



Asociación Internacional de Derecho de Seguros - Sección Chilena

---

REVISTA CHILENA  
DE  
DERECHO DE SEGUROS

---

Año 7 Nº 14 Santiago de Chile Abril de 2005



Asociación Internacional de Derecho de Seguros - Sección Chilena

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Año 7 N° 14 Santiago de Chile, Abril de 2005

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  
Ricardo Sateler Alonso

Es Director de la Revista el Señor Juan José Vives Rojas

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)

Secretario: Ricardo Peralta Valenzuela  
E-mail: secretaria@colegioabogados.cl  
E-mail del Director: juanjosevives@mi.cl

---

REVISTA CHILENA  
DE  
DERECHO DE SEGUROS

---

Año 7 N° 14 Santiago de Chile Abril de 2005

# INDICE

Editorial	Pag. 5
Homenaje a un hombre de excepción: Juan Achurra Larraín	Pag. 7
Los Seguros de Daños, Francisco Javier Tirado Suarez	Pag. 9
Las Cláusulas de Cooperación y Control de los Contratos de Reaseguros, Juan Achurra Larraín y Osvaldo Contreras Strauch	Pag. 49
Suscripción del Riesgo de Incendio, Jorge Sánchez Villabela, Elkin Hundt y Juan Antonio Gallego	Pag. 83
Noticias de AIDA	Pag. 103

## EDITORIAL

Presentamos a nuestros socios y lectores una nueva edición de nuestra Revista, la N° 14, que, como siempre, trae interesante material de consulta y estudio.

Recordamos a los socios que hace un tiempo subimos a nuestra página web ([www.aida-chile.cl](http://www.aida-chile.cl)) una reseña de 25 fallos dictados por árbitros de la nómina del Centro Chileno de Arbitrajes de Seguros y Reaseguros. Para ingresar a dicha reseña, hay que hacer clic en el resumen que aparece debajo del número de cada ficha. El trabajo comprende, además, completos índices alfabéticos de materias y de autores. Los fallos íntegros están a disposición de los socios que se encuentren con sus cuotas sociales al día, en el Colegio de Abogados.

Una vez más, agradeceremos a los señores árbitros que integran la nómina del Centro, el envío de fallos dictados por ellos, a fin de reunir el mayor número posible, que hagan de este trabajo una herramienta eficaz.

Asimismo informamos a nuestros socios y lectores que se ha subido al sitio web de Aida Chile, el N°13 de la Revista.

Entre las Noticias entregamos el Reglamento de Ponencias y Sesiones para el Congreso del CILA (Comité Iberoamericano de Aida) a celebrarse en Cancún, México, los días 2,3,4 y 5 de Noviembre a fin de que aquellos socios que se interesen puedan presentar ponencias a cualquiera de los temas del Congreso.

El presente número se inicia con un interesante artículo del Profesor español Francisco Javier Tirado Suárez, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, sobre “ los Seguros de Daños”, que si bien se basa en la legislación española, resulta de mucho interés para los abogados especialistas chilenos dada la similitud con nuestra normativa.

Los distinguidos abogados chilenos Juan Achurra Larraín (Q.E.P.D.) y Osvaldo Contreras Strauch presentaron al 5° Congreso de Derecho de Seguros celebrado en Madrid entre el 16 y el 19 de Septiembre de 1997, un

completísimo y exhaustivo trabajo sobre “Las Cláusulas de Cooperación y Control de los contratos de Reaseguros” que publicamos en la presente edición.

Cierra este número, el artículo de los autores españoles Jorge Sánchez Villabela, Elkin Hundt y Juan Antonio Gallego sobre “Suscripción del Riesgo de Incendio”, en el que se hace referencia al incendio forestal ocurrido en la región de la araucanía el 9 de Noviembre de 1999.

Esperamos haber cumplido con la publicación de este N° 14, las aspiraciones y expectativas de los lectores y socios de AIDA Chile.

**Juan José Vives Rojas**  
Director

## EN HOMENAJE A UN HOMBRE DE EXCEPCIÓN: JUAN ACHURRA LARRAÍN.

El día 5 de Octubre de 2003 falleció en Santiago, mi querido amigo Juan Achurra Larraín, Presidente Honorario de la Sección Chilena de la Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA Chile) y Director de la Corporación desde su fundación.

Juan nació en el año 1934, cursó sus estudios secundarios en el Colegio San Ignacio y estudió Derecho en la Universidad de Chile, recibíendose de abogado en 1958. Fué el primer Profesor de Derecho de Seguros de la Escuela de Seguros. Se desempeñó como Asesor Legal, Gerente General y Asesor del Directorio de la Caja Reaseguradora de Chile donde le cupo participar en la privatización dispuesta por el D.L. 3057. Al momento de fallecer era también director de las compañías de seguro Mapfre Seguros Generales y Mapfre Garantía y Créditos de la que además fué Presidente del Directorio. En 1981 fué designado Presidente de la Asociación Latinoamericana de Reaseguradores y miembro del Comité Jurídico de la Federación Internacional de Compañías de Seguro (FIDES). Simultáneamente ejerció la profesión en su oficina particular, con mucho éxito, con otros abogados con quienes colaboraba activamente.

En 1994 actualiza la obra del Profesor Sergio Baeza Pinto, “El Seguro”, obra obligada de consulta para los que ejercen la profesión de abogado en Derecho de Seguros. En el año 2001 se edita la cuarta edición de dicha obra, actualizada con mi participación. También en 1994, en unión del abogado Alfonso Ansietta y el suscrito, participa en la redacción de una monografía sobre el Derecho Chileno aplicable a la empresa y al contrato de seguros para la Enciclopedia Internacional de Derecho editada por la editorial holandesa Kluwer Law and Taxation Publishers con el auspicio de AIDA. La misma entidad publica en 1992 una monografía editada por el Profesor Marcel Fontaine de la Universidad Católica de Lovaina que contiene el Derecho del Contrato de Seguro de 27 países de los 5 continentes. La reseña de la legislación chilena fué realizada por Juan con mi colaboración.

Arbitro indiscutido en la especialidad, su sólida formación profesional y su carácter afable le granjearon el afecto y el respeto no sólo de sus colegas, sino también del entorno social en que se desenvolvía. Coincidiendo con este homenaje, en el presente número de la Revista aparece un artículo de su autoría: “Las cláusulas de cooperación y control en el contrato de reaseguro” escrito en

colaboración con el actual Vice-Presidente de AIDA Chile, Osvaldo Contreras, que demuestra el dominio de los temas que abordaba. Su labor como Consejero y Arbitro del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Santiago, lo distinguió en causas importantísimas de carácter internacional.

Tuvo una destacada actividad política, al ser designado abogado de la Presidencia de la República por don Eduardo Frei Montalva, quien lo distinguió siempre con su amistad desde que trabajaron juntos en la Caja Reaseguradora de Chile. Ocupó también la Subsecretaría General de Gobierno y luego la de Interior, donde debió poner en juego sus habilidades y talentos dado el difícil período que se vivió en Chile entre 1967 y 1970.

Formó una familia ejemplar con su esposa Ximena y sus 6 hijos. Su hobby favorito era la práctica del golf, él que jugaba asiduamente, tanto en el Club de Polo de Santiago como en Cachagua, su lugar de descanso preferido, además de su propiedad en Sagrada Familia. Su encantadora mujer, Ximena, era su partner habitual y más de alguna vez jugamos los tres. Recuerdo que formamos, en un par de oportunidades, el "Equipo de AIDA Chile" para participar en campeonatos "Interoffice" organizados por la Asociación de Golf de Santiago. No llegábamos en primer lugar, pero disfrutábamos mucho del juego. Tuve el privilegio de contarme entre sus amigos desde los años 60, cuando nos iniciábamos en el golf en las canchas de polo, mucho antes que el Club contara con los links reglamentarios. Mi primer juego de palos se los adquirí a Juan a muy buen precio.

De carácter aparentemente retraído, disfrutaba mucho de la relación con sus amigos y de su numerosa familia a todos los cuales asesoraba desinteresadamente. Lo que no se puede discutir en Juan, es su preclara inteligencia, su calidad humana, su profunda actitud ética y su modestia y generosidad, que lo llevaban a aconsejar a sus colegas y empleados con absoluto desprendimiento. Compartíamos secretaria, la que en repetidas ocasiones me confesó que para ella Juan era como un padre.

Junto a don Julio Chaná Cariola y a Sergio Baeza Pinto, constituye uno de los más altos exponentes del Derecho Chileno de Seguros. Los socios de AIDA, los miembros del foro en general y el Derecho de Seguros de Latinoamérica, perdieron así a uno de sus mejores hombres.

**JUAN JOSE VIVES ROJAS.**  
Director de Aída Chile

## EL SEGURO DE DAÑOS

**Francisco Javier Tirado Suárez**  
Abogado  
Profesor de Derecho Comercial de la  
Universidad Complutense de Madrid.

- I. Introducción
  - A) Concepto y clasificación
  - B) El principio indemnizatorio
- II. Doctrina general
  - A) El interés asegurado y la suma asegurada
    - a) Seguro pleno, sobreseguro e infraseguro
    - b) Seguro acumulativo o doble y coaseguro.  
El coaseguro comunitario
    - c) Supuestos especiales:
      1. Las pólizas tasadas o estimadas
      2. Pólizas con cláusulas de estabilización
      3. Seguro a primer riesgo
      4. Seguro a valor de nuevo
    - d) Transmisión del interés asegurado
  - B) El riesgo asegurado
    - a) Su individualización
    - b) Los seguros combinados
    - c) Los riesgos extraordinarios y su cobertura.  
El Consorcio de Compensación de Seguros
  - C) El siniestro y su liquidación
  - D) Situación de los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados
  - E) La subrogación del asegurador
- III. Tipos contractuales de seguros contra daños en las cosas
  - A) El seguro contra incendios
  - B) El seguro contra robo
  - C) El seguro de transportes terrestres
  - D) Los seguros agrarios combinados

- IV. Tipos contractuales de seguros de lucro cesante
- V. Tipos contractuales de seguros contra daños en el patrimonio
  - A) El seguro de créditos comerciales y el seguro de crédito a la exportación
  - B) El seguro de caución
  - C) El seguro de responsabilidad civil
    - a) Régimen general
    - b) Especial consideración del seguro obligatorio de automóviles y de otros seguros obligatorios
  - D) El Contrato de Reaseguro
    - a) Concepto y función económica
    - b) Régimen legal
    - c) Clases de reaseguro
- VI. Tipos contractuales de seguros de prestación de servicios
  - A) Los seguros de enterramiento o decesos
  - B) El seguro de defensa jurídica
  - C) El seguro de asistencia en viajes y especial significado de su normativa comunitaria
  - D) El seguro de asistencia sanitaria y sus diferencias con el seguro de enfermedad

## I. INTRODUCCION

### A) Concepto y Planificación

Los seguros de daños o de indemnización efectiva son aquellos que pretenden el resarcimiento del daño patrimonial sufrido por el asegurado. Este daño puede producir una destrucción o deterioro de un bien concreto (seguro de daños en las cosas). O bien referirse el daño a la frustración de unas fundadas expectativas legítimamente esperadas (seguro de lucro cesante) o también afectar a la unidad patrimonial del sujeto, entendida tanto de forma activa (aumentos o conservación del patrimonio), como de forma pasiva (aparición de deudas patrimoniales).

Por último, el daño se puede manifestar en la existencia de desembolsos patrimoniales para hacer frente al costo de determinados servicios.

Tradicionalmente se clasifican los seguros de daños en una triple división. En primer lugar, los seguros de daños en las cosas, en los que la eficacia dañosa del siniestro consiste en la destrucción o deterioro de un bien concreto. En este apartado son incluíbles los seguros de incendio, robo, transporte, etc.

En segundo lugar, aparecen los seguros de lucro cesante, que la LCS desarrolla más ampliamente que el derogado art. 395 C. de c. y que se manifiestan en que el siniestro consiste en la desaparición de legítimas expectativas de probable realización, si el siniestro no hubiere ocurrido. El modelo de estos seguros son los seguros de pérdida de beneficios por interrupción de la actividad empresarial.

Por último, los seguros de patrimonio, en los que la cobertura no se refiere a un bien concreto ni siquiera a una expectativa de incremento patrimonial, sino que se cifran en la defensa de la integridad patrimonial. Aquí el paradigma de los seguros patrimoniales no es otro que el seguro de responsabilidad civil, al que se puede unir, con matizaciones, los seguros de crédito y caución.

Finalmente, cabe mencionar los seguros de prestación de servicios, en los que no existe una garantía monetaria del asegurador de forma directa, sino que la función social que desarrollan consiste en la prestación de determinados servicios contratados para hacer frente a situaciones de riesgo.

En materia de seguros de daños es válido el esquema general de la relación sinalagmática entre asegurador y asegurado, con independencia de la posible presencia del tomador del seguro por cuenta ajena y de la figura de la víctima o perjudicado en los seguros de responsabilidad civil, ya que el beneficiario, en este caso es un mero titular del derecho a la indemnización a través del mecanismo legal de la cesión de créditos, careciendo, en consecuencia, de un derecho propio y autónomo como en materia de seguro de vida.

## B) El principio indemnizatorio

El principio general de los seguros de daños consiste en que el seguro no puede situar al asegurado en mejor posición que la que tiene en el momento inmediatamente anterior al acaecimiento del siniestro.

Es el principio indemnizatorio, que viene definido por el art. 26 LCS en conexión con el principio del enriquecimiento con causa, ya que se permite, con toda justicia, que el asegurado reciba una cantidad monetaria superior al daño patrimonial sufrido, al incrementarse la indemnización del asegurador, con los intereses legales de demora.

La *ratio* de este principio indemnizatorio se encuentra en la propia función social del seguro de daños dirigido a la conservación de la riqueza económica. Hoy en día este principio de conservación tiene una clara manifestación en la tarea de prevención del riesgo, es decir, adopción de las medidas necesarias para que la realización del daño sea lo más difícil posible.

Esta tarea de prevención paralela o complementaria de la actividad estrictamente aseguradora se conoce en la práctica con la denominación genérica de gerencia de riesgos y la LOSSP, en el artículo 3.4, contempla operaciones sometidas a la legislación de control de seguros, en la medida en que son conexas o vinculadas a la actividad aseguradora

La presencia del principio indemnizatorio inspira toda la legislación de los seguros de daños y justifica la existencia de instituciones como la de la subrogación del asegurador en la indemnización satisfecha.

## II. DOCTRINA GENERAL

### A) El interés asegurado y la suma asegurada

El interés, concepto exclusivo de los seguros de daños, es un requisito esencial para la validez del contrato de seguro (art. 25 LCS). El interés puede ser relativo a una concreta cosa o bien a la actualización de una expectativa e incluso a la intangibilidad del patrimonio o de elementos patrimoniales concretos.

El interés como tal puede ser objeto de valoración a efectos de fijar los límites de la cobertura asegurativa que se concretan por siniestro en la suma asegurada. En principio, la valoración debe ser objetiva basada en criterios de mercado o de uso, sin incluir el valor subjetivo o afectivo.

Tradicionalmente se distingue entre el valor de interés inicial o valor asegurable que es el valor del objeto del seguro en el momento de la conclusión o perfección del contrato de seguro, valor sucesivo (el que tiene el interés durante el contrato), valor final (el que existe en el momento inmediatamente anterior al siniestro) y valor residual (que es el valor remanente después de la ocurrencia o acaecimiento del siniestro).

Por otra parte, la suma asegurada o valor asegurado es el importe dinerario en que se asegura el interés. Esta suma puede coincidir con el valor real del interés en el momento de la conclusión (valor asegurable o valor inicial). La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro (art. 27 LCS); si se produce el siniestro, la suma asegurada se reduce en el importe de la prestación pagada, debiendo ser objeto de reconstitución en caso necesario, salvo pacto en contrario.

#### a) Seguro pleno, sobreseguro e infraseguro

La relación entre el valor del interés asegurado y la suma asegurada tiene un punto óptimo que es cuando el valor asegurado y valor asegurable coinciden, que es el denominado seguro pleno; sin embargo, en función de la depreciación monetaria o de otras circunstancias, la relación entre el valor del interés y de la suma asegurada varía durante la vigencia del seguro. Si la suma asegurada es inferior al valor del interés se produce una situación de infraseguro, en virtud de la cual el asegurado asume una parte del riesgo, que no es objeto de cobertura, de manera que el asegurador indemnizará el daño causado en la misma



proporción en que aquél cubre el interés asegurado (art. 30 LCS). Así por ejemplo, si aseguro mi casa en 30.000 euros en el año 2000 y en el año 2003, cuando se quema la mitad, valía 60.000 euros, la indemnización del asegurador será únicamente de 15.000 euros.

Las partes pueden excluir en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato la aplicación de la regla proporcional. En algunas modalidades de seguro de patrimonio, el infraseguro es por naturaleza inaplicable, lo mismo que el sobreseguro, figurando el daño como límite de la indemnización, v. gr. seguro de responsabilidad civil.

La hipótesis contraria es el sobreseguro, que se produce en el supuesto de que la suma asegurada supere notablemente el valor del interés, de manera que cualquiera de las partes podrá exigir la reducción de la suma y de la prima, debiendo restituir el asegurador el exceso de las primas percibidas. Si se produjere el siniestro, el asegurador indemnizará sólo el daño efectivamente causado.

El contrato será nulo si el sobreseguro se debe a la mala fe del asegurado, pudiendo el asegurador de un bien retener las primas vencidas y las del período en curso (art. 31 LCS).

b) *Seguro cumulativo o doble y coaseguro. El coaseguro comunitario*

El seguro múltiple surge cuando sobre un determinado riesgo o bien aparecen distintas coberturas asegurativas, adoptando las formas de seguro cumulativo o doble y la de coaseguro.

El seguro cumulativo o doble se produce por iniciativa del tomador del seguro, cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que en un mismo siniestro pueden producir sobre el mismo interés durante idéntico espacio de tiempo. Se discute doctrinalmente la aplicación de esta figura del seguro doble cuando el seguro sea contratado por un tomador diferente, por ejemplo arrendador-arrendatario, propietario-acreedor pignoraticio. El tomador del seguro o el asegurado vienen obligados, salvo pacto en contrario, a comunicar a cada asegurador la existencia de los demás contratos de seguros y si por dolo omiten esa declaración, y, en caso de sobreseguro, se produjera el siniestro, los aseguradores no están obligados al pago de la indemnización.

Una vez producido el siniestro, el aviso del mismo debe comunicarse a todos los aseguradores, indicando el nombre de los demás.

Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superar la cuantía del daño.

Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetirla o reclamarla del resto de los aseguradores. Es frecuente que en caso de seguro doble se produzca sobreseguro, aplicándose la normativa general. Si antes del pago de la indemnización al asegurado se produjera la quiebra o liquidación de algún asegurador, su cobertura se reputa inexistente.

A diferencia del seguro cumulativo, el coaseguro es una técnica de distribución de riesgos, alternativa al reaseguro, en que la iniciativa de su configuración compete al asegurador.

El coaseguro consiste en el reparto de unas cuotas determinadas entre varios aseguradores, viniendo obligado cada uno a pagar la cuota respectiva, salvo pacto en contrario. No existe, pues, solidaridad entre los coaseguradores, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, salvo que expresamente se pacte, lo que resulta una mayor garantía para el asegurado, a fin de evitar que, en caso de quiebra o liquidación de un coasegurador, quede parte de la indemnización sin ser satisfecha.

Si el tomador no conoce el reparto de las cuotas del coaseguro nos encontramos ante el denominado coaseguro interno, calificado legalmente como reaseguro (art. 77.2 LCS), pudiendo reclamar del asegurador contratante la totalidad de la indemnización.

La Disposición Adicional Sexta de la LOSSP ha incluido con el nuevo art. 33.a) al coaseguro comunitario en el ámbito de la LCS, cuando era una hipótesis típica de la participación de aseguradores extranjeros en el marco de operaciones de seguro contratadas sobre grandes riesgos situados en nuestro país.

La nueva regulación exige para su aplicación la presencia de entidades aseguradoras no establecidas en España, pero siempre pertenecientes al Espacio Económico Europeo.

Es de destacar en esta regulación la amplia referencia a la figura del abridor o líder, en relación al cual se dispone como requisito para la presencia de un coaseguro comunitario que la abridora asuma plenamente las funciones que le corresponden en la práctica del coaseguro, determinando, de acuerdo con el tomador y de conformidad con lo dispuesto en las leyes, la ley aplicable al contrato de seguro, las condiciones de éste y las de tarificación.

En realidad, la figura del coaseguro comunitario carece de entidad propia y debería conectarse con la disciplina de los grandes riesgos, en cuyo ámbito existe libre prestación de servicio y en consecuencia, respeto a la libertad de las partes en el establecimiento del derecho aplicable. Por este motivo, el párrafo 2.º del citado art. 33.a) dispone que las aseguradoras que participen en España en una operación de coaseguro comunitario en calidad de abridoras, así como sus actividades como tales coaseguradoras, se regirán por las disposiciones aplicables al contrato de seguro por grandes riesgos.

### c) *Supuestos especiales*

#### 1. *Las pólizas tasadas o estimadas*

Las pólizas tasadas o estimadas constituyen una excepción al principio general de fijación del interés en el momento del siniestro, ya que las partes fijan de común acuerdo un valor del interés, que normalmente es objeto de seguro pleno, pero puede no serlo.

El art. 28 LCS exige que la estimación sea objeto de un pacto expreso, a diferencia de lo que ocurre en el seguro del buque, lo cual es habitual respecto a un objeto de difícil valoración, v. gr. un cuadro de Murillo o los originales de las *Greguerías* de Gómez de la Serna.

El asegurador sólo podrá impugnar el valor estimado o tasado cuando su aceptación ha sido prestada por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente.

#### 2. *Pólizas con cláusulas de estabilización*

Para evitar el desajuste entre el valor del interés y la suma asegurada, la LCS permite el establecimiento contractual de índices de revalorización

automática (art. 29 LCS), que generalmente se fijan en función del IPC, aunque en principio es admisible cualquier tipo de índice que pueda tener relevancia desde el punto de vista contractual y que sobre el mismo carezcan de influjo las partes del contrato.

Estas cláusulas tienen el carácter de estabilización, en la medida en que se trata de hacer frente a la depreciación monetaria por el mero transcurso del tiempo.

#### 3. *Seguro a primer riesgo*

Ya se indicó anteriormente que la aplicación de la regla proporcional en caso de infraseguro era factible de derogación por voluntad de las partes contratantes, lo que es ciertamente frecuente respecto a determinados bienes de valor como joyas y dinero, en los que el asegurador viene obligado al pago de las cantidades previstas en las condiciones particulares de la póliza, sin ulterior justificación y así suele ocurrir normalmente en relación con las pólizas estimadas o tasadas pero no de forma necesaria.

Cuando las partes han excluido total o parcialmente la regla proporcional, en caso de infraseguro, tal pacto recibe la calificación de seguro a primer riesgo.

#### 4. *Seguro a valor de nuevo*

Generalmente, a efectos de cobertura asegurativa se toma en consideración el valor de uso o de mercado del bien objeto del seguro; sin embargo, en ocasiones se toma como referencia para el cálculo de la prima y posteriormente en caso de siniestro para el pago de la indemnización, el valor de reposición del bien asegurado. Este valor es el valor de nuevo, que es utilizado en el seguro de vehículos de motor, para los daños materiales parciales, si bien con el límite de que en ningún caso los mismos pueden superar el valor venal del citado vehículo.

#### d) *Transmisión del interés asegurado*

La transmisión del objeto asegurado comporta la del seguro, salvo pacto en contrario en condición general para las pólizas nominativas de riesgos no obligatorios. La transmisión debe ser comunicada por escrito al asegurador en

el plazo de 15 días, el cual puede ejercitar el derecho de rescisión frente al adquirente. Igual derecho ostenta el adquirente, si se rescinde por iniciativa del asegurador debe restituir las primas no consumidas; por el contrario, si la iniciativa es del asegurado la prima la hace suya el asegurador.

La disciplina de la transmisión es también aplicable a los supuestos de muerte, suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado.

La facultad de rescisión no existe en las pólizas a la orden o al portador, dada la naturaleza de la circulación de la póliza.

## B) El Riesgo Asegurado

### a) *Su individualización*

La individualización de riesgo objeto del seguro se realiza en las condiciones particulares de la póliza, teniendo en cuenta todas las circunstancias relativas al bien objeto de cobertura asegurativa y especialmente atendiendo a su valoración objetiva.

Aunque existen modalidades de seguro en que la persona del asegurado es irrelevante, por el contrario en otras existe un riesgo subjetivo que debe ser valorado por el asegurador a la hora de celebrar o no el contrato, v. gr. contratación de un seguro de pérdida de beneficios por un empresario en dificultades.

### b) *Los seguros combinados*

En la práctica actual, los riesgos no suelen ser objeto de cobertura individualizada, sino de forma global, lo que permite la existencia de las llamadas pólizas-paquetes o también seguros combinados.

Dentro de los seguros combinados, tienen hoy día especial trascendencia los del hogar, los de la pequeña empresa, los de todo riesgo maquinaria o montaje, así como los relativos al seguro de automóviles o de ordenadores, que incluyen también en ocasiones no sólo el *hardware*, sino también el *software* o programas de ordenador.

Con independencia de la facilidad de comercialización, estos seguros combinados suelen tener la posibilidad de combinar las sumas aseguradas de las distintas partidas correspondientes a las diferentes modalidades asegurativas contenidas en la póliza o seguro combinado; sin embargo, en el marco de una unidad documental sigue existiendo una pluralidad de coberturas asegurativas.

### c) *Los riesgos extraordinarios y su cobertura. El Consorcio de Compensación de Seguros*

La cobertura del asegurador se concreta en los riesgos cubiertos contractualmente de forma positiva en unión de las exclusiones.

Una de las típicas exclusiones contractuales es la relativa a los riesgos extraordinarios, dada la dificultad de sometimiento de los mismos a las reglas de la estadística, así como su dimensión cuantitativa.

El art. 44 de la LCS establece que el asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, salvo pacto en contrario y el pago de la correspondiente sobreprima.

En nuestro país los riesgos extraordinarios eran cobertura en régimen de monopolio del Consorcio de Compensación de Seguros; sin embargo, este monopolio ha desaparecido en la reforma de la LCS en virtud de la Ley 21/90, por imperativo del Derecho Comunitario, si bien el recargo al Consorcio, que tiene carácter tributario, debe ser satisfecho en todo caso para los riesgos situados en territorio español.

El Consorcio de Compensación de Seguros es una empresa pública aseguradora, con diversas funciones, entre las que destaca el aseguramiento de los riesgos extraordinarios, cuya regulación fundamental se contiene en el artículo 4 de la Ley 21/90, que aprueba el Estatuto Legal del Consorcio, que ha sido completado por la Disposición Adicional Novena de la LOSSP y que debe ser objeto de desarrollo reglamentario.

El Consorcio de Compensación, además de la función señalada, de riesgos extraordinarios, desempeña las tareas del fondo nacional de garantía de riesgos de la circulación, del cazador y del seguro obligatorio de viajeros.

En el ámbito de actuación del Consorcio como asegurador de riesgos extraordinarios se incluyen los fenómenos de la naturaleza tales como inundaciones, terremotos, erupciones volcánicas, tempestades ciclónicas atípicas, caídas de cuerpos siderales y aerolitos. También se aseguran los hechos derivados de terrorismo, motines o tumultos populares, así como los daños producidos por hechos o actuaciones en tiempo de paz de las fuerzas armadas o de las fuerzas o cuerpos de seguridad.

El Consorcio extiende su actividad a los ramos de accidentes, vehículos terrestres, vehículos ferroviarios, incendios y eventos de la naturaleza y otros daños en los bienes, donde si el asegurado opta por una entidad aseguradora privada, deberá pagar en todo caso el recargo al Consorcio, cuya naturaleza, de conformidad con el Derecho comunitario, que permite su excepcionalidad sobre la base de la territorialidad nacional de la fiscalidad, se aleja de la técnica aseguradora y se transforma en un tributo.

La resolución de 22 de julio de 1996 de la DGSFP aprueba nuevos recargos a favor del Consorcio en materia de seguro de riesgos extraordinarios, así como la cláusula de cobertura a insertar en las pólizas de seguro ordinario y la información a facilitar por las Entidades Aseguradoras relativas a las pólizas incluidas en el régimen de cobertura de los riesgos extraordinarios (BOE 1 de agosto de 1996).

Los acontecimientos mundiales acaecidos en materia de terrorismo han motivado múltiples problemas al reaseguro de determinados riesgos, lo que en nuestro país, siguiendo lo establecido en el marco de la Unión Europea, ha comportado el establecimiento de un régimen de reaseguro por cuenta del Estado de los riesgos de guerra y terrorismo que afectan a la navegación aérea, a través de la publicación del Real Decreto Ley 14/2001 de 28 de septiembre (BOE 29). Este reaseguro excepcional se ha mantenido ante la retracción de las entidades reaseguradoras privadas a nivel mundial, siendo el Consorcio el ente encargado de la administración de este reaseguro.

En el Proyecto de Ley de Reforma del Sistema Financiero se incluye la integración en el Consorcio de la CLEA, por lo que la citada institución pública asume funciones, que exceden de la naturaleza aseguradora y que plantean problemas de control administrativo al no existir una adecuada separación orgánica respecto a la DGSFP.

### C) El siniestro y su liquidación

Una vez acaecido y comunicado el siniestro, el asegurado debe probar la preexistencia de los objetos asegurados, constituyendo una presunción a su favor el contenido de la póliza.

Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la valoración de los daños, ésta se hará por medio de peritos. La LOSSP en su disposición adicional quinta disciplina a los peritos de seguros tratando de establecer un marco de actividad profesional, partiendo del acuerdo entre las Asociaciones implicadas. En orden a la tutela adecuada del consumidor, el perito tercero y el perito del asegurado deberían ser incompatibles con la actuación a favor de las entidades aseguradoras.

La designación de los peritos debe realizarse por las partes en el plazo de 40 días. Si una parte no designa perito, se entiende que acepta el de la otra parte, siempre que haya existido un requerimiento de la otra parte y el transcurso de ocho días naturales.

En caso de que los peritos lleguen a un acuerdo, se reflejará en un acta conjunta, en el que se harán constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe de la indemnización.

Si no hay acuerdo entre peritos se debe nombrar un tercer perito de conformidad y de no existir ésta, la designación se hará por el juez de primera instancia del lugar en que hallaren los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria.

El dictamen de los peritos, por unanimidad o por mayoría, se notificará a las partes de manera inmediata y en forma indubitada, siendo vinculante para éstos, salvo impugnación judicial, dentro del plazo de 30 días en caso del asegurador y 180 días en el caso del asegurado, computados ambos desde la fecha de la notificación del dictamen.

Si no lo impugna el asegurador, deberá pagar en el plazo de cinco días, y si no lo hace, la indemnización se incrementará en el interés legal más el 50 %. Este interés será el 20 % si la demora supera los dos años, si bien la modificación de la legislación procesal ha hecho que el mandato contenido en

el artículo 38 LCS de condena a las costas judiciales se encuentre derogado, estando en vigor las reglas previstas en materia de costas por la LEC (art. 394 a 398). Si impugna el asegurador, el dictamen pericial deberá pagar el importe mínimo ofrecido al asegurado.

Cada parte pagará los honorarios de sus peritos, que pueden ser objeto de cobertura asegurativa específica. Los del tercer perito y demás gastos serán por mitad, si bien cabe imputar la responsabilidad de todos los gastos a la parte que los haya provocado, siempre que la valoración del daño sea manifiestamente desproporcionada.

#### D) Situación de los acreedores hipotecarios, pignoraticios o privilegiados

Los LCS contempla en los arts. 40 a 42 la tutela de los acreedores hipotecarios, pignoraticios y privilegiados estableciendo la subrogación real de la indemnización en lugar del bien siniestrado, así como el deber de información del asegurador, de manera que el impago de la prima deberá serles notificado, siendo inoponible la extinción del contrato hasta que transcurra un mes desde que le comunicó el hecho que motivó la extinción, suspendiéndose el pago de la indemnización en tanto no se presten las garantías crediticias. En caso de conflicto el asegurador viene obligado al depósito de la indemnización conforme a los arts. 1.176 y ss. del C. c.

#### E) La subrogación del asegurador

El asegurador, una vez pagada la indemnización y dentro de los límites cuantitativos de la misma puede ejercitar derechos y las acciones que por razón del siniestro corresponderían al asegurado frente a las personas responsables de la misma.

Este derecho del asegurador se apoya, tanto en el principio indemnizatorio para evitar que el asegurado cobre una doble indemnización, la del asegurador y la del tercero responsable, cuando el título sea distinto, como en el principio de la culpa, para evitar el enriquecimiento injusto del tercero a costa del asegurador.

El asegurado no puede ser perjudicado por la subrogación del asegurador, y debe facilitar el ejercicio de la misma.

El derecho a la subrogación es renunciable y viene excluido legalmente cuando la acción del asegurador se dirigiera contra «las personas cuyos actos y omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado».

Compleja regulación, inspirada en el C. de c. de Colombia, que carece de efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada por otro contrato de seguro, en cuyo caso habría una subrogación del asegurador de daños en las cosas frente al asegurador de la responsabilidad civil dentro de los límites de la suma asegurada.

### III. TIPOS CONTRACTUALES DE SEGUROS CONTRA DAÑOS EN LAS COSAS

#### A) El seguro contra incendios

El art. 45 LCS lo define diciendo:

Se considera incendio la combustión y el abrasamiento con llama, capaz de propagarse, de un objeto u objetos que no estaban destinados a ser quemados en el lugar y momento en que se produce.

Se trata de un seguro de intereses en las cosas susceptibles de ser quemadas. Los bienes asegurados deben ser descritos en la póliza; el art. 46 LCS describe los bienes incluibles en la noción de mobiliario. Salvo pacto expreso en contrario, están excluidos una serie de bienes encuadrables en la noción de título valor, dada la dificultad de valoración.

Por otro lado, los bienes asegurados lo son en un determinado lugar, aunque se permite el mantenimiento de la cobertura cuando se comunique por escrito el traslado o cambio al asegurador y éste no hubiere manifestado en el plazo de 15 días su disconformidad.

El asegurador cubre todas las causas del incendio, salvo que sea provocado por dolo o culpa grave del asegurado, excluyendo también a los riesgos extraordinarios, salvo que se haya satisfecho la sobreprima correspondiente.

Por otra parte, en el seguro de incendios se debe precisar que el asegurador indemnizará los daños materiales directos derivados del incendio o de las medidas de salvamento, así como los derivados del transporte (salvo pacto en contrario, no se incluyen los gastos de salvamento, entre los que destacan los de los servicios de extinción de incendios). También son cubiertos por el seguro los menoscabos que sufran los objetos salvados, así como el valor de los objetos preciosos, siempre que el asegurado acredite su preexistencia y salvo que el asegurador pruebe que fueron robados o hurtados.

#### B) El seguro contra robo

El art. 50 lo configura diciendo: «Por el seguro contra robo, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a indemnizar los daños derivados de la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas. La cobertura comprende el daño causado por la comisión del delito en cualquiera de sus formas.»

La indemnización se extiende, no sólo al valor de interés del bien asegurado, sino también a los daños que se deriven de la comisión del delito, que pueden delimitarse con mayor o menor amplitud en la póliza, v. gr. en la mayor parte de las condiciones generales de la contratación se suele excluir el hurto y la apropiación indebida.

Salvo pacto en contrario, se excluyen los riesgos extraordinarios, así como los siniestros ocasionados por negligencia grave del asegurado, del tomador del seguro o de las personas que de ellos dependan o que con ellos convivan. También quedan excluidos los siniestros acaecidos fuera del lugar descrito en la póliza o acaecidos en su transporte, a no ser que una u otra circunstancias hubieran sido expresamente consentidas por el asegurador.

Por último, se permite el reconocimiento contractual del abandono a partir del transcurso de un determinado plazo, conservando el asegurado la facultad de elección entre la indemnización percibida o la readquisición del objeto robado.

#### C) El seguro de transportes terrestres

Los define el art. 54 diciendo: «Por el seguro de transporte terrestre el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el

contrato, a indemnizar los daños materiales que pueden sufrir con ocasión o como consecuencia del transporte las mercancías porteadas, el medio utilizado u otros objetos asegurados.»

La aplicación de la LCS en el caso de transporte combinado depende de que el trayecto terrestre sea el principal. En otro caso se aplica la disciplina del transporte marítimo o aéreo.

La legitimación para la contratación del seguro se extiende al comisionista y a las agencias de transporte.

Además, por la Ley 16/87 de 30 de julio de ordenación de los transportes terrestres (BOE 31 de julio), en su art. 21 se establecía la obligatoriedad de aseguramiento de los viajeros previendo la posibilidad de un aseguramiento especial de la responsabilidad de las agencias de transporte, desarrollado por el artículo 5 del Real Decreto 1211/90 de 28 de septiembre (BOE 8 de octubre) y recordado en la Orden de 25 de abril de 1997 del Ministerio de Fomento, que ha aprobado las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera, en las que se contempla la obligación del transportista de comunicar e informar al cargador de la conveniencia de contratación de un seguro de daños (BOE 7 de mayo).

La disposición adicional 24.º de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha modificado el citado artículo 21 estableciendo la siguiente redacción: «En todo transporte público de viajeros, los daños que sufran éstos deberán estar cubiertos por un seguro, en los términos que establezca la legislación específica sobre la materia, en la medida en que dichos daños no estén indemnizados por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria previsto en la Ley de Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.» Así pues, se establece la posibilidad de aseguramiento voluntario de la responsabilidad civil del transportista respecto a los viajeros. El Real Decreto 443/2001 de 27 de abril (2 de mayo) sobre Condiciones en Seguridad en el Transporte Escolar y de Menores en su art. 12 ha establecido que las empresas que realicen transportes dentro de su ámbito jurídico deberán tener cubierta de forma ilimitada su responsabilidad civil por los daños que puedan sufrir los ocupantes de los vehículos en que aquéllos se realicen.

La duración del contrato de seguro puede ser por tiempo determinado o por un viaje, estableciendo un plazo de caducidad de seis meses para la reclamación de los daños con posterioridad al término del contrato. La extensión temporal del seguro puede abarcar desde el almacén del cargador al del destinatario, incluyendo depósitos transitorios, limitados temporalmente.

En el importe de la indemnización se incluyen los gastos de salvamento y se reconoce el derecho de abandono del medio de transporte, que no sea vehículo a motor. El art. 62 LCS establece unas reglas de valoración del interés asegurable, en defecto de estimación, en virtud de las cuales se valoran las mercancías en el lugar y momento de la carga, incluyendo gastos y seguros, salvo que las mercancías fueran destinadas a la venta, en cuyo caso se valorarán por el valor que tuvieran en el lugar de destino.

#### D) Los seguros agrarios combinados

Los seguros agrarios comprenden el conjunto de riesgos que amenazan los intereses agropecuarios y forestales, tales como pedrisco, incendio, sequía, heladas de cosechas, muerte, accidente del ganado y trabajos de extinción de incendios forestales e indemnización a las personas accidentadas.

En el campo del seguro agrario se ha producido una importante intervención pública, que ha dado origen al seguro agrario combinado, cuya disciplina gira en torno a la Ley 87/78, de 28 de diciembre (BOE 12 de enero de 1979), desarrollado por el R.D. 2329/79, de 14 de septiembre (BOE 9 de octubre).

Anualmente se promulga el Plan de Seguros Agrarios Combinados acompañado de un amplio desarrollo normativo en torno a la O.M. de 8 de abril de 1981 (BOE del 19) para los seguros de cosechas y las de 28 de diciembre de 1981 (BOE 19 abril) para los seguros pecuarios.

La actividad aseguradora se realiza por Agroseguro bajo el doble control de la Dirección General de Seguros y de ENESA (Entidad Estatal de Seguros Agrarios Combinados, creada por R.D. 11 de octubre de 1979 —BOE 22 de noviembre—, actuando el Consorcio de Compensación de Seguros como accionista y reasegurador obligatorio —Orden Ministerial de 31 de octubre de 1980, BOE 10 de noviembre—).

En relación con los riesgos forestales, la Ley 81/1968 de 5 de diciembre (BOE 7 de diciembre) y R. de 23 de diciembre de 1972 (BOE diciembre de 1973) crearon un Fondo de Compensación de Incendios Forestales. Disciplina que se completa con la O.M. de 21 de julio de 1977 (BOE 2 de julio) sobre cobertura de los riesgos personales que afecten a las personas que cooperen en los trabajos de extinción de los incendios forestales, cuyas cuantías han sido elevadas por la O.M. de 3 de agosto de 2001 (BOE 4 de septiembre).

Sobre el abono de los gastos de extinción cfr. R.D. 2695/80 de 4 de noviembre (BOE 17 de diciembre).

La Orden de 9 de abril de 2001 establece el sistema de reaseguro a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros para el Plan de Seguros Agrarios Combinados de los ejercicios 2001 y siguientes (BOE 8 de mayo).

#### IV. TIPOS CONTRACTUALES DE SEGUROS DE LUCRO CESANTE

El art. 63 delimita los seguros de lucro cesante como categoría contrapuesta a los seguros de daños en las cosas, diciendo: «Por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato. Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza.»

El art. 64 coordina los seguros de daños en las cosas y los de lucro cesante, fijando el deber de comunicación del asegurado, que viene sancionado con la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento.

Dentro de esta categoría de seguro de daños, caracterizados porque la eficacia dañosa del siniestro consiste precisamente en la frustración de legítimas expectativas, que se habrían actualizado si determinado evento no hubiere ocurrido, es dable mencionar el seguro contra el pedrisco, el del beneficio probable en el transporte, el de paralización del buque, aeronave o automóvil, el de pérdida de alquileres, el de subsidio por privación temporal del carnet de conducir, etc.

En la LCS es objeto específico de contemplación singular los seguros de pérdidas de beneficios por interrupción de la empresa. El titular de una empresa

puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando la empresa quede paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato. Entre estas causas son objeto de cobertura en la realidad española los eventos extraordinarios, huelgas, incendios, averías de maquinaria, hurtos, carencia de suministro, energía, materias primas, etc., e incluso la desaparición de un hombre clave para la empresa, v. gr. secuestro del consejero-delegado, que ocasiona una disminución de beneficios. Recientemente se van introduciendo en el mercado coberturas para la amenaza de actos terroristas, que reduce el número de clientes de un establecimiento y el seguro contra la lluvia de espectáculos al aire libre, así como los seguros de las sociedades anónimas deportivas para hacer frente a las eventuales pérdidas de ingresos por el descenso de categoría e incluso los seguros de los candidatos electorales para el supuesto de no consecución de determinados porcentajes de votos, a los que van unidos subvenciones públicas.

El art. 65 extiende, salvo pacto expreso, la indemnización a la pérdida de beneficios durante el período de tiempo, en que la actividad empresarial está paralizada, así como a los gastos generales fijos y por supuesto, a los gastos de salvamento.

En defensa de una interpretación restrictiva del principio indemnizatorio se prohíbe la predeterminación o estimación de la pérdida de beneficios. Este art. 67 LCS es derogable en beneficio del asegurado, conforme al art. 2 de LCS. La praxis aseguradora así lo hace, cuando la pérdida de beneficios sea difícil de cuantificar, como ocurre en el seguro de paralización a causa de incendio y en el seguro del beneficio probable en el transporte.

## V. TIPOS CONTRACTUALES DE SEGURO CONTRA DAÑOS EN EL PATRIMONIO

A diferencia de los seguros de daños en las cosas y de los seguros de lucro cesante, en los seguros de patrimonio no existe referencia a un bien concreto, por lo que no es factible la existencia de aplicación de las reglas previstas para los supuestos de infraseguro y sobreseguro.

### A) El seguro de crédito y el seguro de crédito a la exportación

La peculiar naturaleza de este seguro impone una serie de deberes legales, tales como la información respecto a los créditos asegurados, la

colaboración en la persecución judicial, y la cesión del crédito con el objeto de facilitar la subrogación (art. 72).

La LCS reglamenta los supuestos de insolvencia definitiva entre los que se encuentra la quiebra, el convenio judicial de quita, el mandamiento de embargo infructuoso, así como el mutuo acuerdo (art. 70).

Una vez transcurridos seis meses desde el aviso del asegurado, el asegurador debe pagar el 50 % de la cobertura provisionalmente. La pérdida final suele ser un porcentaje no superior al 90 % ni inferior al 50 %. La misma deberá incluir no sólo el importe del crédito impagado, sino también los gastos originados por las gestiones de recobro, los gastos procesales y cualesquiera otros expresamente pactados, pero no comprendidos los beneficios del asegurado.

Modalidad especial de este seguro es el seguro de crédito a la exportación que regula Ley de 4 de julio de 1970 (BOE 7 de julio), que creó la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación (CESCE), empresa pública, que actualmente asume, en concurrencia con otras entidades autorizadas para operar en los seguros de crédito, la cobertura de los riesgos comerciales, derivados del comercio exterior en sus diferentes modalidades, así como la gestión en exclusiva de la cobertura de los riesgos políticos y extraordinarios por cuenta del Estado. Existe normativa reguladora de su actividad, debiéndose mencionar la Disposición Transitoria Decimoséptima de la Ley 50/98, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), que contempla las peculiaridades de la subrogación en la indemnización pagada para el recobro de determinados créditos.

### B) El seguro de caución

El art. 68 lo regula diciendo: «Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento del tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.»

Frente a un sector doctrinal que postula la naturaleza de fianza del seguro de caución o aval parece evidente la naturaleza asegurativa del mismo, habida



cuenta de la presencia de una entidad aseguradora. (La LOSSP prohíbe (art. 5.1b) y de la propia disciplina comunitaria, que ha modificado aquellos ordenamientos, como el francés, que solo permitía a la banca esta operación (anexo a la Directiva de 24 de julio de 1973 sobre libertad de establecimientos —(DOCE 16 de agosto) y Directiva de 22 de junio de 1987, en materia de seguro de crédito y de caución— (DOCE 4 de julio).

Las modalidades más importantes de este seguro en la praxis española son el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas (Ley 57/68, de 27 de julio —BOE del 29— y O.M. 29 de noviembre de 1968 —BOE 5 de diciembre—, los seguros de caución en favor de las diversas Administraciones públicas, así como los de origen contractual, tales como los relativos a los contratos de obras (artículos 57 a 64 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (BOE 26 de octubre). En ocasiones se exigen obligatoriamente para ejercer una profesión, como la de Habilitados de clases pasivas (art 56 del Real Decreto 1678/87 de 30 de diciembre).

La Ley 42/98, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico (BOE 16 de diciembre) en su art. 4.2 establece el deber del propietario de contratar un seguro de caución o aval bancario a favor de los adquirentes de los derechos de aprovechamiento sobre inmuebles en construcción.

La Ley 38/99 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (BOE de 6 de noviembre) en su artículo 19 ha establecido seguros obligatorios de caución como alternativa a los seguros de daños en garantía de los adquirentes de un edificio. La Disposición Adicional Segunda de esta Ley ha establecido que la única garantía obligatoria a partir del 6 de mayo de 2000 es el seguro de daños materiales o de caución decenal para daños en la estructura del edificio destinado a vivienda, quedando los demás seguros obligatorios en suspenso.

Mención especial merecen los seguros de infidelidad dirigidos a cubrir a una persona (asegurado) de las pérdidas económicas derivadas de la falta de honradez de determinadas personas físicas con las que se haya unido por vínculos laborales o profesionales.

En el seguro de caución el asegurador viene obligado al pago de la suma asegurada, por la mera solicitud del asegurado, teniendo un derecho propio de

recuperación de lo satisfecho contra el tomador, que no se ajusta formalmente al esquema tradicional de la subrogación anteriormente examinada, aproximándose al mecanismo de la fianza.

### C) El seguro de responsabilidad civil

#### a) Régimen general

El art. 73 LCS lo define diciendo: «Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.»

En la práctica aseguradora, este ramo de seguros tiene un amplio predicamento como muestra de una constante evolución de la responsabilidad civil a resultas de la continua expansión del seguro merced al establecimiento de sistemas de aseguramiento obligatorio.

En la doctrina y jurisprudencia se discute acerca de cuál es el hecho desencadenante del siniestro en el seguro de responsabilidad civil, apareciendo, de una parte, la teoría de la reclamación al asegurado, y de otra, la teoría del daño o hecho dañoso del que posteriormente nace una reclamación.

La LOSSP en su Disposición Adicional Sexta ha introducido un nuevo párrafo en el art. 73 LCS con la finalidad de permitir la legalidad de la teoría de la reclamación, al existir una Jurisprudencia contraria a la misma. El citado precepto establece: «Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración.

Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la

póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, en un año al comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.»

Por lo tanto, en nuestro Derecho es legal el establecimiento del principio de reclamación, como momento del siniestro, si bien el mismo tenga el carácter de cláusula limitativa de derechos, en los términos del art. 3 LCS, siempre que sea aplicable la legislación española.

Por otra parte, el art. 74 LCS reconoce el hecho de que el seguro de responsabilidad comporta la defensa procesal del asegurado frente a la reclamación del perjudicado, salvo pacto en contrario. En caso de conflicto de intereses, por ejemplo, el perjudicado es también asegurado del asegurador de la responsabilidad civil o todos los intervinientes en un siniestro están asegurados en la misma entidad aseguradora, debe comunicarse inmediatamente esta circunstancia para que opte entre el mantenimiento de la dirección jurídica por parte del asegurador o confiar la defensa a otra persona, pagando los gastos el asegurador.

La LCS reconoce la acción directa del perjudicado o sus herederos frente al asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. El texto poco claro del art. 76 LCS ha provocado una amplia jurisprudencia interpretativa por parte del T.S. En efecto, si bien la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, sin embargo sí son oponibles los riesgos excluidos en las condiciones generales de la póliza (así, las sentencias de la Sala de lo Civil T.S. de 28 de enero de 1985, R. 202; 13 de mayo de 1986, R. 2723; 7 de mayo de 1987, R. 3022; 25 de junio de 1987, R. 4552, 10 de mayo de 1988 R. 3642, entre otras).

Ahora bien, existen sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo que consideran inoponibles al tercero perjudicado los riesgos excluidos, amparándose en el artículo 3 de la LCS, cuando establece que las cláusulas limitativas de derechos deben ser aceptadas específicamente por escrito por el tomador del seguro. Así, las sentencias de 9 de mayo de 1988 (R. 3501) sobre carencia de habilitación administrativa de un conductor de un camión, la de 3 de mayo de 1988 (R. 3453) respecto a la carencia del correspondiente permiso de conducir del conductor de una motocicleta y por último, la sentencia de 10 de mayo de 1988 (R. 3642) respecto a un conductor alcohólico.

También es oponible la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga en contra de éste (en relación con la prescripción de la acción del perjudicado, el plazo anual del art. 1968 ha sido sustituido por el plazo de quince años previsto en el art. 1964 al tratarse de una responsabilidad civil nacida del delito (así, las sentencias del T.S. de 21 de marzo de 1984, R 1315 y 3 de marzo de 1988, R. 1548). La jurisprudencia ha ampliado esta posibilidad a través de la doctrina de la compensación de culpas teniendo reflejo sobre todo en el *quantum indemnizatorio* (Sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— de 1 de febrero de 1989 —R. 650—). Esta doctrina de la compensación de culpas ha sido recogida legalmente en la Disposición Adicional Octava de la LOSSP y concretamente en el apartado 1.º del Anexo, párrafos 2.º y 7.º; sin embargo, parece contrario a la Constitución y a las reglas típicas de nuestro Derecho de la responsabilidad civil el extender la culpa de la víctima al supuesto que en el Derecho comparado, la culpa de los menores de edad y de los ancianos carece de toda relevancia. Lamentablemente, este principio tuitivo no ha sido recogido por el legislador.

Paralelamente, el art. 76 LCS permite la posibilidad de repetir contra el asegurado en caso de dolo. En la práctica aseguradora las pólizas amplían este derecho de repetición o reclamación a otros supuestos, lo que plantea cuestiones de legalidad.

#### b) *Especial consideración del seguro obligatorio de automóviles y de otros seguros obligatorios.*

El art. 75 LCS establece la posibilidad de establecimiento de seguros obligatorios por el Gobierno para el ejercicio de ciertas actividades.

Entre los seguros obligatorios con anterioridad a la LCS cabe mencionar el seguro de responsabilidad civil automovilística establecido por la Ley de 22 de diciembre de 1962, cuya regulación vigente se concreta en la Disposición Adicional Octava de la LOSSP, que ha establecido una nueva Ley de Seguro y de Responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, que entró en vigor en noviembre de 1995.

Los actuales límites cuantitativos vienen fijados por el artículo 12 del Real Decreto 7/2001 de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE 13 de enero), que establece la cantidad de 350.000.—Euros por daños corporales

por víctima y 100.000.— Euros por daños materiales por siniestro, cualquiera que sea el número de vehículos o bienes afectados, y además los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas y los gastos de entierro y funeral en caso de muerte, en la cuantía que se justifique. Estos gastos pueden superar los límites cuantitativos anteriormente reseñados. En relación con la asistencia sanitaria existe un convenio marco para los accidentes de tráfico entre las entidades aseguradoras y las instituciones sanitarias públicas, que el de 2001 fue aprobado por resolución de 20 de septiembre de 2001 de la DGSFP (BOE 8 de octubre).

Los anteriores límites vienen fijados a escala comunitaria, debiendo destacarse que el sistema de la carta verde, conexo al seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística, se encuentra plenamente instaurado en el seno del Espacio Económico Europeo, que paulatinamente lo va extendiendo más allá de sus límites geográficos. Así, la orden de 26 de febrero de 1999 por la que se da cumplimiento a la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 26 de enero de 1999 (1999/103/CE), sobre la aplicación de la Directiva 72/166/CE del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulte de la circulación de vehículos automóviles, así como el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, en relación con la ampliación a Croacia del Convenio multilateral de garantía (BOE 6 de marzo).

La LOSSP ha establecido en la Disposición Adicional Octava un baremo de indemnización, que coarta la libertad de los Tribunales a la hora de la fijación del daño sufrido por la víctima y que no respeta de forma adecuada los derechos de los peatones, especialmente los menores de edad e incapacitados, habiéndose presentado por diversos Juzgados varias cuestiones de inconstitucionalidad por atentar a los principios constitucionales de igualdad y de tutela judicial efectiva.

La STC 181/2000 de 29 de junio ha declarado inconstitucional la limitación cuantitativa del baremo respecto de los días de baja o incapacidad temporal del perjudicado en el supuesto de culpa exclusiva del conductor por atentar al principio de tutela judicial efectiva. Esta Jurisprudencia ha tenido continuidad en la STC 242/2000 de 16 de octubre al reconocer el derecho a indemnización por lucro cesante de las víctimas. La STC 244/2000 de 16 de octubre no considera inconstitucional la no indemnización de los sobrinos de la víctima, al no haberse acreditado daños o perjuicios efectivamente ocasiona-

dos por el fallecimiento de su tía cuantificables económicamente, al margen de los que derivaran del pago de los gastos de sepelio. La STC 241/2000 de 16 de octubre ha considerado constitucional el reparto de la indemnización en función del período de duración de la relación entre el cónyuge separado y la pareja de hecho, manteniendo el trato igualitario de los hijos de ambas relaciones. La STC 21/2001 de 29 de enero permite defender la aplicación de la doctrina constitucional de una mayor indemnización también en los supuestos de lesiones permanentes y valoración de las secuelas, siempre que existan las mismas y se dé el presupuesto de la existencia de la culpa del conductor. Ahora bien, como señala la STC 37/2001 de 12 de febrero, la interpretación del baremo no corresponde al Tribunal Constitucional.

Anualmente, el baremo mencionado es objeto de actualización cuantitativa, así la resolución de 21 de enero de 2002 (BOE 26 de enero) de la DGSFP por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2002 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, debiendo indicarse que la mayor parte de la jurisprudencia menor, ausente la actividad unificadora del Tribunal Supremo, se inclina por valorar el daño de conformidad con las cifras tabulares vigentes en el momento del enjuiciamiento y no las del siniestro, habida cuenta de la configuración de la indemnización como una deuda de valor.

También es reseñable el seguro obligatorio de los explotadores de una instalación nuclear (Ley 25/64, de 29 de abril —BOE 4 de mayo—, y Reglamento 22 de julio de 1967<sup>2</sup>—BOE 18 de septiembre— por una cifra de 350 millones de pesetas (Decreto 2864/68 de 7 de noviembre, BOE del 25).

Asimismo es dable mencionar la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (BOE del 6) y Real Decreto de 21 de enero de 1994 que disciplina el seguro del cazador estableciendo un límite cuantitativo de 15 millones por víctima, incluyendo los gastos sanitarios (BOE 16 de febrero).

Otro seguro obligatorio es el de los propietarios de buques destinados al transporte de hidrocarburos en los términos previstos en el Convenio Internacional de Bruselas de 29 de mayo de 1969 (Rat. el 15 de noviembre de 1975 —BOE 8 de marzo de 1976—). Sobre los términos del seguro, cfr. la orden 4 de marzo de 1976 (BOE del 10). En el ámbito del seguro aéreo, el art. 127 Ley

Navegación Aérea (Ley 48/1960, de 21 de julio—BOE del 23 de julio—). El Real Decreto 37/2001 de 19 de enero actualiza las cuantías de las indemnizaciones (BOE 2 de febrero).

Con posterioridad a la LCS, entre los numerosos seguros obligatorios cabe citar el art. 30 de la ley 26/84 de Defensa del Consumidor, que ha sido transformado en voluntario por la Ley 22/1994, de 6 de julio, que ha recogido el principio de responsabilidad objetiva del fabricante por los daños personales, fijando un límite cuantitativo de 10.500 millones por producto defectuoso, que rara vez es objeto de seguro en los citados límites.

En la misma línea es dable mencionar el art. 157 de la Ley de Patentes 11/86, de 20 de marzo (BOE del 30) (art. 6); art. 5 de las normas reguladoras de las agencias de viajes (O.M. 14 de abril de 1988 —BOE del 22—); art. 12 de la Ley 19/88 del 12 de julio de Auditoría de Cuentas (BOE 15 de julio), R. D. de 14 de abril de 1988 (BOE del 22) sobre Agencias de Viajes, así como las normas contenidas en el R.D. 833/88, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/86 básica de residuos tóxicos, el art. 7 de la Ley 42/98 de 15 de diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (BOE 16 de diciembre), y el artículo 3.1e) de la Ley 50/99 de 23 de diciembre sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales potencialmente peligrosos (BOE 24 de diciembre), que ha sido desarrollado por el Real Decreto 287/2002 de 22 de marzo, que ha fijado como límite mínimo del seguro obligatorio la cantidad de 120.000 euros, entre otros seguros obligatorios.

También existen seguros obligatorios establecidos por Órdenes Ministeriales, tal como la O.M. de 20 de octubre de 1988 por la que se regula la manipulación y uso de productos pirotécnicos en la realización de espectáculos públicos de fuegos artificiales (BOE del 29).

En algunos de estos seguros, como en el de automóviles, del cazador o responsabilidad civil nuclear, la ausencia de contratación o la crisis de la entidad aseguradora, en caso de siniestro provoca la intervención pública del Consorcio de Compensación de Seguros, que actúa como fondo de garantía, financiado por un recargo sobre las primas.

## D) EL CONTRATO DE REASEGURO

### a) *Concepto y función económica*

El art. 77 LCS delimita al reaseguro, diciendo: «Por el contrato de reaseguro el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de las obligaciones de éste asumidas como asegurador en un contrato de seguro. El pacto de reaseguro interno, efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores, no afectará al asegurado, que podrá, en todo caso, exigir la totalidad de la indemnización a dicho asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que a éste corresponda frente a los reaseguradores, en virtud del pacto interno.»

La inclusión del reaseguro en la LCS responde a un mero deseo de encuadramiento conceptual, ya que en materia de reaseguro rige totalmente el principio de autonomía de la voluntad, como reconoce el art. 79 LCS, que declara inaplicable en la materia del art. 2 LCS.

El reaseguro cumple una función técnica ante la entidad aseguradora con la finalidad de otorgarle estabilidad ante el siniestro y robustecer su solvencia, a través de mecanismos diferentes de los típicos del derecho societario y de garantías, y generalmente a través de los mecanismos del reaseguro internacional, que encuentra en el Lloyds de Londres su máxima expresión.

Esta internacionalidad del reaseguro da carta de naturaleza a su especificidad, que inspira toda legislación española. Así ocurre en materia de control de las entidades reaseguradoras y de desarrollo de su actividad hoy día plenamente liberalizadas en el ámbito comunitario (arts. 57 y 58 LOSSP y Directiva de 25 de febrero de 1964, DOCE 25 de abril), si bien se prohíbe toda relación del reasegurador con los tomadores de seguros o de los asegurados, sin perjuicio de la colaboración de los reaseguradores con sus cedentes para la liquidación de los siniestros.

La especialidad del reaseguro se extiende también al ámbito de la mediación, existiendo en el mercado asegurador los corredores y agentes de reaseguros, aunque la normativa que los contemplaba ha sido derogada por la LMSP, que ha admitido que los corredores de seguros puedan extender su actividad al reaseguro de las mismas operaciones, de conformidad con el

programa de actuación sometido a control de la Administración Pública como requisito para la autorización de su actividad mediadora. Si bien no existe normativa, el corredor de reaseguros se caracteriza por su imparcialidad e independencia respecto a la cedente y al reasegurador, que suele ser representado por un agente de reaseguros. Esta especificidad del corredor de reaseguros hace que al mismo sea inaplicable la normativa contenida en la LMSP, debiendo aplicarse por analogía las reglas establecidas en el C. de c. para el contrato de comisión, adaptadas por los usos y costumbres existentes en materia de intermediación en el reaseguro.

#### b) *Régimen legal*

La LCS, con gran originalidad en el Derecho comparado, reconoce una acción del asegurado frente al reasegurador, siguiendo a nuestra jurisprudencia, limitada a los supuestos de liquidación voluntaria o forzosa de su asegurador, en la hipótesis de que exista un saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador-reasegurado con el reasegurador. Se trata de un privilegio especial ubicable en la estructura general de los privilegios y que protege a los asegurados frente a otros acreedores.

En el contrato entre reasegurado y reasegurador se debe concretar la forma y plazos de comunicación al reasegurador de las alteraciones y modificaciones de la suma asegurada, del valor del interés y en general de las condiciones del seguro directo, existiendo en ocasiones intromisiones del reasegurador en la gestión del siniestro de seguro directo.

#### c) *Clases de reaseguro*

Dentro de las múltiples formas del contrato de reaseguro que la práctica ha elaborado es dable distinguir entre el reaseguro facultativo o singular y el reaseguro obligatorio o por tratado. En el primer caso, se trata de un reaseguro dirigido a resolver los problemas de cobertura del riesgo de uno o varios contratos, por ejemplo, el reaseguro de una central nuclear. En el segundo caso se refiere a un conjunto de contratos de seguros predeterminados sin posibilidad de exclusión del reaseguro para ninguna de las partes, v. gr., el reaseguro del ramo de responsabilidad civil automovilística.

Desde la perspectiva del riesgo asumido por el reasegurador es dable distinguir entre el reaseguro proporcional, referido a un determinado porcenta-

je de la suma asegurada del contrato básico que es objeto de reaseguro y el no proporcional, referido a la cuantía o efectos del conjunto de siniestros sufridos por el asegurador-reasegurado durante un completo período de tiempo en relación con un conjunto predeterminado de contratos.

El reaseguro proporcional puede ser de cuota parte, en virtud del cual el reasegurador asume la obligación de indemnizar un concreto porcentaje de la deuda total que generen los siniestros que se produzcan en todos los riesgos del reasegurado comprendidos en la delimitación convenida, percibiendo también el mismo porcentaje de las primas.

Otra modalidad del reaseguro proporcional es el reaseguro de excedente, en virtud del cual el asegurador se obliga a pagar la totalidad o parte de la deuda del reasegurado a partir de que las pérdidas sufridas por éste superen una determinada cifra o umbral.

Frente al reaseguro proporcional existe el reaseguro no proporcional, el cual puede ser de exceso de pérdidas por riesgo o de exceso de siniestralidad. En el primer caso, el reasegurador, a cambio de una prima calculada específicamente, se obliga a indemnizar al reasegurado por el exceso de pérdidas que experimente como consecuencia de siniestros superiores a la cuantía prefijada o como consecuencia de un cúmulo de siniestros derivados del mismo evento.

Finalmente, en el reaseguro no proporcional por exceso de pérdidas por siniestralidad, el reasegurador se obliga a indemnizar al reasegurado por la pérdida que le suponga que el conjunto de los siniestros del ejercicio supere una cifra determinada.

## VI. TIPOS CONTRACTUALES DE SEGUROS DE PRESTACION DE SERVICIOS

El art. 1.º de la LCS permite que el asegurador realice su función social a través del establecimiento de determinados servicios que tratan de evitar la existencia del daño, al aludir en su texto a , lo que se complementa con la opción prevista en el art. 18.2 de la propia LCS, cuando establece que .

Esta figura, contemplada en el párrafo 2.º del art. 18, se corresponde de forma adecuada con la práctica contractual en el ámbito del seguro de cristales, en el que normalmente la prestación del asegurador se concreta en la reposición

del objeto siniestrado o con la praxis del seguro de daños materiales en el automóvil, en el que el asegurador satisface al taller elegido por el asegurado el coste de la reparación.

Doctrinalmente se ha establecido una categoría de seguro de daños, que presenta singularidades, en relación con los demás seguros de daños estudiados, no sólo en la valoración del interés, sino también en la mecánica operativa del seguro doble o cumulativo y en la inexistencia de subrogación del asegurador.

#### A) Los seguros de enterramiento o decesos

El seguro de enterramiento o de decesos, cuyo origen se remonta a los *Collegia funeraticia* de Roma, cuya tradición de enterrar a los asociados fallecidos fue mantenida durante siglos por las hermandades y cofradías, entre las que podemos destacar la Cofradía de la Soledad de San Lorenzo de Sevilla, en la que existe actualmente el compromiso estatutario de las exequias a los hermanos difuntos.

Hoy en día, el seguro de decesos está ampliamente extendido en la geografía hispana, con una total singularidad en el Derecho Comparado, en donde la prestación de determinados servicios (ataúd, fosa, coronas, etc.) queda fuera del ámbito del seguro. Así, la Directiva comunitaria del seguro de vida de 5 de marzo de 1979 (DOCE 13 de marzo de 1979) excluye de su ámbito en el art. 3.1: «La presente directiva no se refiere a: 1. Los organismos que garanticen únicamente prestaciones en caso de muerte, cuando el importe de estas prestaciones no exceda del valor medio de los gastos funerarios por un fallecimiento, o cuando estas prestaciones se sirvan en especie.»

En la Disposición Adicional Primera de la LOSSP se define este ramo distinto al de vida como ramo 19, diciendo:

Esta calificación como prestación de servicios provoca la alternativa de encuadrar al seguro de decesos como seguro de daños o de personas. Si atendemos a las condiciones generales existentes en el mercado se asimilan a los seguros de personas, en temas concretos como la ausencia de subrogación, la prescripción, la declaración del riesgo, etc., aunque en ningún caso estamos en un seguro de sumas como correspondería a los seguros de vida.

La prestación del asegurador, si no es factible su realización se concreta en el pago del coste medio de una prestación de servicios funerarios en el lugar para el que estaba contratado. Este coste medio es el que se toma en consideración para el cálculo de la prima del seguro, como establece el art. 79 ROSSP, si bien en el párrafo segundo añade:

En la praxis habitual, este seguro se califica de seguro de personas, especialmente a la hora de la disciplina de la prescripción, así como de la declaración del riesgo, puesto que habida cuenta del diferente coste de la prestación funeraria en los distintos municipios de España, tiene singular trascendencia la comunicación de los traslados de domicilio, así como la necesidad de traslado del cadáver al domicilio de origen, para lo que se suele establecer una cobertura complementaria de asistencia.

El art. 46 del ROSSP ha establecido una provisión técnica peculiar del seguro de decesos a la que se va a aplicar el interés técnico del seguro de vida. La Disposición Transitoria Tercera del ROSSP ha otorgado eficacia retroactiva a esta norma exigiendo la detracción del 7,5 % de las primas devengadas anualmente para la constitución de la citada provisión técnica hasta alcanzar el 150 % de las primas devengadas como garantía de las prestaciones en curso.

#### B) El seguro de defensa jurídica

En el trámite del Senado de la Ley 21/90 se incorporó por vía de enmienda una disciplina sobre el seguro de defensa, el artículo 76 a), que recoge en nuestro Derecho con cierto retraso la Directiva comunitaria 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987 (DOCE n.º L/185 de 4 de julio), sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica.

Con independencia de lo establecido en la LCS, la Disposición Adicional Tercera de la LOSSP dispone que las entidades de seguros que operen en el ramo de defensa jurídica habrán de optar por una de las siguientes modalidades de gestión:

1. Confiar la gestión de los siniestros de defensa jurídica a una empresa jurídicamente distinta.

2. Garantizar en el contrato que ningún miembro del personal que se ocupe de la gestión de asesoramiento jurídico ejerza al tiempo una actividad parecida en otro ramo.

3. Prever en el contrato el derecho de libre elección de abogado. Esta última es la opción generalmente seguida por múltiples aseguradoras.

Por otra parte, el legislador ha añadido los artículos 76 a) a g) a la Ley de Contrato de Seguro, donde se define al seguro de defensa diciendo: «Por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro.»

De la cobertura asegurativa quedan excluidos el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales.

El seguro de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato independiente, si bien el contrato podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrán de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde.

Siguiendo lo establecido en el artículo 32 del Estatuto General de la Abogacía de 24 de julio de 1982, y el artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de agosto de 1985 (BOE 2 de agosto), se consagra el principio de libre elección de abogado y procurador, que no estarán sujetos en ningún caso a las instrucciones del asegurador.

La Ley exige que la póliza recoja el derecho a la libre elección de abogado y procurador y se prevea un procedimiento arbitral para dirimir las divergencias que surjan entre asegurado y asegurador, debiendo designarse los árbitros con posterioridad al planteamiento de la controversia.

En caso de conflicto de intereses el asegurador debe comunicarlo al asegurado.

Esta disciplina no se aplica a la defensa jurídica contenida en el seguro de responsabilidad civil, ya que en este caso el asegurador se defiende a sí mismo, en cuanto que va a asumir la indemnización a las víctimas.

Tampoco se aplica a la defensa jurídica realizada por el asegurador de las asistencias en viaje, fuera del territorio de la residencia habitual del asegurado.

Finalmente, no se aplica a la defensa jurídica que tenga por objeto litigios o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas.

En la práctica habitual, este ramo de prestación de servicios viene configurado como un seguro de daños, especialmente por lo que se refiere a la declaración del riesgo y la prescripción.

### C) El seguro de asistencia en viajes y especial significado de su normativa comunitaria

La Directiva 84/641 CEE, de 10 de diciembre de 1984, reguló a escala comunitaria la denominada asistencia turística. Esta directiva debería haber sido acogida por los distintos Estados miembros antes del 1 de enero de 1988.

En Derecho español, se dictó la Orden de 27 de enero de 1988 por la que se califica la cobertura de las prestaciones de asistencia en viaje, como operaciones de seguro privado. La LOSSP, en su Disposición Derogatoria, pone fin a la vigencia del art. 3 de la misma, así como de las Disposiciones Transitorias y Finales.

Siguiendo la clasificación de ramos contenida en la Disposición Adicional Primera de la LOSSP, la asistencia se define como ramo 18 diciendo textualmente: «Asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente. Comprenderá también la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro.»

La disciplina de control se limita a exigir la posesión de los medios materiales y organizativos idóneos para el cumplimiento de las prestaciones prometidas.

Quedan fuera del ámbito asegurador la prestación de servicios profesionales, las célebres igualas, así como los contratos de abonos concertados para prestar servicios de conservación, mantenimiento y reparación, siempre que en las obligaciones que asuman las partes no figure la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable.

También están fuera de esta normativa la prestación de servicios mecánicos al automóvil realizada por los clubs automovilísticos.

En la práctica aseguradora esta cobertura se considera seguro de daños especialmente en relación con la prescripción y con la subrogación del asegurador en los supuestos de existencia de un tercero responsable del siniestro.

#### D) El seguro de asistencia sanitaria y sus diferencias con el seguro de enfermedad

Frente al seguro de enfermedad caracterizado por la existencia de pagos de sumas monetarias, prefijadas contractualmente, en los supuestos de baja por enfermedad o por intervenciones quirúrgicas, el seguro de asistencia sanitaria es un seguro de prestación de servicios a través del cual el asegurador asume la prestación de servicios médicos, sin que en principio el asegurado tenga derecho a una suma dineraria.

El seguro de asistencia sanitaria tiene una gran trascendencia en el ámbito del seguro turístico, gestionado por ASTES (Asociación privada para el desarrollo del seguro turístico español), regulado por el D. 3404/64 de 22 de octubre (BOE 2 de noviembre) y Orden Ministerial 14 de septiembre de 1966 (BOE del 27) y que se dirige a otorgar una serie de prestaciones asegurativas a los turistas que visitan nuestro país, el cual se mantiene operante a pesar de la derogación formal de la primera de las citadas Disposiciones por la Disposición Derogatoria de la LOSSP en su apartado 18.

Sobre esta modalidad asegurativa existe una importante intervención administrativa, no sólo desde el campo del seguro, sino también desde la Administración sanitaria, sobre la que existe importante competencia autonómica reconocida incluso por la LOSSP, que en la Disposición Transitoria Tercera, en el párrafo 1.º apartado d), segundo inciso, establece:

Finalmente, el artículo 105 LCS dispone: el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan. Por lo tanto, el asegurador está posibilitado para ofrecer directamente asistencia sanitaria a sus asegurados dentro de un marco reglamentariamente establecido. Esta práctica se ha consolidado en nuestro país al haber sabido compaginar la gestión de los servicios necesarios con la libertad por parte del asegurado para elegir los médicos y centros de su confianza, dentro de determinados límites, y no interferir en la relación entre el asegurado como enfermo con sus médicos.

Por otro lado, dada la naturaleza de los servicios prestados, la asunción por parte del asegurador se hace imposible, la obligación del asegurador se concreta en hacerse cargo de forma directa de la organización y del costo de la prestación de los servicios que el asegurado necesita. Únicamente en este sentido puede hablarse de asistencia, ya que en otros aspectos tal prestación ha de entenderse hecha directamente por profesionales sanitarios, y no por los aseguradores.

En la práctica, la determinación del origen de la asistencia sanitaria tiene relevancia a la hora de asumir responsabilidades en caso de negligencia médica. Si la prestación la asumiera el asegurador, las reclamaciones irían dirigidas a éste, bien por el asegurado o bien por sus herederos en caso de fallecimiento. Por el contrario, si el asegurado ha elegido médico con independencia del asegurador, la relación médico/asegurador no existe, por lo que el asegurador se vería exento de responsabilidad, recayendo ésta únicamente en el profesional sanitario que incurrió en culpa o negligencia.

Finalmente, aunque la prestación del servicio se haga por personal sanitario, en último extremo viene garantizada por el asegurador, que debe establecer compensaciones monetarias cuando la realización del servicio no haya sido correcta al amparo del art. 18 LCS.

En las condiciones generales se suele configurar este seguro como de personas, especialmente en el supuesto de declaración del riesgo y en relación con la prescripción, siendo especialmente conflictiva la posibilidad de denuncia del contrato al vencimiento por el asegurador con dos meses de preaviso, puesto que puede significar la falta de aseguramiento de concretas enfermedades crónicas, por lo que sería conveniente una intervención legislativa que impidiera esta denuncia unilateral.



En la materia deportiva, la Ley del Deporte 10/90, de 15 de octubre (BOE 17 de octubre), en su artículo 59 ha establecido el aseguramiento obligatorio de la asistencia sanitaria. Esta Ley estatal ha sido seguida por diversa normativa autonómica. Así, la Ley de Aragón de 16 de marzo de 1993 (BOE 28 de abril), la de Murcia de 16 de julio de 1993 (BOE 10 de diciembre) y la de Valencia de 20 de diciembre de 1993 (BOE 1 de febrero). El Real Decreto 849/93 de 4 de junio ha determinado las prestaciones mínimas del Seguro Obligatorio Deportivo (BOE 23 de junio).

## INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

- Alarcón Fidalgo, J. y otros: *Lecciones sobre el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, 1989.
- Alonso Soto, R., *El Seguro de la culpa*, Madrid, 1977.
- Angulo, L., *La liquidación del daño en los seguros de daños*, Barcelona, 1989.
- , t. III, *Estudios Menéndez*, Madrid, 1996.
- Angulo Rodríguez, L., de, *La desnaturalización del reaseguro tradicional*, Sevilla, 1996.
- Baillo y Morales-Arce, J., *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*, Bolonia, 2000.
- Barrero Rodríguez, E., *El Consorcio de Compensación de Seguros*, Valencia, 2000.
- Barres Benloch, P., *Seguro de caución: garantía personal o modalidad aseguradora*, Madrid, 1993.
- *Régimen jurídico del seguro de caución*, Pamplona, 1996.
- Barrón de Benito, J. L., *El baremo de daños corporales. Materiales para la valoración de su cuestionada constitucionalidad*, Madrid, 1998.
- Bataller Grau, J., *La liquidación del siniestro en los seguros de daños*, Valencia, 1997.
- *El seguro múltiple*, Valencia, 1998.
- Bonet Armengol, F. y Reyes Lasús, L., *El seguro en el comercio internacional*, Barcelona, 1994.
- Borobia Fernández, C., *Valoración de daños personales causados en los accidentes de circulación*, Madrid, 1996.
- Brel Pedreño, A., *La cesión del objeto asegurado*, Madrid, 1996.
- Calzada, A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983.
- Candelario Macías, M. I., *Seguro de crédito y práctica concursal*, Madrid, 1999.
- Clavero Temero, M. F., —n\_directa\_del\_perjudicado\_contra\_el\_asegurador\_de\_responsabilidad , *Colección Jurisprudencial Práctica*, n.º 99, Madrid, 1995.
- Cortés, L. J., *Póliza flotante y seguro de abono*, Zaragoza, 1984.
- , *RES* 1981, págs. 425 y ss.
- Fernández del Moral Domínguez, J. F., *El seguro de responsabilidad civil de administradores y actos directivos de la Sociedad Anónima*, Granada, 1998.
- Galán Cortés, J. C., , *La Ley*, 5096 (2000), págs. 1 y ss.
- Gómez Calero, J., *Los derechos de reintegro del asegurador*, Barcelona, 1988.
- González-Haba Guisado, J. M., *El seguro obligatorio del automóvil al desnudo*, Cáceres, 1991.
- Hill Prados, M.ª C., , *Estudios Broseta*, t. II, Valencia, 1995.
- *El reaseguro*, Barcelona, 1995.
- Iglesias Prada, J. L., , *RES*, 65 (1991), pág. 47 y ss.
- Jaramillo J., C. I., *Distorsión del reaseguro tradicional. Su problemática actual*, Bogotá, 1999.
- La Casa García, R., *La mora del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 2000.
- Latorre Chiner, N., *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*, Granada, 2000.
- Martí Sánchez, J. N., *El seguro de asistencia en viaje*, Barcelona, 1989.
- Medina Crespo, M., *El seguro obligatorio de automóviles. Cuestiones básicas. Principios y límites, compensación de culpas*, Madrid, 1994.
- *La valoración legal del daño corporal*, Madrid, 1997.
- , t. I, *Los fundamentos*, Madrid, 1999.
- *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, tomo I: , Madrid, 1999; tomo II: «La tipología general de los criterios judiciales, Madrid, 1999; tomo III, vol. 1: , Madrid, 1999; tomo III, vol. 2: , Madrid, 2000; tomo IV, , Madrid, 2000; tomo V, , Madrid, 2000; tomo VI, , Madrid, 2000.
- *La bendición constitucional del baremo. Razones y consecuencias*, Madrid, 2000.
- Medina Crespo, M. y otros, *Valoración de los daños corporales, el sistema de la Ley 30/95*, Madrid, 1998.
- Morillas Jarillo, M. J., *El seguro del automóvil: el seguro obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, Barcelona, 1992.
- Morral Soldevila, R., *El seguro de crédito*, Madrid, 2002.

- Muñoz Paredes, J. M., *El coaseguro*, Madrid, 1997.  
 Muñoz Paredes, M. L., *El seguro a valor nuevo*, Madrid, 1998.  
 Olivencia, M., *Rev. Der. Circ.*, 1985, págs. 295 y ss.  
 Olmos Pildán, A., *El Seguro de Defensa Jurídica*, Pamplona, 1997.  
 Perán Ortega, J., *La responsabilidad civil y su seguro*, Madrid 1998.  
 Pintos Auger, J., *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Madrid 2000.  
 Reglero, F., *Accidentes de circulación. Responsabilidad Civil y Seguro*, Madrid, 1990.  
 Rivero Alemán, S., *Seguro turístico y de asistencia en viaje*, Barcelona, 1998,  
 Ruiz Sánchez, J. L., *El peritaje en el seguro privado*, Madrid 1985.  
 Sabater Bayle, E., *El baremo para la valoración de los daños personales*, Pamplona, 1998.  
 Sánchez Calero, F., *RES*, 1987, n.º 49, págs. 27 y ss.  
 —, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 1996, n.º 9, págs. 69 y ss.  
 Soto Nieto, F., *La Ley 3.188* (1992), págs. 1 y ss.  
 Sotomayor, J. M., *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1.653 (1990), págs. 33 y ss.  
 Tirado Suárez, F. J., *RES*, 1986, núms. 47-48, págs 267 y ss. y 1987, n.º 49, págs. 69 y ss.  
 —, t. III, *Estudios Broseta*, Valencia, 1995.  
 —, *La reforma de la legislación en materia de seguro de responsabilidad civil automovilística por la Disposición Adicional Octava de la LOSSP*, Madrid, 1995.  
 —, *Noticias Jurídicas*, junio 1997, n.º 18.  
 —, *Derecho Privado y Constitucional*, 2000 n.º 14, págs. 301 y ss.  
 —, *Derecho Privado y Constitucional*, 2001 n.º 15 pags. 331 a 380.  
 Varios, *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Madrid, 1997.

## LAS CLÁUSULAS DE COOPERACIÓN Y CONTROL EN LOS CONTRATOS DE REASEGURO.

Análisis. Problemas Jurídicos que Presenta su Aplicación.

Juan Achurra Larraín, (Q.E.P.D.)  
 Abogado  
 Presidente Honorario de Aida Chile

Osvaldo Contreras Strauch  
 Abogado  
 Vice-Presidente de Aida Chile  
 Profesor de Derecho Comercial Universidad Diego Portales

### 1.- INTRODUCCION: EL PRINCIPIO DE COMUNIDAD DE SUERTE EN EL REASEGURO. VARIACION DE SUS CARACTERISTICAS ORIGINALES POR LA INTRODUCCION DE CLAUSULAS DE COOPERACION Y CONTROL.

Uno de los principios básicos en los que ha descansado tradicionalmente la estructuración jurídica y la operatoria comercial del reaseguro es el llamado principio de comunidad de suerte o de "seguir la fortuna"<sup>1</sup>, el que, en términos esquemáticos significa, que el reasegurador participa de los mismos resultados, positivos o negativos, a que esta expuesto el asegurado en virtud del seguro directo. Asimismo, de acuerdo a dicho principio, el asegurado dispone libremente de la gestión de sus negocios y decide sobre el ajuste o liquidación de siniestros, aceptándolos, rechazándolos o llegando a soluciones amistosas o de compromiso.

Es tal su arraigo en la doctrina, que universalmente es conocido como un elemento de la naturaleza de todo contrato de reaseguro, es decir, de aquellos que naturalmente se entienden pertenecerles, sin necesidad de estipulación alguna, de modo que, al contrario, para no darle aplicación se requiere de un pacto expreso. Sin embargo, normalmente los contratos llamados "automáticos" tienen una cláusula que expresa formalmente el principio de la comunidad de suerte, pero, insistimos, aún cuando dichos contratos no la lleven incluida, se entiende pertenecerles.

<sup>1</sup> En idioma inglés, en general, "follow the fortune", y aplicada exclusivamente a transacciones de reclamos, "follow the settlement".

De hecho, el desarrollo y crecimiento de toda la industria del seguro a nivel mundial se apoyó en dos principios que se elevaron a la categoría de verdaderas máximas en el comercio y el derecho de seguros y de reaseguro. Uno de ellos es el principio de máxima buena fe ( conocido mundialmente por la expresión latina “uberrima bona fides”, o la inglesa: “upmost good faith”), aplicable a todo el comercio de seguros y reaseguros y el principio de comunidad de suerte, aplicable fundamentalmente a éste último ( universalmente conocido por la expresión inglesa “follow the fortune”).

Hasta hace poco, entonces, la gestión del asegurador directo y las decisiones y medidas que el adoptaba en tal calidad obligaban al reasegurador sin que le correspondiera a éste intervenir en tales gestiones y ello casi sin excepciones.

Caracterizando esa época, Jack Scott se:

“Los tratados de reaseguros no se desarrollaron sobre la base de la desconfianza sino en el sentido de que ambas partes podían desarrollar una relación honorable y rentable. Históricamente la industria ha descansado sobre los principios básicos de “máxima buena fe” y de “seguir la fortuna” ( o comunidad de suerte ). El concepto de seguir la fortuna se originó al comienzo de la historia del seguro. En esa época los aseguradores convenían compartir las ganancias o pérdidas de los comerciantes a medida que ellos expandían su comercio alrededor del mundo. A pesar que el uso de la cláusula seguir la fortuna, puede rastrearse desde hace mas de un siglo atrás, continúa generando considerables discusiones en los contratos de hoy.”<sup>2</sup>

Un ejemplo de cláusula de un contrato de reaseguro en el que se da aplicación al principio de comunidad de suerte o seguir la fortuna es el que sigue:

*“La responsabilidad del reasegurador surgirá simultáneamente con la de la compañía reasegurada y todas las cesiones al reasegurador a virtud de este convenio estarán sujetas en todo respecto a los mismos riesgos, términos, condiciones, interpretaciones, apreciaciones, exclusiones, modificaciones y alteraciones que el respectivo contrato de seguro emitido por la compañía a quien tales cesiones correspondan, siendo la verdadera intención de éste convenio que el reasegurador, en cada caso al que este acuerdo se apliquen las proporciones especificadas, siga la suerte de la compañía respecto a los riesgos que la compañía haya aceptado bajo pólizas de seguro o reaseguros.”*<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Scott, Jack, en “Reinsurance Contract Wording”, edición 1996, pag. 583. Traducción de los autores.

<sup>3</sup> Jhon F. Langen, en “Reinsurance Contract Wording”, pag. 584

Sin embargo, ello no quiere decir que el asegurador directo pueda hacer lo que quiera, de un modo negligente y arbitrario y sobre todo, no lo habilita para que en el proceso de liquidación de siniestros, que es la ocasión mas importante, pueda asumir compromisos, reconocer obligaciones o pagar indemnizaciones que estén fuera de la cobertura contratada, porque ello sería, a su vez, constitutivo de incumplimiento grave de sus obligaciones para con el reasegurador, emanadas precisamente del contrato de reaseguro.

Por lo tanto, nunca han sido oponibles al reasegurador, por ejemplo, los compromisos contraídos o las indemnizaciones pagadas por mera liberalidad - ex gratia - a menos que aquel consienta expresamente en ellos.

Conviene aclarar, en todo caso, que el tradicional derecho del asegurador al manejo de los negocios proviene mas de una conveniencia comercial que de una necesidad legal objetiva. En otros términos, la cláusula “Follow the fortune” devino en cláusula de la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro, no por imperativos propios de la ciencia jurídica, sino porque así organizaron su negocio quienes lo practicaban. En efecto, la cláusula refleja los intereses del asegurador que, de esta manera, es capaz de mantener la libertad que necesita para emitir y administrar las pólizas de seguros y manejar las respectivas reclamaciones sin temor a que el reasegurador retire la cobertura de reaseguros que necesita para sostener sus negocios. Al mismo tiempo, el reasegurador esta relevado de una dirección cuidadosa que difícilmente sería capaz de llevar a cabo ya que, debido a la naturaleza y localización de sus negocios, difícilmente sería capaz de supervisar.

Por consiguiente, el derecho del asegurador a la dirección de los negocios representa un componente importante de las relaciones en el reaseguro y puede considerarse como una costumbre del reaseguro internacional generalmente aceptada. En términos generales, comprende a tres cuestiones distintas:

- Primero, la selección de riesgos y la emisión de la póliza original.. Bajo las condiciones estipuladas en un contrato de reaseguros , el asegurador cedente puede decidir libremente con quien, o a que condiciones o primas, está dispuesto a suscribir el seguro.

- Segundo, la administración de la póliza original. Esto abarca todas las negociaciones y estipulaciones contractuales y las medidas tomadas por el asegurador durante el periodo de vigencia de la póliza, es decir, los primeros y

los principales cambios y las enmiendas a las condiciones de la póliza de naturaleza jurídica ( por ejemplo un aumento en la suma asegurada, una disminución de la prima, la elaboración apropiada de las condiciones y términos generales) o material (por ejemplo la aceptación por el asegurador, de un aumento de la exposición al riesgo).

- Tercero, el manejo de las reclamaciones que, evaluadas las tres cuestiones en conjunto, con todas sus implicancias, constituye quizás, el aspecto mas importante tanto para el asegurador porque afecta tanto a su derecho a la dirección como a su patrimonio y para el reasegurador, fundamentalmente por lo último, es decir, porque involucra directamente su patrimonio.

El derecho del asegurador a manejar las reclamaciones independientemente le autoriza para aceptar, decidir y rechazar la indemnización de una reclamación, liquidar un siniestro por compromiso, optar por una acción judicial, aplicar pericias u otras formas para la justificación del valor de una indemnización y repetir contra terceros por el derecho de recobro. En tales derechos no cabe subrogación para el reasegurador..

En todo caso, siempre, aún en los reaseguros tradicionales fundados en la cláusula "Follow the fortune", la obligación del reasegurador de seguir las acciones del asegurador queda sin efecto cuando el asegurador viola las normas de una prudente dirección en los negocios, ya sea por un manejo mal intencionado o por negligencia, violando así la obligación de proteger los intereses de su reasegurador. Por consiguiente la obligación del reasegurador a seguir las acciones del asegurador permanece inalterada - y su responsabilidad sin disminución - cuando el asegurador obra correctamente o cuando las eventuales violaciones de las normas sobre prudente dirección en los negocios, es leve, o, en otros términos, solo ligeramente descuidada.

Pero los tiempos en que ésta era la forma principal - casi la única - en que se concebía al reaseguro, han pasado, hasta el punto que, refiriéndose a las relaciones que tradicionalmente vinculaban a aseguradores y reaseguradores, una obra moderna las juzga así:

"Los convenios de reaseguro en el pasado eran frecuentemente redactados descuidadamente y no cubrían totalmente los procedimientos relativos a la intervención y cooperación en reclamos entre el reasegurado y el reasegurador.

Esta clase de contratos eran mas correctamente llamados como "acuerdos de caballeros". Sin embargo en el mundo real de hoy día donde prevalece una atmósfera totalmente legal, los contratos y tratados de reaseguro son mas precisos y proveen tanto la intervención y cooperación entre las partes del reaseguro."<sup>4</sup>

Por obra de los cambios operados en los últimos años, el tradicional principio de comunidad de suerte en el reaseguro, reconoce hoy día, entonces, excepciones, por la vía de las estipulaciones contractuales y las que mas comúnmente se usan para alterarlo son las llamadas "cláusulas de control y cooperación de siniestros".

Mediante ellas se otorgan al reasegurador, bajo múltiples formas de redacción contractual, derechos a participar en el proceso de liquidación, no tanto respecto del contrato de seguro directo, en el cual no pueden intervenir, porque los reaseguradores no son parte, sino respecto de los efectos que la liquidación o ajuste del siniestro tiene en el contrato de reaseguros.

Existen diversos textos de cláusulas de cooperación de siniestros pero lo medular de todas ellas es que por ella se otorgan al reasegurador dos facultades:

- 1) La de cooperar con el asegurador directo en la defensa o liquidación de cualquier reclamo, cooperación que puede adoptar las más diversas formas y extensión; y
- 2) La de consentir o aceptar previamente la liquidación del siniestro como condición para que surja a su respecto la obligación de pagar la indemnización del reaseguro.

La cláusula es de mucha trascendencia, principalmente para los aseguradores directos, porque en la legislación de todos los países existen normas similares a aquella que consagra el Código de Comercio de Chile, cuyo artículo 523 inciso segundo prescribe que "el reaseguro no extingue las obligaciones del asegurador ni confiere al asegurado acción directa contra el reasegurador".<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Strain, en "Reinsurance Contract Wording", edición 1996, pag. 592.

<sup>5</sup> Aún mas, el art. 26 del DFL 251, Ley Orgánica del Comercio de Seguros en Chile señala que "el reaseguro no altera en nada el contrato celebrado entre el asegurador directo y el asegurado y su pago, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro".

Las cláusulas de cooperación se usan normalmente en los reaseguros facultativos, en los ramos de responsabilidad civil y, en general, en todos aquellos en que la participación económica del reasegurador es muy importante.

En los contratos automáticos casi nunca existen cláusulas de control, lo que significa que estos son liquidados libremente por el asegurador directo.

Pero si se está introduciendo en ellos, cada vez con mas frecuencia y profundidad, las cláusulas de mera cooperación de siniestros, que contemplan la ayuda del reasegurador en diversos puntos de interés mutuo.

La excepción a ésta regla se da respecto de siniestros de elevado monto o cuando la participación del reasegurador es muy superior a la del asegurador directo, lo que llega a su máxima expresión en los casos de la operación denominada "fronting".

Como es sabido, en general se entiende por "Fronting", "un convenio por el cual un asegurador emite una póliza sobre un riesgo por y a pedido de otro u otros aseguradores con la intención de pasar la totalidad del riesgo por vía de reaseguro a el otro u otros reaseguradores. Un convenio de este tipo puede ser ilegal si el propósito es eludir las normas reguladoras del comercio de seguros"<sup>6</sup>

En el texto que sigue a continuación, examinaremos con mayor detalle la institución de las cláusulas de cooperación y control en el reaseguro, la evolución que han ido experimentando y los problemas jurídicos que ha presentado su aplicación.

## 2.- ANTECEDENTES GENERALES SOBRE LA REGULACION JURIDICA DEL COMERCIO DE SEGUROS Y REASEGUROS.

El comercio de seguros está sometido en Chile - y en la mayor parte de los países - a una reglamentación estricta por parte del Estado, y a un control especializado que ejerce, en el caso de este país, un servicio público denominado Superintendencia de Valores y Seguros.

Esto es así por cuanto el legislador chileno ha considerado que en el comercio de seguros están comprometidos intereses generales de la sociedad, y no sólo los de las partes directamente involucradas en un determinado contrato o póliza.

<sup>6</sup> Strain, Ob. Cit., pag. 654.-

Son muchas las disposiciones legales y reglamentarias que expresan el carácter imperativo de las normas que rigen el contrato de seguros y el comercio asegurador. Podemos mencionar que, por ejemplo, la actividad aseguradora y reaseguradora está restringida a determinadas personas y el mismo contrato de seguros, por regla general, sólo puede suscribirse en base a pólizas cuyos textos y cobertura han sido previamente registradas ( de hecho aprobadas ) por la Superintendencia de Valores y Seguros.<sup>7</sup>

Pero, específicamente, en esta oportunidad nos interesa detenernos en analizar la problemática jurídica ( y la práctica comercial), generada por las cláusulas de los contratos de reaseguro contemporáneo, que tienden a entregar a los reaseguradores una participación directa en el cumplimiento del contrato de seguros cuyas partes, obviamente, son el asegurador cedente y el asegurado.

A continuación, citaremos un ejemplo de una cláusula de cooperación y luego una de control, haciendo presente que hay múltiples textos en el mercado internacional y de que frecuentemente se presentan en versiones en las que se contemplan ambos derechos a la vez, con mayor o menor grado de facultades para el reasegurador:

### - Ejemplo de una cláusula de cooperación de una compañía:

*"La compañía proporcionará al reasegurador copia de sus pólizas o todos sus endosos que de alguna manera afecten este contrato. A petición del reasegurador la compañía pondrá a su disposición y el reasegurador tendrá el derecho, a toda hora razonable, en las oficinas de la compañía o en cualquier otra parte mutuamente convenida a inspeccionar todos los libros registros y papeles de la compañía que en cualquier forma correspondan al presente contrato de reaseguros, incluyendo pero no limitado a los que están en conexión con los reclamos de indemnización."*<sup>8</sup>

### - Ejemplo de una cláusula de control:

*"a) La compañía conciente que investigará prontamente y transará o defenderá todos los reclamos de indemnización que afecten las pólizas reaseguradas por este contrato y que notificará al reasegurador prontamente de cualquier evento o circunstancia que la compañía razonablemente crea que puede resultar en un*

<sup>7</sup> Por supuesto que el control se ejerce sobre el texto de las llamadas "condiciones generales" de las pólizas, es decir, aquellas que, incluyendo la posibilidad de cláusulas alternativas también sujetas a registro, siempre van incluidas en el texto de las pólizas de un determinado ramo.

<sup>8</sup> Tobin, Thomas. Los Contratos Facultativos. En "Reinsurance Contract Wording", edición 1996, pag. 437. Traducción de los autores.

reclamo contra el reasegurador. Además, la compañía se compromete a enviar al reasegurador copias de tales peticiones e informes de investigación pertinentes al reclamo tan pronto sea requerida por el reasegurador.

B) El reasegurador tendrá el derecho de asociarse, a su propia costa, con la compañía en la defensa o control de cualquier reclamo, demanda o procedimiento que envuelva o pueda involucrar el reaseguro y la compañía y el reasegurador convienen en cooperar en cada aspecto en la defensa y control de cada uno de esos reclamos, demandas o procedimientos.

c) Una vez recibida por el reasegurador prueba suficiente del pago de una pérdida cubierta por este contrato de reaseguro, el reasegurador reembolsará prontamente a la compañía por su proporción de la pérdida y de los gastos, sujeto a los Convenios de Reaseguro y sus Condiciones.

d) El término "pérdida", significará solamente los montos realmente pagados por la compañía por concepto de transacciones de reclamo o el cumplimiento de fallos y sentencias. El término pérdida no incluirá los gastos de las pérdidas.

e) La responsabilidad del reasegurador por su proporción de una pérdida incurrida por la compañía será determinada como sigue: 1.- si el presente reaseguro es de exceso de pérdida, el reasegurador será responsable por su proporción de exceso de una pérdida después de aplicar la retención de la compañía y cualquier reaseguro de exceso o prorratea que redunde un beneficio del reasegurador; 2.- si el presente reaseguro es proporcional, el reasegurador será responsable por su proporción de pérdida después de la aplicación de cualquier reaseguro exceso o prorratea que redunde en beneficio del reasegurador.

f) El término "gastos de la pérdida" significará todos los gastos incurridos en la investigación, ajustes, transacción o litigio de reclamos, fallos o sentencias, incluyendo las remuneraciones y gastos de los ajustadores de la compañía, pero excluyendo los gastos de oficina de la compañía y los salarios y gastos de todos los otros empleados de la compañía.<sup>9</sup>

g) La responsabilidad del reasegurador por su proporción en los gastos de la pérdida incurridos por la compañía será determinada como sigue: 1.- si el presente

<sup>9</sup> El texto comprende la posibilidad tanto de que los ajustadores sean empleados dependientes o independientes de la compañía.

reaseguro es de exceso de pérdida la proporción del reasegurador en los gastos de la pérdida será en la misma equivalencia que su participación en la pérdida misma;

2.- si el presente reaseguro es proporcional, la proporción del reasegurador en los gastos de la pérdida será equivalente a los límites de responsabilidad del reasegurador en la póliza reasegurada.

h) La compañía pagará o acreditará al reasegurador con su proporción de los salvatajes (por ejemplo recuperos o reembolsos hechos u obtenidos por la compañía), después de deducido el costo de obtener tales salvatajes. El costo de obtener salvatajes incluirá sueldos y gastos del staff de ajustadores de la compañía pero excluirá los gastos de oficina o sueldos y gastos de todo otro empleado de la compañía. Si el presente seguro es de exceso de pérdida el salvataje será aplicado en orden inverso al de la correspondiente responsabilidad; en otras circunstancias el salvataje será repartido proporcionalmente.<sup>10</sup>

La sección relativa a reclamos de indemnización (de los contrato de reaseguro facultativo) contienen un lenguaje similar a los encontrados en los tratados de reaseguro, obligando a la compañía a hacer todo el trabajo rutinario relativo a los siniestros y mantener informado al reasegurador. La sección aviso, en el comienzo del párrafo del ejemplo señalado precedentemente requiere atención. Generalmente la doctrina jurídica ha desarrollado la tesis de que si no hay pronto aviso del reclamo por un asegurador a la compañía de seguros, la compañía de seguros tiene el derecho de rechazar el pago, dependiendo de si el reclamo o la falta de aviso sean perjudiciales para la posibilidad del asegurador de investigar y defenderse de los reclamos. Lo mismo no es necesariamente verdad entre una compañía cedente y un reasegurador, pues, aún en un estado donde un asegurador debe demostrar perjuicios, un reasegurador puede denegar exitosamente la cobertura basado solamente en la tardanza del aviso sin demostrar perjuicios. Para estar seguros que la compañía está consciente de la importancia de un pronto aviso el reasegurador, éste insistirá en que el contrato diga "es condición precedente a la cobertura bajo el contrato de reaseguro, que la compañía cedente notifique prontamente al reasegurador de cualquier evento o circunstancia que pueda resultar en un reclamo contra el reasegurador".<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Thomas Tobin, en "Reinsurance Contract Wording", pag. 437-439

<sup>11</sup> Tobin, Thomas. Ob. Cit, pag. 437.

### 3.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE REASEGURO.

Partiendo por definir la institución en su sentido original, Gerathewohl expresa que... "los tratadistas sobre la materia y la práctica en Alemania y en el mundo, coinciden en que un contrato para transferir el riesgo desde un asegurador hasta el reasegurador es un contrato de seguros en el verdadero sentido de la palabra."<sup>12</sup>

En general, en el Derecho de Seguros la doctrina no discrepa al respecto, como se ve de las opiniones que se citan a continuación.

Para Uría, "el reaseguro es una modalidad del seguro que cubre el riesgo que asumen los aseguradores al estipular los contratos de seguro directo con sus clientes. Su finalidad es resarcir el daño patrimonial que experimenta el asegurador directo al producirse el evento que obliga a indemnizar a su asegurado. Es, por tanto, el reaseguro - como el seguro de responsabilidad civil - un seguro que cubre el riesgo de que nazca una deuda."<sup>13</sup>

Queda aquí plenamente enmarcado el contrato, dentro de la categoría de seguros de daño patrimonial que le asigna unánimemente la doctrina universal.

Baeza decía en 1967, que ... "si a algún contrato puede asimilarse el reaseguro, es, precisamente al seguro mismo. En efecto, el asegurador directo, mediante el reaseguro, se pone a cubierto de su propia responsabilidad financiera; se resguarda en su patrimonio total." Y concluía por catalogarlo como perteneciente al ramo de los seguros de responsabilidad civil.<sup>14</sup>

En ésta misma obra, revisada en 1994 por uno de los autores de ésta ponencia se cita al mismísimo Antígono Donati, que lo define como "un seguro con el cual, dentro de los límites del contrato, el asegurador se cubre, a su vez, del riesgo asumido; es decir, se asegura contra el daño que puede repercutirle por la realización del riesgo que ha reasegurado."<sup>15</sup>

<sup>12</sup> "Reaseguro, teoría y práctica", Klaus Gerathewohl., Publicado por Reaseguros Gil y Carvajal S.A., España, 1993, pag.434.

<sup>13</sup> Rodrigo Uría. "Derecho Mercantil". 19a Edición, Marcial Pons Editores, 1992, pag. 740.-

<sup>14</sup> Sergio Baeza Pinto, "El Seguro". Primera Edición, 1967, Editorial Jurídica de Chile, Pag. 143.

<sup>15</sup> Juan Achurra Larraín. Versión revisada por el de la obra de S. Baeza. Editorial Jurídica de Chile, 1994, pag., 124.

Con la concisión propia de quienes tienen las cosas claras Donati expresa que... "el reaseguro es, por tanto, un seguro contra la aparición de un débito."<sup>16</sup>

Garrigues señala que ... "el reaseguro se propone reducir para el asegurador, las consecuencias del riesgo, cuando así lo exige el riesgo y la explotación conforme al plan. Es un contrato en el que el asegurador superpone a su contrato otro contrato de seguro y lo hace para asegurarse el mismo contra las consecuencias de aquel contrato."<sup>17</sup>

Para Broseta Pons, describiéndolo de acuerdo al art. 77 de la LCS<sup>18</sup> .. "El contrato de reaseguro puede definirse como el seguro que presta cobertura contra el nacimiento de una deuda sobre el patrimonio del asegurador, a consecuencia de la obligación de indemnizar que puede surgir de un contrato de seguro por él estipulado" y agrega que "es un seguro contra daZos y dentro de ellos, de los que protegen el patrimonio (del asegurador-reasegurado) contra el nacimiento de una deuda de origen contractual".<sup>19</sup>

Por último, para Sánchez Calero, el reaseguro es .. "una modalidad del seguro contra el nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador como consecuencia de un contrato de seguro anterior estipulado por él".<sup>20</sup>

Nosotros hemos dicho que el reaseguro es un contrato de seguro concertado por el asegurador con otra parte denominada reasegurador, obligándose ésta última a restituirle a la primera, el todo o parte de las indemnizaciones que aquella deba pagar en razón de sus contratos de seguro directo, a cambio de una retribución convenida, consistente en el total o parte de las primas percibidas, menos la comisión del reaseguro.

"En efecto en el reaseguro se distinguen todos los elementos y características del seguro y así tenemos que el asegurador directo es el asegurado en el contrato de reaseguro; el riesgo es la eventualidad de que dicho asegurador

<sup>16</sup> Antígono Donati. "Los Seguros Privados", Bosch, 1960, pag. 426.

<sup>17</sup> Joaquín Garrigues, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo IV, pag 347. Editorial Temis, Colombia, 1987.

<sup>18</sup> Ley Española sobre Contrato de Seguro.

<sup>19</sup> Manuel Broseta Pons, "Manual de Derecho Mercantil", Tecnos, 8a. Edición, pags. 540,541.

<sup>20</sup> Fernando Sánchez Calero, "Instituciones de Derecho Mercantil", Editorial Revista de Derecho Privado, 15a. Edición, 1991, pag. 588.

directo deba pagar la indemnización de un siniestro del ramo respectivo y el reasegurador es quien desempeña en éste contrato el rol de asegurador.”<sup>21</sup>

#### 4.- LAS CLAUSULAS DE COOPERACION Y CONTROL.

Por razones que conoce muy bien el mercado asegurador, es un hecho que en los últimos tiempos viene siendo cada vez más común en los reaseguros que suscriben las compañías aseguradoras se incluyan las denominadas Cláusulas de Cooperación y Control de reclamos a las que se refiere el presente trabajo.

Esas causas son, por una parte, los malos resultados financieros que han experimentado en el transcurso de los últimos años las más importantes empresas y mercados de reaseguro del mundo y por otro lado, la tendencia, cada vez más fuerte, de someter todos los negocios del seguro a un estricto marco legal y financiero.

La relevancia de éstas cláusulas es tal, que se ha puesto en abierta contraposición con la forma en como se manejaban las cosas bajo el imperio del viejo principio de “seguir la fortuna”, como queda de manifiesto en el caso que a continuación se expone:

*Caso American Insurance Company v. North American Company for Property and Casualty Insurance.*

Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América. Fallo dictado en primera instancia el 04 de marzo de 1982, redactado por el Juez de Circuito Newman.

Resumen del caso:

Durante la década del '70 América Insurance Company (AIC) demanda a North American Company (NACPAC) por concepto de un reaseguro que cubría a una póliza emitida por AIC en favor de Dow Chemical Company por la responsabilidad civil emanada de daños que Dow llegara a estar legalmente obligada a pagar. El 15 de julio de 1977 una Corte Estatal de Minnesota condenó al asegurado al pago de perjuicios compensatorios y punitivos a raíz de daños causados por un incendio en un edificio aislado con “styrofoam”, un producto

<sup>21</sup> Osvaldo Contreras Strauch, “Derecho de Seguros”, Imprenta Camilo Henríquez, Santiago de Chile, 1982, pag 156.

de Dow. Mientras la sentencia de Minnesota estaba en apelación, AIC transó un número de casos relativos al styrofoam incluyendo el caso de Minnesota y acto seguido requirió que NACPAC hiciera efectivo el reaseguro y le reembolsara la proporción correspondiente por el caso de Minnesota. NACPAC se rehusó y AIC la demandó.

En la Juzgado de Distrito, NACPAC se defendió sosteniendo que la póliza de seguros emitida por AIC en favor de Dow y por lo tanto el contrato de seguro de NACPAC no cubría daños punitivos en contra de Dow por negligencia y consecuentemente, que la transacción aceptada por AIC había compensado a Dow por daños excluidos del seguro. El juzgado de distrito aceptó esta interpretación y rechazó la demanda de AIC.

Elevado el proceso en apelación a la Corte, AIC pide que se tome en cuenta que el 15 de diciembre de 1971 emitió un memorandum adicional a la póliza por el cual desde esa fecha había cubierto las circunstancias en las cuales el demandante podría ser responsable frente a sus asegurados por daños punitivos cuando la póliza de responsabilidad guardara silencio sobre esta materia, de modo que debe entenderse de que la póliza de Dow debe interpretarse de acuerdo a los términos de dicho memorandum. AIC reclama además que aun si la póliza de Dow hubiese excluido de cobertura las sentencias por conceptos de daños punitivos, la cláusula “follow the fortune” del contrato de reaseguro obligaría a NACPAC a reembolsar a AIC por el acuerdo suscrito en el caso Dow. Esa cláusula establece que “todos los reclamos que envuelvan este reaseguro cuando sean transados por la compañía serán vinculantes para el reasegurador”.

NACPAC respondió diciendo que la cláusula de “seguir la suerte” obliga al reasegurador solamente cuando el reasegurado transa un reclamo cubierto por la póliza correspondiente, pero no cuando el reasegurador hace un pago ex gratia fuera del marco de esa póliza.

La sentencia del juzgado de distrito fue confirmada, por consecuencia del razonamiento que sigue:

El desacuerdo entre AIC y NACPAC refleja la tensión inherente entre las cláusulas de seguir la suerte y las limitaciones de responsabilidad de los reaseguradores. En algunos casos en los cuales hay una ambigüedad genuina sobre que es lo que cubre una transacción, la cláusula de seguir la suerte puede



obligar al reasegurador a contribuir a una transacción, aun cuando pueda abarcar items excluidos. AIC reclama que tal ambigüedad existe en este caso. Controvierte que haya entrado en una transacción a causa de la sentencia del jurado de Minnesota que concedió daños punitivos, sino por una variedad de razones comerciales válidas incluyendo el temor a que la sentencia por daños compensatorios y punitivos pudiera incrementarse como resultado de la apelación. Sobre la base de estos hechos y consideraciones, la corte rechaza el reclamo de AIC y confirma el fallo de primera instancia. Esta claro que la transacción aquí fue destinada, primariamente, para compensar a Dow por un daño punitivo que esta excluido de la póliza de reaseguro. Como el Juzgado de Distrito lo resolvió, bajo estas circunstancias sería injusto para NACPAC mantenerse responsable por daños mas allá de la cobertura de su contrato de reaseguro".<sup>22</sup>

Como un modo de armonizar lo dispuesto en estas cláusulas de cooperación y control con las obligaciones propias de la aseguradora emanadas del contrato de seguro, en ciertos contratos de seguros se pacta lo que algunos llaman "Cláusula Z", estableciendo que la compañía aseguradora cedente, sólo estará obligada a pagar un siniestro cuando los fondos correspondientes a la proporción cedida en reaseguro se encuentren en su poder.

Básicamente, una Cláusula de Cooperación de siniestros es la que dispone que la compañía aseguradora/cedente deberá mantener permanentemente informado al reasegurador respecto de los avances y circunstancias de la liquidación y le consultará su opinión en cuanto a las gestiones que estime pertinentes desarrollar.

Una Cláusula de Control por su lado, establece que la aseguradora /cedente no podrá preceder sin la autorización del reasegurador al nombramiento de liquidadores asesores, inspectores y/o abogados, debiendo contar con la aprobación previa del reasegurador todas las negociaciones, finiquitos y liquidaciones de la pérdida, quedando facultado el reasegurador para obtener la autorización de peritajes y convenir la pérdida a un solo arbitro.

<sup>22</sup> Kennerth S. Abraham, "Insurance Law and Regulation", Foundation Press, 1995 pag. 737 y siguientes. Traducción de los autores.

## 5.- EXPOSICION GENERAL DE LOS PROBLEMAS QUE GENERAN LAS CLAUSULAS DE COOPERACION Y CONTROL.

Estas cláusulas de cooperación y control, en consecuencia, implican que la aseguradora /cedente contrae tres niveles de obligaciones:

- El primero, el de información y consulta con su reasegurador, cuestión que, entendida en su sentido amplio, no constituye más que el normal desarrollo del contrato de reaseguro, y, en tal sentido, es plenamente válida ni provoca trastorno alguno.

- El segundo y el tercero, están relacionados con el nombramiento de los liquidadores o ajustadores de siniestros y otros asesores - principalmente peritos y abogados que intervienen en el proceso de ajuste de reclamos - y el relativo a la autorización de los reaseguradores para negociar y finiquitar pérdidas, esto es, para que el asegurador directo pueda pagar las indemnizaciones que se deben en virtud del contrato de seguro.

Nadie puede discutir que el reasegurador tiene derecho, e incluso que es sano para el negocio del propio asegurador, que aquel ejerza un cierto tipo de supervigilancia. En una época "pacífica", reciente cronológicamente pero distante en términos de evolución, Carter decía:

"Para mantener el riesgo de cartera dentro de los límites aceptables, el reasegurador tiene que ejercer cierta vigilancia sobre los negocios que le son cedidos; sería un error por su parte comprometerse incondicionalmente a reasegurar cualquier seguro que la compañía cedente quiera reasegurar".<sup>23</sup>

Pero la forma y los extremos a los que ha evolucionado el tema, han llevado a discurrir si en estos casos de tan extrema intervención del reasegurador en el negocio del asegurador, nos encontramos frente a un contrato de seguro típico, como lo es el de reaseguro o si hemos abandonado éste terreno para caer en otra figura jurídica, concretamente una forma de sociedad o de asociación.

El problema se está discutiendo fuertemente en la doctrina contemporánea. En general, los problemas jurídicos que generan las cláusulas de cooperación y control, que se examinan en los párrafos que siguen, son los siguientes:

<sup>23</sup> "El reaseguro", R.L.Carter, Editorial Mapfre, 1979, pag. 237

a) Si bajo algunas circunstancias, cambia la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro.

b) Los alcances de las obligaciones de información y consulta al reasegurador.

c) Los problemas relacionados con el nombramiento de los liquidadores o ajustadores de siniestros y otros asesores que intervienen en el proceso de ajuste de reclamos., principalmente peritos y abogados..

d) El relativo a la autorización de los reaseguradores para negociar y finiquitar pérdidas, incluyendo el derecho para designar abogados a cargo de la defensa de la posición del asegurador, e inclusive árbitros, cuando es ese el mecanismo de solución de conflictos con el asegurado previsto en la póliza. Los conflictos con la legislación local en materia de procedimientos y plazos para el ajuste y pago de siniestros.

e) Los problemas relacionados con la legislación de fondo aplicable al contrato de reaseguro; y

f) La elección de jurisdicción ante la cual debe recurrirse en caso de conflicto entre asegurador y reasegurador.

## 6.- PRIMER ASPECTO ¿ESTAMOS EN PRESENCIA DE UN CONTRATO DE NATURALEZA JURIDICA DISTINTA?

Yendo al punto que nos interesa analizar en éste momento - si se ha avanzado con éstas modernas cláusulas que rigen la relación entre reaseguradores y aseguradores, Gerathewohl señala que:

“Un contrato de reaseguros une al asegurador y al reasegurador para formar una comunidad de intereses económicos. Mientras el asegurador depende del reasegurador porque sólo con su ayuda consigue una capacidad de suscripción adecuada a las necesidades de sus clientes aumentando así su eficacia comercial, en cambio el reasegurador únicamente puede obtener negocios del asegurador. Dicho de otro forma, sus negocios existen gracias a los negocios del asegurador.

Al efectuar un contrato de reaseguros el asegurador y el reasegurador persiguen un objetivo comercial común de hacer, por lo menos a mediano o largo plazo, un beneficio satisfactorio para ambas partes. Por parte del asegurador, este objetivo exige una selección adecuada de riesgos, primas adecuadas, condiciones de las pólizas apropiadas, costos de administración razonables y una liquidación de siniestros acertadas. Aunque en principio el asegurador tiene el derecho a la administración autónoma de sus negocios, inclusive los riesgos que reasegura, sin embargo el reasegurador actuará como un consultor objetivo bien informado y capaz en beneficio de las partes, de aportar su propia (generalmente internacional) experiencia y conocimiento a las relaciones comerciales con la compañía cedente.

Como resultado de este interés común y estrecha colaboración entre el asegurador y reasegurador, que debe basarse, obviamente, en la confianza mutua y en las buenas relaciones, algunos autores han dado a los contratos de reaseguros descripciones adicionales además de las características normalmente atribuidas a un contrato de seguros.”

Tocando a éstas alturas, directamente el punto que nos ocupa, Gerathewohl plantea:

“ La pregunta importante es si los conceptos de la ley de sociedades y en particular los conceptos de la ley de contratos en participación, completan la caracterización de los contratos de reaseguros y hacen de las relaciones asegurador-reasegurador una verdadera sociedad por lo menos en casos excepcionales. Después surge la pregunta ¿hasta dónde los contratos de reaseguros son por naturaleza, al mismo tiempo contratos (de seguro) y convenios de sociedad?.

Evidentemente que para responder ésta cuestión, es preciso hacer una distinción entre el contrato de reaseguros normal, efectuado entre el asegurador y reasegurador, con el único propósito de la aceptación de riesgos y el contrato de reaseguros modificado específicamente para otorgar un poder especial al reasegurador (a los que Gerathewohl califica como “contratos de reaseguro” amplio”), concediéndole el derecho de control, de supervisión y análisis mas allá de lo acostumbrado. En este ultimo caso los derechos del reasegurador no se limitan a verificar si la cuota que ha recibido en los negocios del asegurador cumple con los requisitos necesarios de la selección; mas bien el

reasegurador también tiene el derecho de participar en las decisiones que debe tomar el asegurador ya sea en relación con todos sus negocios o por los menos en relación con una clase específica de seguros.<sup>24</sup>

Un contrato normal de reaseguros efectuados entre un asegurador y un reasegurador con el único propósito de asumir riesgos, incluye algunos elementos de participación en beneficios pero no es, por naturaleza, un contrato de sociedad y ni aún de asociación o de participación en sí mismo. Esto es aplicable sin limitaciones a toda clase de contratos de reaseguros suscritos en la práctica, independientemente si son proporcionales (cuota parte, excedentes, facultativos), o no proporcionales (XL. Stop loss, XL por riesgo). El aspecto de participación en beneficios, inherente en mayor o menor grado a varias clases de contratos de reaseguro tiene tan poca importancia que no modifica ni limita la naturaleza principal de tales contratos como contratos de seguros típicos, de acuerdo a la doctrina tradicional. Las relaciones entre el asegurador y el reasegurador deben regirse exclusivamente por la ley que gobierna al contrato de seguros y en ningún caso, ni aún supletoriamente, por la ley de sociedades.

Del mismo modo, tampoco se pueden considerar las relaciones contractuales asegurador-reasegurador, como un contrato de asociación o participación, ya que al menos por las normas chilenas que rigen a éste, no pueden explicarse las relaciones y las características comerciales y legales del reaseguro, mientras que sí pueden explicarse razonablemente considerando el contrato normal de reaseguros descrito anteriormente, como un contrato de seguros simple.

El derecho del reasegurador a la información por ejemplo, lo que en la práctica esta generalmente previsto en el contrato, sigue obviamente el principio de equidad y buena fe y la plena confianza que el reasegurador debe tener en su socio contractual en relación a todos los hechos importantes y los procedimientos esenciales de la administración que suceden dentro de área del asegurador, que en su mayoría están fuera de la influencia del reasegurador.

De otro lado, el derecho del asegurador al manejo de los negocios, emana de la naturaleza del reaseguro como una clase de seguro que el asegurador toma para protegerse contra los siniestros excesivos en número o en magnitud y de las obligaciones que de ellas surgen para el, por las pólizas de seguro que emita.

<sup>24</sup> Vid. Gerathewohl, Ob. Cit, Pags. 437 y 438.

Efectuando el reaseguro, el asegurador permanece confiado ante el asegurado en todos los aspectos legales y solamente distribuye su compromiso económicos en forma de cesión que trasmite al reasegurador. Por eso, al suscribirse un contrato de reaseguros no se crea relación contractual y consecuentemente relaciones legales entre el reasegurador y el asegurado. Aún cuando se haya celebrado un contrato de reaseguros, el único "socio" del asegurado sigue siendo el asegurador, que es quien siempre tiene la autoridad exclusiva de manejar y dirigir los negocios contractuales como considere conveniente. Cualquier influencia de un tercero en las relaciones de un seguro directo sería por consiguiente ajena al asegurado y no afectaría su situación de ninguna forma.

Otros aspectos legales del reaseguro tales como el pago de una prima al reasegurador por el riesgo que acepta, la obligación del asegurador de proporcionar información esencial, de revelar las condiciones del riesgo antes y después de entrar en el contrato a la parte del reasegurador, así como la comunicación sobre la ocurrencia del siniestro, la investigación del mismo y el avalúo de los gastos pueden explicarse simplemente por las normas legales aplicables al reaseguro como un tipo de contrato de seguro y por las normas especiales aplicadas al seguro directo.

En tanto que los derechos de inspección y supervisión del reasegurador se limiten a comprobar las primas que recibe y la cuota en los negocios cedidos por el reaseguro - como es el caso en el contrato de excedentes- el contrato de asegurador y el reasegurador es por naturaleza, un contrato ordinario de seguros y nada más. Sin embargo, si al reasegurador se le otorga derechos contractuales especiales, permitiéndole por ejemplo, tomar parte en las decisiones del asegurador ya sea en todos los negocios o al menos en una clase específica de seguros, se afirma que existe una verdadera sociedad paralela a la relación de reaseguros como tal. Por eso de acuerdo con esa teoría, los contratos "amplios" de este tipo representan al mismo tiempo convenios de seguros y de sociedad (Gerathewohl, o.cit. Pag.443) el art. 705 del C. Civil Alemán establece que un acuerdo de sociedad es un acuerdo donde los socios están mutuamente autorizados y obligados a promover el logro de un objetivo común en la forma descrita en el acuerdo y sobre todo hacer dichas aportaciones como este convenido para alcanzar este objetivo (pag.444)

Dicha cooperación en el logro de un fin común también se practica en los contratos de reaseguros normales con el único propósito de la aceptación de

riesgos. No obstante la cooperación es mucho mas amplia si el reasegurador por medio del contrato se le concede el derecho a la codirección y a la co-decisión (Ob.cit, pag..445)

La contribución hechas por las partes puede variar mucho. Pueden ser contribuciones de capital, de servicios, contribuciones en especies, en prestamos, o cualquier otra clase e activos o ventajas. La adición a la estrecha cooperación de los aseguradores y reaseguradores en el caso de los contratos de reaseguro atípicos descritos aquí y de las contribuciones “básicas” así proporcionadas, existen otras contribuciones que los aseguradores harán para apoyar el objetivo común. El asegurador hace una contribución importante con las actividades de su organización en adquirir y suscribir negocios; el reasegurador manejando varias medidas en las que está especializado o encargado en virtud del específico contrato de reaseguros “amplio” que ha celebrado, tales como la calificación de riesgos, haciendo propuestas para simplificar la política o proporcionando técnicos especialmente calificados. Una importante contribución adicional hecha por el reasegurador es concebir y proporcionar una forma adecuada de cobertura que establezca las bases óptimas para que ambos pares realicen beneficios.

En presencia de lo dicho anteriormente, aunque sea verdad que tal contrato de reaseguros “atípicos” se mantiene en un objetivo común y en las contribuciones específicas hechas por el asegurador y el reasegurador para estimular este objetivo, esto solo no es suficiente para calificar las relaciones legales entre las partes como una sociedad verdadera”. ( Ob.cit. Pag. 446)

“Sin embargo puesto que las relaciones típicas, legales y similares poseen algunos elementos comparables a una sociedad la aplicación análoga de disposiciones de la ley de sociedades esta justificada dependiendo si en cada caso específico las relaciones son comparables o no” (Ob. cit, pag. 448).

La cooperación ha sido definida como “la unión voluntaria de las fuerzas de compañías independientes con el objeto de hacer progresos técnicos y comerciales en conjunto en campos individuales mientras que básicamente se mantiene la autonomía y libertad de decisión” ( Ob. Cit, Pag. 451).

Existen cuatro formas básicas que también se aplican en la mayoría de los convenios especiales realizados entre los aseguradores y reaseguradores para satisfacer necesidades y condiciones específicas del mercado de seguro. Esas

formas de cooperación son: cooperación para el intercambio de conocimientos e informaciones; cooperación para mejorar los procedimientos operativos; cooperación para transferir funciones empresariales específicas y cooperación para ejecutar en conjunto varias funciones empresariales particularmente importante” (Ob.cit pag. 452).

En resumen se pueden indicar los siguientes puntos:

-Prescindiendo del tipo específico del contrato, el contrato normal de reaseguro efectuando con el único propósito de asumir el riesgo es un contrato de seguro regular y verdadero que aun que contiene algunos elementos copartícipes similar a los de una sociedad, no se puede considerar como un contrato en participación, por eso a pesar de la presencia de dichos elementos, el contrato todavía posee completamente la naturaleza fundamental de un contrato de seguros y junto con las relaciones legales de las partes debe juzgarse exclusivamente según los principios de la ley de seguros.

- Se debe señalar la diferencia existente entre el tipo normal de reaseguro, utilizado únicamente para la aceptación de riesgos y el mas raro, amplio y atípico contrato de reaseguros, bajo el cual al reasegurador se le conceden derechos de codirección, de co decisión y de control en los negocios del asegurador por encima del lo normal. Dichos contratos de reaseguros con llevan dos relaciones legales paralelas, la relativa a la asunción del riesgo (la relación propia del seguro) y la relación típica de una sociedad. Por consiguiente las relaciones contractuales, asegurador, reasegurador están sujetas en este caso no solo a las exigencias de las ley de seguros, sino a las normas de la ley de sociedades aplicables a puntos específicos.

- Las situaciones similar a las de varias clases de acuerdo de cooperación efectuados entre los aseguradores y reaseguradores. Dichos acuerdos que en la practica están adquiriendo importancia constante, extienden las relaciones comerciales mas allá del hecho de repartir el riesgo, a esos servicios especiales ofrecidos por el reasegurador al asegurador, sobre todo la disposición de ayuda técnica y experiencia y algunos casos exceden mucho a la pura asunción de riesgos. Como una cooperación de esta clase también crea una relación legal paralela a la relación del seguro similar o típica de una sociedad, de nuevo es necesario acudir a estimaciones sobre las normas del contrato de seguro y también a ciertas estipulaciones de las ley de sociedades. ( ob.cit pag. 459-460).

## 7.- SEGUNDO ASPECTO: INFORMACION Y CONSULTA AL REASEGURADOR.

En éste aspecto el asunto que estamos tratando no genera mayores problemas. Desde siempre se ha reconocido que el asegurador debe mantener informado al reasegurador respecto de los riesgos asumidos, los siniestros ocurridos y las reservas constituidas para cubrir siniestros pendientes.

Según principios generalmente aceptados, la responsabilidad primaria en el ajuste (liquidación o peritación) de los siniestros, corresponde a la compañía cedente. Sin embargo simultáneamente los reaseguradores del contrato necesitan conocer rápidamente los siniestros en los cuales tienen una participación importante, y durante la etapa de ajuste de los mismos, necesitan la información necesaria para comprender su naturaleza y para pronunciarse sobre su responsabilidad, juzgar el costo probable y a mantener informados a los retrocesionarios acerca de los siniestros importantes.

Si el seguro original ha sido coasegurado ampliamente o está reasegurado facultativamente en gran parte o que el reasegurador tenga que participar de un siniestro importante debido a las cesiones procedentes de distintos reasegurados. En éstos casos se justifica en una medida aún mayor la exigencia de que al reasegurador se le haga una notificación rápida e información periódica sobre el progreso del ajuste o liquidación de los siniestros, porque en caso contrario el establecimiento que éste haga de las reservas para siniestros pendientes se reduciría a una mera suposición y no podría vigilar debidamente la marcha de los contratos. En éstos casos, además, el reasegurador deseará ejercer alguna vigilancia sobre la negociación de los siniestros importantes o, ...." por lo menos deseara vigilar el desarrollo de las negociaciones y consultar con la compañía cedente cuando lo considere conveniente. En consecuencia, los contratos proporcionales estipulan siempre, que el reasegurador o reaseguradores han de ser notificados al producirse siniestros importantes."<sup>25</sup>

En ocasiones, los reaseguradores adoptan una posición mas enérgica de modo que la compañía cedente tendrá que notificar al reasegurador inmediatamente, tan pronto como reciba noticias de cualquier siniestro que pueda costar una suma especificada.

<sup>25</sup> Gerathewhol, Ob. Cit., pag. 374.

A veces, en cambio, la compañía cedente quizás prefiera esperar a que la situación sea algo mas clara antes de notificar al reasegurador, porque dados los antecedentes disponibles, no es probable que el siniestro alcance proporciones importantes.

Salvo especificación en contrario, la compañía cedente será la única responsable de la administración y liquidación de todos los siniestros frente al asegurador original y las demás partes interesadas, y el reasegurador será responsable de la parte que le corresponda en los pagos debidamente realizados por el reasegurado ajustado a los términos de la póliza original (o pólizas). En todo caso, la compañía cedente no puede dar por sentado que el reasegurador participará en cualquier pago que quiera efectuar. Desde luego, ..."el reasegurador será responsable de los pagos ex gratia únicamente si los autoriza previamente."<sup>26</sup>

De acuerdo con las estipulaciones analizadas anteriormente, la compañía cedente tendrá que mantener informado al reasegurador sobre todos los actos que pueden influir sobre el coste de las reclamaciones ya que le fueron notificadas, y siempre que sea posible ha de cooperar con el reasegurador en la tramitación y liquidación de dichos siniestros. Especialmente, si la compañía cedente posee poca experiencia en la tramitación de una clase determinada de siniestros, será conveniente para ambas partes que el reasegurador lleve a cabo el trámite de los siniestros o que ambas partes, por lo menos, decidan de mutuo acuerdo el camino a seguir. Por supuesto, si el contrato ampara riesgos en el extranjero. Normalmente la compañía cedente conocerá mejor que el reasegurador cuales son las condiciones, legislación y costumbre del país.

En muchos aspectos la relación entre el asegurador primario y el reasegurador sigue la huella de aquella entre el asegurado original y el asegurador primario. "El asegurador y el reasegurador tienen el deber de negociar de buena fe y el reasegurador tendrá disponible en su defensa por causa de falta de representación, incumplimiento de contrato, fraude o reticencia en todas las circunstancias donde el asegurador actúa o es negligente. El reasegurador puede tener derecho a excusar su responsabilidad cuando el asegurador después de celebrar el contrato de reaseguro autoriza al asegurado original, sin el permiso del reasegurador, efectuar algún acto que incremente el riesgo de pérdida. Es este caso el asegurador primario ha violado una obligación debida al reasegurador y este ultimo puede estar en situación de anular la póliza."<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Gerathewhol, Ob. Cit., pag 377.

<sup>27</sup> "Understanding Insurance Law", Rover H. Jerry, II, Matthew Bender, 1987, pag. 687. Traducción de los autores.

Los principios generales que rigen la información por el asegurador al reasegurador y la tramitación de las reclamaciones que hemos esbozado anteriormente, se modifican al incluirse en los contratos de reaseguro, estipulaciones especiales referentes a la colaboración en la tramitación y liquidación de los siniestros importantes.

Veremos éste asunto en los números que siguen.

### 8.- TERCER ASPECTO: DESIGNACION DE LOS LIQUIDADORES O AJUSTADORES DE RECLAMOS Y OTROS PROFESIONALES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO.

La liquidación de los siniestros pueden practicarlas las Compañías directamente o encomendarlas a un liquidador registrado en la Superintendencia. Pero, el asegurado podrá exigir que la liquidación la realice un liquidador registrado, esto es, el asegurado tiene un derecho subjetivo y discriminatorio, entregado a su sola voluntad, para obligar a la Compañía aseguradora en orden a que el siniestro sea ajustado por un liquidador externo e independiente.

Este derecho subjetivo del asegurado, por su naturaleza, está entregado a su libre disposición de modo que puede renunciarlo, incluso anticipadamente.

Lo relevante, por supuesto, es que la renuncia emane del asegurado, pues una cláusula de cooperación o control del siniestro en el contrato de reaseguro no es oponible al asegurado.

Hay que tener presente que la renuncia del asegurado trae como consecuencia la liquidación directa por parte de la Compañía aseguradora, en cuyo caso adquieren plena validez las cláusulas de control y cooperación entre el asegurador y el reasegurador. Lo anterior no significa, sin embargo, que las mencionadas cláusulas puedan por esta sola circunstancia ser oponibles al asegurado, puesto que por el efecto relativo de los contratos al que nos referimos más adelante, tales convenciones le siguen siendo inoponibles.

Ahora bien, incluso en el evento que el asegurado haya renunciado a su derecho de pedir un liquidador registrado, lo que ocurre, o puede ocurrir, es que la Compañía aseguradora nombre de todos modos un liquidador independiente, que será, precisamente, elegido por reasegurador en aplicación de la cláusula de cooperación o control. La razón de que esto sea así, responde a las características del mercado asegurador, toda vez que a los liquidadores se les

reconoce la capacidad técnica para liquidar siniestros, y las Compañías aseguradoras, a pesar que tienen esta misma capacidad, no están interesadas en desarrollarla en el entendido que no es esa el área propia de su actividad y constituye un costo administrativo muy elevado.

Lo importante es determinar si un liquidador nominado por la Compañía aseguradora en aplicación, digamos, de su facultad de liquidar directamente el siniestro, queda sujeto o no a la obligación de respetar la función y el procedimiento de liquidación establecido por la ley y el reglamento. La respuesta requiere el planteamiento de una cuestión previa. En efecto, ¿puede la Compañía aseguradora designar un liquidador que no sea de los que están registrados y autorizados para desempeñar tal actividad?. Obviamente la respuesta es negativa.

Así las cosas, también es evidente que un liquidador registrado y autorizado no puede ejercer su actividad, que es una función pública, de otro modo que sujetándose al fiel cumplimiento de la ley y los reglamentos, es decir, no puede actuar como un agente o representante de la aseguradora o sus reaseguradores, pues en tal caso cometería una grave infracción legal cuyas consecuencias patrimoniales afectarían a la misma Compañía aseguradora que permite tal abuso.

En consecuencia, pues, si la Compañía aseguradora efectivamente realiza una liquidación directa, la cláusula de cooperación o control tiene plena validez en el sentido que la liquidación puede ser llevada a cabo siguiendo las instrucciones y tomando las decisiones que sugieran los reaseguradores, teniendo presente, por cierto, que el resultado final de esta liquidación directa queda sujeto a la jurisdicción y tribunales chilenos para el caso de desacuerdo entre las partes del contrato de seguro. Por el contrario, si por cualquier motivo el ajuste del siniestro lo practica un liquidador independiente, incluso en el evento que el asegurado hubiese renunciado a su derecho de exigirlo, la cláusula de cooperación y control no debería tener más que el alcance de permitir a los reaseguradores designar el liquidador, que debe ser uno de los registrados y autorizados y al cual, en el desempeño de su función, le está vedado recibir y seguir instrucciones de las partes.

**9.- CUARTO ASPECTO: RESTRICCION DEL DERECHO DEL ASEGURADOR PARA NEGOCIAR Y AJUSTAR PERDIDAS. CONFLICTOS CON LA LEGISLACION LOCAL, PRINCIPALMENTE EN MATERIA DE PLAZOS PARA AJUSTAR SINIESTROS Y PAGAR INDEMNIZACIONES. INTRODUCCION EN LOS CONTRATOS DE SEGURO DE LA "CLAUSULA Z". EXAMEN DE SU VALIDEZ.**

Reconocemos, sin embargo, que en el mercado asegurador se ha interpretado el referido artículo 28 en el sentido que no es una norma de orden público, y por eso en ciertos contratos de seguros emitidos bajo la modalidad de "fronting" se ha llegado a pactar una condición particular estableciendo que la obligación de pagar un siniestro por parte de la Compañía aseguradora/cedente sólo surge cuando los fondos de la proporción cedida en reaseguro se encuentran en su poder. Es la llamada "Cláusula Z".

Concediendo que al cláusula "Z" sea válida, es nuestra conclusión que ella no puede ser interpretada más que un plazo y en ningún caso como una condición.

En efecto, si la "cláusula Z" además de válida fuere una condición para el pago de la indemnización, nos veríamos frente al absurdo que ante un siniestro cubierto por una póliza legalmente emitida bajo cuyo imperio el asegurado ha dado cumplimiento a todas las obligaciones y cargas que son de su incumbencia, sencillamente la Compañía aseguradora se exime del pago de la indemnización por la circunstancia de no haber recolectado los fondos cedidos en reaseguro. Ningún tribunal chileno aceptaría tal posición. A lo más, la "cláusula Z" podría ser interpretada como un plazo indeterminado, de aquellos que pueden ser fijados o interpretados por el juez que corresponde.

**10.- QUINTO ASPECTO: LA LEGISLACION DE FONDO APLICABLE EN CASO DE CONFLICTO ENTRE ASEGURADOR Y REASEGURADOR..**

Sentido y Alcance de la norma que dispone que los contratos de seguros y reaseguros quedan "sometidos a la jurisdicción chilena":

No hay duda alguna que el artículo 29 del D.F.L. 251 ya citado es una norma de orden público, pues sanciona con nulidad cualquier disposición contractual que disponga algo contrario al hecho que los contratos de seguros y reaseguros quedan sometidos a la jurisdicción chilena.

Es importante insistir en que la única posibilidad de que un contrato de seguro no quede sujeto a la ley chilena es cuando el asegurado contrata directamente una póliza en el extranjero; y en tal caso, obviamente, el reaseguro de ese contrato tampoco queda regulado por la ley chilena.

Ahora bien, cuando la ley dice que los contratos de seguros y reaseguros quedan "sometidos a la jurisdicción chilena", obviamente está diciendo que se rigen por la ley chilena, que es la que aplican los tribunales del país. Y, por supuesto, la ley chilena opera bajo el principio fundamental que en todas aquellas materias que no son de orden público, las partes contratantes tienen la plena libertad para pactar un estatuto jurídico particular o aplicar normas extranjeras como si fueran la expresión de su acuerdo de voluntades, esto es, la ley del contrato. Asimismo, la ley chilena es aplicable como supletoria de la voluntad de las partes, es decir, cuando ellas nada han dicho sobre una determinada materia.

Entonces, en cuanto al fondo del contrato de seguro y en lo que se refiere a los efectos del contrato de reaseguro en Chile, el hecho que se encuentren sometidos a la ley chilena significa:

- 1) Que tratándose de normas de orden público, siempre quedan sometidos y prevalece la ley chilena. Cualquier pacto en contrario es nulo;
- 2) Que ante el silencio de las partes en una determinada materia, la ley chilena se aplica como supletoria de la voluntad de esas partes;
- 3) Que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, cuando no estamos ante normas de orden público, las partes pueden pactar libremente su propio estatuto jurídico. Esta es la ley del contrato. Y no hay inconveniente para que la ley del contrato sea, precisamente, una ley extranjera.

Pero dijimos que el sentido y alcance de la norma que somete los contratos de seguros y reaseguros a la ley chilena, difiere según el caso.

Sabemos que el contrato de seguro está detenidamente reglamentado en el Código de Comercio, siendo algunas de esas normas de orden público y otras supletorias de la autonomía de la voluntad. Pero, en la práctica, que el contrato de reaseguro esté sometido a la ley chilena implica que la aplicación de ese

contrato en Chile queda sujeta a la reglamentación vigente, y, por eso, cualquier disposición de ese contrato que vaya en contra de normas imperativas chilenas es nula o inaplicable bajo la jurisdicción nacional.

En concreto, que el contrato de reaseguro esté “ sometido a la jurisdicción chilena “, significa que por ningún motivo y circunstancia podrán alegarse los términos y condiciones de un contrato de reaseguro como modificatorios de un contrato de seguro, y mucho menos, según dijimos, como modificatorios de una norma imperativa o de orden público, aún cuando se trate de una póliza emitida bajo la modalidad de “ fronting “.

El problema de la cláusula de control y/o cooperación de siniestros no solo se limita a establecer a quien corresponde controlar el reclamo, sino también dice relación con los plazos y los procedimientos que los Reaseguradores pueden eventualmente tomarse y adoptar, para disponer estas disposiciones contractuales en ejecución. En efecto muchas veces el cumplimiento de este tipo de cláusulas por parte el asegurador se vuelve jurídicamente imposible, por entrar en conflicto leyes reglamentarias internas, dictadas para regular la liquidación y pago de siniestros dentro de un país determinado, las cuales imponen ciertos plazos o determinadas formalidades que entran en abierta contradicción con lo que estas disposiciones contractuales del reaseguro previenen. Así por ejemplo en la República Argentina, el asegurador debe por ley pronunciarse sobre la ponencia o rechazo del reclamo dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de los últimos antecedentes aportados por el asegurado. Pues bien. Este plazo es normalmente insuficiente para que se ponga en movimiento toda la serie de entes que tienen que participar en la obligada consulta a los reaseguradores que “ controlan “ o “ cooperan “ en el manejo del siniestro; pues, seguidamente la recepción de los últimos antecedentes vendrá la preparación del informe (15 días, optimistamente, si el reclamo no es cuantioso y complejo, traducción al idioma del reasegurador ( 5 días, si el sistema es igualmente eficiente)y solo van quedando 10 o menos días para el corredor de reaseguros le lleve el informe al Reasegurador y este (... o estaos...) lo considere, discuta y, eventualmente, aprueben el pago. Por lo general, estos 30 días constituyen una verdadera trampa formal que concluye con el rechazo a la reclamación “a priori”, para dar a los reaseguradores el tiempo necesario para tomar una decisión; el problema es que bajo la cláusula de control de siniestros, este eventual “rechazo” debe igualmente ser aprobado por el reasegurador, pues si la compañía cedente lo hace sin su previo consentimiento, está en verdad infringiendo dicha disposición contractual.

En Chile la situación no es muy distinta, pues aunque no existe el referido plazo de 30 días, el proceso de liquidación de un siniestro se encuentra minuciosamente reglamentado en la ley y el reglamento previene, por ejemplo, la obligación de que el informe final del liquidador de un reclamo sea entregado simultáneamente al asegurado y el asegurador y/o reaseguradores, pues bien, esto ya estaría en Gran Bretaña al infringir la cláusula que nos ocupa, pues en estricto rigor jurídico es el reasegurador el que controla el siniestro y es el quien decide cuando el asegurado debe conocer el informe de un liquidador (...puede que incluso nunca apruebe esto que en nuestro país constituye un derecho del contratante de un seguro).

El problema que se plantea no es de fácil solución y, lo que es peor, dice relación con aquello que constituye la obligación esencial del asegurador frente a la contratación de un seguro: el eventual de un siniestro, cuando este se produce.

Pues bien, para evitar los efectos que pueden llegar a tener en el patrimonio de cualquier asegurador chileno disposiciones contractuales como la cláusula de control de siniestros, algunas compañías de nuestro país, han comenzado a insertar, particularmente en los mencionados arreglos de reaseguros de “fronting”, ciertas cláusulas que establecen que la obligación de la compañía cedente de pagar un siniestro solo surge cuando los fondos de la proporción cedida en reaseguro se encuentran en su poder. En nuestro mercado existió un caso muy complejo en que un asegurador chileno se vio obligado a invocar ante los asegurados esta disposición del contrato de seguro, que constituía la condición particular “Z” de la póliza. A partir de ese momento, se abrió el debate sobre la validez en nuestro país de la ahora conocida como “cláusula Z”.

La discusión se origina a partir de lo dispuesto en el artículo 28 del D.F.L. 251, ley de seguros, que establece:

“El reaseguro no altera en nada el contrato celebrado entre el asegurador directo y el asegurado y su pago, e caso de siniestro, no podría diferirse a pretexto del reaseguro”.

Pues bien, la norma transcrita no prohíbe un pacto en contrario en el contrato de seguro directo y ello es precisamente, lo que la cláusula “Z” estipulaba. Las alegaciones de quienes contra-argumentan que esta sería una



disposición de orden público y que, por consiguiente, no admitirá pacto en contrario, se dificultaban al constatar que, por una parte, esta norma legal no prohíbe pactar algo diferente y ello si se lo hace el legislador en el artículo siguiente del mismo cuerpo legal, cuando prohíbe y declara nulo todo pacto que someta las cuestiones litigiosas sobre seguros o reaseguros celebrados en Chile a otra jurisdicción distinta de la de nuestros tribunales.

Por lo mismo y aunque el tema nunca llegó a fallarse, las discusiones que se plantearon entre aseguradores y aseguradores chilenos, en relación con la validez de la cláusula "Z" terminaron en una especie de Consenso en torno a su plena eficacia, con lo cual este caso pasó a constituir una suerte de precedente y hoy en día su utilización se encuentra más o menos generalizada en toda póliza que se arregle a través del *fronting*.<sup>28</sup>

#### (1).- La elección de la ley aplicable al contrato.

Es común que a un contrato de reaseguro concurren partes de varios países del mundo y es natural que cada una de ellas intente pactar que el contrato que está celebrando se rija por sus propias leyes, que son las que conoce y, porque no decirlo, ha tenido normalmente en cuenta al pactar determinados términos o condiciones.

#### El Caso Vesta V. Butcher (1989)

El caso "Vesta v. Butcher" resuelto en los Tribunales Británicos recientemente, representa uno de los típicos problemas de conflicto de leyes en un contrato. Se trató de una piscicultura ubicada en uno de los fiordos Noruegos, que resultó destruida por una tormenta. Las balsas jaulas colapsaron por la fuerza del viento y de las olas y todos los peces quedaron liberados. La piscicultura estaba asegurada en una Compañía Aseguradora Noruega, que había reasegurado 90% del riesgo con U/WRS de Lloyd's; el reaseguro no señalaba la ley aplicable aunque si establecía que el reaseguro seguía los mismos términos y condiciones que el contrato de seguro original.

Una de las cláusulas del contrato del seguro obligaba al asegurado a mantener vigilancia de las balsas jaulas durante las 25 horas, condición que se

<sup>28</sup> Javier Carvallo Pardo, "Últimas Tendencias de la Jurisprudencia Internacional en Materia de Reaseguros", versión de la charla ante la Sección Chilena de AIDA, 25 de septiembre de 1996. Pag. 6-7-8.

estableció- no fue cumplida por el contratante del seguro directo; es decir, no había vigilancia al producirse la tormenta aunque, según se estableció si la hubiese habido no se habría podido hacer nada para evitar el hecho o minimizar sus consecuencias.

El contrato de seguro estaba claramente regido por la Ley Noruega, bajo la cual un quiebre de garantía como la "falta de vigilancia", solo importaba si aquella hubiese sido relevante en la producción del siniestro. Bajo la Ley inglesa, en cambio, cualquier quiebre de una garantía por parte del asegurado habilita al asegurador/reasegurador para declinar responsabilidad y rechazar la reclamación; el conflicto de leyes, estaba -por consiguiente-planteado, el asegurador Noruega afirmó que el pago de la indemnización era procedente, de acuerdo a la ley de su país y, por lo mismo, había cancelado el siniestro a los reclamantes. Los reaseguradores, en tanto, alegaron que la ley aplicable al Contrato de Reaseguro era la Inglesa, por cuanto la celebración del mismo se había efectuado en Londres, a través de un Lloyd's Broker.

El Juez Inglés Hobhouse, llamado a resolver la disputa, adoptó una posición novedosa. Primeramente el juez notó que existía en el contrato de reaseguro una cláusula expresa disponiendo de los términos y condiciones del mismo serían los mismos que los de la póliza de seguro directo original. De allí infirió el Juez, en ausencia de la provisión contractual expresa que difiera cual era la Ley aplicable al Contrato de Reaseguro, que la intención de las partes había sido que cualquier efecto legal que pudiera tener el reaseguro, se rigiera por la mismas reglas de la póliza de seguro que había originado el contrato en disputa; como para este caso el contrato de seguro directo era gobernado por la ley Noruega, entonces se concluyó que los términos y condiciones del reaseguro debían también ser interpretados de la manera en que lo hacía la ley de este último país.

Los reaseguradores apelaron a ese fallo a la Cámara de los Lores, pero este Tribunal confirmó la sentencia original y los Aseguradores Noruegos finalmente recibieron su indemnización. El caso "Vesta v. Butcher" demuestra que un simple punto legal puede ser objeto de largas y desgastadoras disputas judiciales, que transitaron todo un largo camino hasta la Cámara de los Lores.

Hasta hace poco se vio, las reglas que gobernaban la ley aplicable al contrato, estaban determinadas en Gran Bretaña por el Common Law, que atendía básicamente al país donde se había celebrado el contrato, salvo que este

señalara otra cosa. Como lo normal era que el contrato de hubiese colocado en Londres, a través de un Broker Inglés era, normalmente, la ley inglesa la que resolvía cualquier disputa salvo -claro está- casos especialísimos como "Vesta v. Butcher".

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la "Convención de Roma sobre Ley Aplicable a Obligaciones Contractuales" de 1980, la situación ha cambiado. Esta convención se encuentra en vigor en los 8 a los 12 Estados Europeos que la suscribieron, entre los cuales están Gran Bretaña, Alemania y Francia. El propósito de ella fue establecer reglas uniformes destinadas a resolver cualquier disputa que pretenda determinar la Ley aplicable a un contrato que se plantee en los Tribunales de Algunos de los Países signatarios, tengan o no las partes el contrato en litigio domicilio en algunos de los estados adherentes a la convención. Así, si un asegurador/reasegurado chileno, se encuentra discutiendo con un reasegurador Sueco (que no es un Estado parte de la Convención) sobre cual es la ley aplicable al contrato por ellos celebrado y ello se está llevando a cabo en Londres, en virtud de una específica cláusula de Jurisdicción, entonces la reglas de la convención de Roma gobernarán esta disputa.

El principio que se sigue en la convención, es el de la amplia libertad que tienen las partes para seleccionar el sistema legal por el cual desean regirse. En este sentido, se aplicarán las siguientes reglas:

- (a) Si las partes el contrato han seleccionado expresamente la ley aplicable, entonces esta elección será siempre honrada y no podrá ser disputada, como ocurrió en el pasado.
- (b) Si no hay referencia expresa a la Ley aplicable, entonces el Tribunal las determinará en base a lo que pueda inferirse del examen de las provisiones contractuales o las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato.
- (c) Finalmente, si se concluye que las partes nunca consideraron cual sería la ley que gobernaría sus relaciones contractuales, entonces será el Tribunal el llamado a seleccionar cual es la Ley mas cercanamente relacionada con el contrato.

Cabe ahora preguntarse cual es nuestra realidad; es decir, ¿puede un asegurador chileno someter un contrato de reaseguros una ley distinta de la chilena?. La única forma chilena sobre esta materia es el artículo 29 del D.F.L. N° 251, Ley de Seguros, que expresa lo siguiente:

**ART. 29:** "Las cuestiones litigiosas que se susciten con motivos de los contratos de seguro directos y reaseguros sujetos a esta Ley serán sometidos a la Ley Chilena, siendo nulo todo pacto en contrario".

Si se examina bien esta disposición legal, se concluye que lo que está prohibido es someterse a una "jurisdicción" distinta de la chilena, pero nada impide que Tribunales de nuestro país puedan conocer una disputa en torno a un contrato conforme a la ley Inglesa. Esto dejaría abierta la posibilidad para que un contrato de reaseguro pacte que la ley aplicable al mismo sea extranjera, pero cualquier disputa daba ser resuelta por tribunales Ordinarios o arbitrales chilenos.

#### 11.- SEXTO ASPECTO: LA ELECCION DE JURISDICCION.

El tema de cual es el Tribunal llamado a resolver una contienda entra las partes, puede ser tanto o más complicado que elegir la Ley aplicable al Contrato; surge aquí el ingrediente del costo de litigar en países como los EEUU o Gran Bretaña, que muchas veces lleva a concluir que es mas conveniente olvidarse de una deuda que llevar a la contraparte a pleito para cobrarla. El problema se vuelve aún más complejo cuando son muchos los reaseguradores y, en teoría, tendrán que plantearse litigios en todos los países donde tiene cada uno la sede de sus negocios, para asegurar la ejecutabilidad de la sentencia que pudiere obtenerse en un juicio ante algún Tribunal determinado.

En Europa estas dificultades se plantean a cada momento, al coexistir con las diversas legislaciones internas, dos Convenciones Internacionales que pretenden resolver el punto. La "Convención de Bruselas en Jurisdicción y Ejecución de Sentencias", opera dentro de la comunidad Europea. Por su parte, los países miembros de esta comunidad, ingresaron también en la "Convención de Lugano sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias", con los miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, que integran Austria, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Suiza. Ambos textos son muy similares y no es el objeto de esta conferencia analizarlos. Simplemente digamos que aunque sus

reglas son claras, también son muchas las limitaciones de aplicación, lo que hace enormemente complejo, especialmente para estados que no son miembros, acceder a ellas o simplemente saber a que atenerse.

En nuestro país, la disposición del art. 29, que citábamos en el punto anterior es clara; es nulo cualquier pacto en el contrato de reaseguro donde se convenga una jurisdicción distinta de los Tribunales Chilenos. Sin embargo, en ausencia de una disposición expresa, es muy dudoso que una pueda tener siquiera la oportunidad de traer la disputa que se haya iniciado con un reasegurador extranjero a los Tribunales Chilenos.

El punto interesante puede plantearse en torno a la responsabilidad que puede afectar a un Corredor de Reaseguros que conociendo (o "debiendo saber", pues en Chile la Ley se presume conocida por todos) la prohibición establecida por el ya referido art. 29 de la Ley Chilena de Seguros, intermedia un contrato en el cual omite la cláusula de jurisdicción o simplemente pacