. Esta fiscalización, supone un constante intercambio de información entre ambas entidades, que se proyecta en distintos ámbitos.

En la práctica, esta entidad, frente a la necesidad de celeridad y seguridad en el intercambio de información, implementó, a través de la dictación de la Nora de Carácter General (NCG) N^2 117 de fecha 20 de abril del año 2001, su propio sistema de comunicación, conocido como Sistema de Envío de Información en Línea (SEIL).

Por medio de este sistema todas las personas que deban remitir información a la entidad contralora , podrán hacerlo a través de este sistema.

Sin embargo, el sistema SEIL, implementado por la SVS, no presenta las ventajas que presenta la firma electrónica, toda vez que para acceder al mismo, es necesario que la administración y gerencia general de la entidad fiscalizada o personas naturales, en su caso, se hagan responsable en la utilización de este sistema, de la falta de integridad y de veracidad del documento que contenga la información que se proporcione. En cambio, tratándose de los documentos firmados electrónicamente, son los prestadores de servicios de certificación, los responsables de los daños y perjuicios que en el ejercicio de su actividad ocasionen por la certificación u homologación de certificados de firma electrónica, según lo dispuesto en al artículo 14 de la Ley que regula la materia.

A continuación, expondremos los distintos ámbitos en que las Compañías de Seguro deben cumplir con la obligación de informar a la entidad contralora.

a) Respuesta a Oficios.

La Superintendencia informa a las Compañías de Seguro y Reaseguro de la forma en que se debe cumplir con las normas que las rige, a través de las facultades normativas que le concede la ley en el art. 4 letra a) del DL 3538. Lo anterior, es realizado .a través de la facultad de la Superintendencia de dictar Normas de Carácter General, Circulares, Instrucciones u Oficios. Esta normativa, en determinadas ocasiones, conllevan la

³ En esta materia, la limitante contenida en la Circular 1587 del 30 de enero del año 2002 en materia de oferta de pólizas de seguros por sistemas de comunicación a distancia, no se aplica, debido a que el supuesto para su procedencia, es que se trate de promoción y oferta de seguros por medios de comunicación a distancia a través de los cuales no se pueda perfeccionar el contrato de seguro, cuestión que no ocurre en esta materia.

imposición de una obligación que suponen la remisión, dentro de un determinado plazo, de cierta información por parte de la Compañía, firmada por sus representantes o por el Gerente General de la misma.

b) Respuesta a Reclamos.

La Superintendencia también goza de facultades jurisdiccionales, según lo señalado en la letra b) del artículo 4 del DL 3538, toda vez que a esta entidad le corresponde absolver consultas y peticiones e investigar las denuncias o reclamos formulados por los asegurados, accionistas, inversionistas u otros legítimos interesados.

Normalmente, los asegurados interponen reclamos ante la SVS, debido a la caducidad de las pólizas, o a la falta total o parcial de cobertura de un siniestro, por parte de la Compañía. En estos casos la SVS, solicita a la Compañía que realice, dentro de un determinado plazo, los descargos respectivos a fin de obtener los argumentos de ambas partes antes de decidir.

c) Remisión de Información legal.

En este apartado, adquiere especial importancia la obligación de informar sobre la existencia de un hecho esencial. Esta obligación se encuentra contenida en los artículos 9 y 10 de la Ley № 18.045, y la forma en que ha de cumplirse se regula en la NCG 662. Ambas normativas consagran la obligación de las Compañías de informar a la Superintendencia de la ocurrencia de un hecho esencial, dentro del plazo de 2 días de ocurrido o conocido su existencia.

Otro caso es el contenido en el artículo 17 del DFL 251, que obliga a las compañías a enviar periódicamente a la Superintendencia un resumen sobre el número y tipo de pólizas emitidas, producción neta, reaseguros, cesiones y, en general, cualquier información estadística necesaria para que esta entidad pueda ejercer adecuadamente su control.

d) Otra información.

Existen además situaciones en que la SVS puede solicitar a una Compañía de Seguros específica, una determinada información, sea por

alguna situación especial que asiste a la Compañía, sea por que se encuentra envuelta en una investigación o por otro motivo.

En estos casos la aplicación de la firma electrónica presenta considerables ventajas al superar inconveniente prácticos en este tipo de materias, como son: a) Toma de firma de los representantes de la Compañía, que no siempre se encuentran físicamente disponibles; b) Pérdida del tiempo que importa el envío de la información requerida a la entidad contralora; c) reducción fáctica de los plazos legales, debido a que éstos vencen en la medianoche del último día del plazo. Sin embargo, la Superintendencia no recepciona hasta la medianoche del último día la información que las Compañías deben enviar, por lo que en la práctica se disminuyen considerablemente los plazos de respuesta.

2º) Compañías de Seguros e Intermediarios.

Contrato de Intermediación con Corredores y Agentes de Seguro.

En la celebración de los Contratos de Seguros, la intervención de los intermediarios es frecuente, debido a que los seguros pueden ser contratados directamente con la entidad aseguradora o por intermedio de los Corredores o Agentes de Seguros independientes de éstas, según lo dispone el artículo 57 del DFL 251.

Las relaciones que las Compañías mantienen con estos prestadores de servicios, se plasma en contratos de intermediación. Estos contratos deben ser suscritos por el Intermediario y por los representantes de la Compañía.

En estos contratos, los eventuales retrasos que podrían presentarse pueden subsanarse a través de la firma electrónica, especialmente en lo relacionado con la obtención de la firma de los representantes legales de las Compañías, por lo que con la aplicación de la firma electrónica se amplía la capacidad de celebrar estos contratos en términos de cantidad y celeridad. 3º) Compañías de Seguros y otras Compañías.

Del Contrato de Reaseguro y Coaseguro.

Las Compañías de Seguro pueden relacionarse con otras compañías a través de diversos contratos, entre los cuales se destacan el Contrato de Coaseguro⁴ y el Contrato de Reaseguro⁵.

No existe un procedimiento objetivo en la celebración de estos contratos, sino que éste se ha creado según las necesidades requeridas por la práctica de ellos.

El procedimiento práctico que se ha impuesto en algunas compañías de seguros en materia de la celebración del contrato de coaseguro y el contrato de reaseguro contractual, se traduce en el cumplimiento de los siguientes pasos:

I.- Antes de la ocurrencia del siniestro.

- a) el envío de una nota de formalización a la reaseguradora o coaseguradora, por parte de la aseguradora;
- b) el envío realizado por la reaseguradora o coaseguradora, de una nota de aceptación del riesgo asumido por la aseguradora;

II.- Después de la ocurrencia del siniestro.

- el envío realizado por la aseguradora, del aviso a la reaseguradora o coaseguradora de la ocurrencia del siniestro, señalando la pérdida probable de la Compañía;
- el envío a la reaseguradora o coaseguradora del informe definitivo, con los antecedentes del caso.

El problema que existe en esta materia, es que le procedimiento p´ractico que se impone no está regulado, lo cual contribuye a la gestación de problemas formales enb su concreción.

⁴El Contrato de Coaseguro es aquel que permite a las Compañías distribuir el riesgo de la cosa asegurada, toda vez que la ocurrencia del siniestro será soportada por los coaseguradores.
⁵ El Contrato de Reaseguro es aquel contrato por medio del cual una compañía, denominada entidad reaseguradora, indemniza a la compañía aseguradora, el todo o parte de las pérdidas sufridas con ocasión de la indemnización que paga al asegurado por los daños causados por la ocurrencia del siniestro. Este puede ser contractual o ciego, que constituye la regla general o puede ser facultativo, que tiene carácter exepcional.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

A través de la firma electrónica, estos problemas podrían ser fácilmente subsanado, por cuanto la integridad y autenticidad que la caracterizan, la habilitan de manera suficiente para que el aviso se realice de este modo, promoviendo de esta manera la celeridad y el cumplimiento del mismo.

4º) De las Compañías de Seguro y los Liquidadores de Seguro.

Los liquidadores son aquellas personas naturales o jurídicas que pueden ser contratados por una compañía para investigar, por una parte, la ocurrencia del siniestro y sus circunstancias; y por la otra, determinar si el siniestro se encuentran o no cubierto por las pólizas, y el monto de la indemnización que corresponde pagar al asegurado o beneficiario en su caso.

El Decreto Ley N° 863, ha establecido la forma de relación entre las Compañías y éstos intermediarios, según se señala a continuación.

Una vez denunciado un siniestro, la Compañía puede:

- a) disponer del pago según póliza
- b) disponer su liquidación. Esta podrá ser realizada por la Compañía o por un tercero.

Existen en la liquidación, 2 momentos o documentos de importancia:

1º) Del Preinforme de Liquidación.

Es aquel que tiene lugar cuando durante la liquidación se producen diferencias de criterios en torno a la determinación de las causas del siniestro. En estos casos, los liquidadores podrán emitir un preinforme, que pondrá en conocimiento de los interesados – compañía y asegurados – a fin que practiquen sus observaciones por escrito, dentro del plazo de 5 días desde que tomaron conocimiento.

2°) Del Informe de Liquidación.

Es aquel que tiene lugar cuando termina la investigación realizada por los liquidadores dentro del proceso de liquidación, el que podrá ser impugnado por los asegurados o por la aseguradora, dentro del plazo 10 días desde su recepción, según lo dispuesto en el artículo 22 del DL 863,

y que debe ser emitido por regla general, dentro de los 90 días siguientes al denuncio del siniestro.

La importancia de la firma electrónica en esta materia, radica en la existencia de una serie de plazos durante el proceso de liquidación, cuyo incumplimiento por parte de la Compañía, puede significar pérdidas de acciones y derechos de manera irrevocable.

Estas reclamaciones y respuestas requeridas en la normativa antes citada, se pueden cumplir a través de firma electrónica sin mayor complejidad legal, debido a que la presunción de escrituración de los documentos firmados electrónicamente permite que a través de este medio se cumpla con lo dispuesto en el artículo 28 del DL 863, al señalar que todas las notificaciones y comunicaciones al asegurado, compañía o liquidador deberán efectuarse mediante envío de carta certificada u otros medios idóneos y fehacientes de comunicación escrita, dirigida al domicilio de éste señalado en la denuncia del siniestro o, en su defecto, a aquel registrado en la póliza respectiva que permita comprobar su despacho.

IV.- DEL FUNCIONAMIENTO E IMPLEMENTACION DE LA FIRMA ELECTRONICA.

Para la implementación de la Firma electrónica primeramente es necesario exponer brevemente su regulación y funcionamiento.

Esta materia encuentra su regulación en la ley 19.799, y especialmente en su Reglamento contenido en el Decreto N° 181, publicado en el Diario Oficial con fecha 17 de agosto del año 2002.

I.- Del Funcionamiento.

La firma electrónica funciona en base a un sistema de doble clave, consistente en la asignación de 2 claves – una pública y otra privada - a un mismo usuario. La clave pública se caracteriza por que a ella puede tener acceso cualquier persona, en cambio la clave privada es aquella que sólo es conocida por el usuario titular de la misma.

Este sistema es el conocido como sistema de encriptación asimétrico o de claves públicas, en virtud del cual el emisor de un mensaje lo debe

encriptar con su clave (pública o privada) a fin que no pueda ser conocido sino sólo por la (s) persona (s) del destinatario (s) a quien va dirigido, quien (es) sólo podrá (n) descifrarlo con la clave opuesta con que se encriptó.

En consecuencia, si el mensaje es encriptado con la clave pública de una persona, deberá ser desencriptado con la clave privada de la misma persona, y viceversa.

La encriptación y envío del mensaje con clave pública o privada, será determinado por la intención del emisor. Es decir, si éste desea que su mensaje sea leído exclusivamente por el receptor, enviará el mensaje con la clave pública del destinatario, a fin que sólo pueda ser descifrado por la clave privada del receptor. En cambio si el emisor desea que el mensaje enviado sea descifrado por un número indeterminado de personas, éste será encriptado con la clave privada del emisor, a fin que sea leído por los receptores con la clave pública del primero, a la cual cualquier persona puede tener acceso.

En conclusión, un mensaje encriptado a través de una clave privada asignada a una persona determinada, no podrá ser desencriptado sino sólo por la clave pública de la misma persona, y viceversa. Asimismo, cualquier modificación en el contenido del mensaje que se encriptó – sea que la clave haya sido pública o privada - podrá ser detectada.

II.- De la Implementación de la firma electrónica.

Para la implementación de esta firma, es necesario la certificación de la Firma Electrónica por parte de una empresa certificadora.

Las empresas certificadoras son las personas naturales o jurídicas; nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que otorgan certificados de firma electrónica, sin perjuicio de los demás servicios que puedan prestar.

Certificado de firma electrónica.

La certificación de la firma electrónica se materializa en la emisión de un Certificado de Firma Electrónica, que da fe del vínculo existente entre el firmante o el titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica, el que deberá contener al menos los requisitos legales contemplados en el artículo 28 del reglamento, los que dicen relación con;

- a) Código de identificación único del certificado;
- b) identificación del prestador;
- c) Identificación del titular, y
- d) Plazo de Vigencia.

Para el otorgamiento de este certificado, el prestador deberá:

- a) Comprobar la identidad del solicitante, sea personalmente o ante notario u oficial de registro civil, para lo cual se requiere la comparecencia personal del solicitante, o de su representante legal, si es una persona jurídica.
- b) Entregar personalmente los datos de creación de la firma al titular o usuario de la misma, en la medida que éstos hayan sido creados por la entidad prestadora del servicio de certificación.
- c) Incorporar en su Registro Público⁶ el certificado emitido, sólo con los datos dados por el titular, los que sólo podrá utilizar para éstos fines.

Los certificados emitidos por la entidad certificadora, pueden limitados o ilimitados, según la mayor o menos amplitud de su uso.

Contenido del certificado de firma electrónica.

Los certificados de firma electrónica deberán cumplir con un contenido mínimo según lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 19.799, este es:

- a) Código de identificación único del certificado
- b) Identificación del prestado de servicios de certificació (nombre o razón social, RUT, dirección de correo electrónico, en su caso, antecedentes de su acreditación y su propia firma electrónica avanzada)
- c)Datos de identidad del titular (nombre, dirección de correo electrónico y RUT)

d)Plazo de vigencia.

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

La vigencia de los certificados de firma electrónica cesará en dos casos: a) Por la extinción del plazo; y b) Por la revocación del prestador, en los casos contemplados en el artículo 16 de la Ley N° 19.799.

III.- Implementación de la Firma Electrónica en el Contrato de Seguro.

Previo a la implementación de la firma electrónica en las Compañías de Seguro, es necesario determinar en que se distingue una de la otra, para poder optar adecuadamente por una u otra.

Con relación a lo anterior, las principales diferencias dicen relación con:

- I. El valor probatorio en juicio. Los documentos firmados a través de firma electrónica avanzada, harán plena prueba conforme a las reglas generales, según lo dispone el artículo 5 de la Ley N° 19.799. Con relación a esta materia, el artículo 4° dispone que los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumentos públicos, sólo podrán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.
- II. Forma de otorgamiento. La Firma electrónica avanzada es certificada por una empresa certificadora de servicios acreditada ante la Subsecretaría del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Si bien, jurídicamente existen diferencias, técnicamente ambas son aptas para brindar las mismas garantías que justifican su aplicación. Siendo el negocio del seguro, de aquellos que se caracterizan por la naturaleza privada de los documentos que son utilizados en él, la implementación de la firma electrónica simple, es la más adecuada, por ahora. 7

Para implementar la firma electrónica en el Negocio del Seguro, específicamente en las Compañías de Seguros, es necesario determinar los documentos, personas y procedimientos que participarán en la suscripción

⁶ El artículo 7 del DL Nº 181 obliga a los prestadores de servicios de certificación a mantener un registro de certificados de acceso público, en el que se garantice la disponibilidad de la información contenida en él de manera regular y continua, al cual se pueda acceder incluso por medios electrónicos.

⁷ En la actualidad, los requisitos que deben reunir las empresas certificadoras para tener el carácter de acreditadas ha impedido que a la fecha exista una entidad que tenga este carácter, especialmente por la obligación impuesta a los prestadores de servicios de certificación acreditados de contratar y mantener un seguro de responsabilidad civil que cubra daños y perjuicios que ocasione, con motivo de la certificación y homologación de firmas electrónicas , el que deberá contener dentro de sus estipulaciones mínimas las siguientes: a) Una suma asegurada de al menos UF 5000; b) La ausencia de deducibles o franquicias, en la parte de la indemnización que no exceda UF 5000; c) la responsabilidad civil asegurada comprenderá hechos acontecidos durante la vigencia de la póliza, no obstante sea reclamada con posterioridad a ella. (art. 12 DL № 181)

por medios electrónicos, para lo cual es necesario la realización de las siguientes actividades:

1º) Información.

A fin de dar a conocer en qué consiste la firma electrónica y las ventajas que ésta presenta a todos los jefes de área de la Compañía, para que con éste fin realicen las actividades señaladas a continuación

2º) Identificación y descripción.

Consiste en la individualización en cada una de las áreas de la Compañía, de los documentos utilizados y describir procedimientos a través de los cuales desempeñan sus objetivos.

3º) Calificación y Evaluación

El objetivo es determinar la importancia que cada documento tiene en el proceso que se utiliza y en la determinación de las falencias y ventajas del procedimiento actualmente imperante, en términos de falta de registro, falta de un medio que vincule a persona determinada con la obligación de registrar o falta de un medio que garantice fidelidad de la información.

4º) Medios de solución.

Consiste en la propuesta realizada por cada uno de los jefes de área, de los actos que en la respectiva concadenación, o no son registrados debiendo registrase, o son registrados no existiendo dicha necesidad. Esto se traduce en la mantención del procedimiento vigente, su modificación o implementación de un nuevo procedimiento.

5º) Decisión.

Consiste en la evaluación de las repercusiones económicas que para la compañía representan las falencias denunciadas, y determinación de los documentos que serán firmados electrónicamente, la persona cuya firma ser certificará para el o los documentos específicos de que se trate, y los actos que comenzarán a ser registrados por medio de documentos firmados electrónicamente.

En las Compañías de Seguros, las primeras personas con capacidad para firmar electrónicamente, deben ser sus representantes y gerente

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

general, esto por el gran número de documentos que diariamente deben suscribir, y por la necesidad, especialmente legal, de vincularlos de manera exclusiva con el mensaje enviado.

Con relación a los jefes o gerentes de área, también es conveniente la posibilidad que puedan emitir documentos firmados electrónicamente, al menos limitadamente, a fin que cumpla una de las principales funciones en las que éste medio puede ser de un gran apoyo para la Compañía, y es en materia de controles internos.

V.- CONCLUSION

A través de este trabajo, no se ha pretendido explicar la ley, sino que aplicarla al negocio del Seguro, mostrando los beneficios que reporta su aplicación, como medio de comunicación general y uniforme diverso del correo electrónico, entre los que destacan: a) el ahorro de tiempo y de insumos materiales (papel, despacho de correos) b) la promoción en la celeridad en el negocio (especialmente por su aplicación en materia de propuesta, cotización y suscripción de pólizas) ; c) la ampliación de la capacidad de la Compañía en materia de celebración de Contrato de Seguros; d) la creación e implementación de sistemas de control interno; y e) la eficiencia del control de la Superintendencia, al promover el cumplimiento oportuno a los sistemas de control externo.

Por medio de la Firma electrónica se minimizan, en gran medida, los impedimentos o dificultades temporales y espaciales, que esperamos haber reflejado a través de esta exposición, por cuanto en el negocio de intermediación, como es el negocio del seguro, de la superación de estas cuestiones, dependerá su mantención y crecimiento.

NOTICIAS DE AIDA

- 1 .- Entre los dias 29 de abril al 2 de mayo de 2003 se celebró el VIII Congreso Iberolatinoamericano de AIDA organizado en la ciudad de Río de Janeiro por la Sección Brasileña de AIDA. Nuestro País fue llamado a exponer un trabajo sobre el "Arbitraje y la mediación en el seguro", que fue preparado por nuestros asociados Osvaldo Contreras Strauch, Igor Kliwadenko Malic, Carolina Larraín Jimenez, Ricardo Peralta Larraín, Juan José Vives Rojas y expuesto por don Osvaldo Contreras Strauch y don Ricardo Peralta.
- 2.- Entre el 3 y el 6 de abril pasado la Sección Uruguaya de AIDA organizó un Congreso Nacional que resultó todo un éxito con una amplia concurrencia, analizándose diversos temas de interés, contando con varios expositores nacionales y tres extranjeros, siendo uno de ellos nuestro colega Director de esta Revista y Consejero Mundial de AIDA don Osvaldo Contreras Strauch, quien expuso el tema final, sobre la "Contratación electrónica del seguro".
- 3.- El Presidente Mundial de AIDA, colega don Carlos Ignacio Jaramillo se encuentra empeñado en un ambicioso proyecto de activación de nuestra organización a nivel mundial, cuyos detalles serán tratados en el Consejo de Presidencia Mundial a celebrarse el 30 de abril de 2003 en Río de Janeiro. Uno de los puntos importantes, contempla el requerir a las secciones nacionales la realización periódica de congresos o seminarios a nivel nacional, con la participación amplia de los asociados.
- 4.- Quedó programada en definitiva la realización de los próximos Congresos del CILA, a continuación del de Río de Janeiro, correspondiendo en 2005 a México, en 2007 a Chile y en 2009 a Uruguay.

INDICE

Editorial	Pag. 3
Arbitraje y mediación en el seguro	
Osvaldo Contreras Strauch, Igor Kliwadenko Malic,	
Carolina Larraín Jimenez, Ricardo Peralta Larraín,	
Juan José Vives Rojas	Pag. 5
Responsabilidad civil de productos	
Sergio Arellano Iturriaga	Pag. 49
El nococio del comero y la firma electrónica	
El negocio del seguro y la firma electrónica	
Manuel Bulnes Ossa	Pag. 59
Noticias de Aida	Pag. 7: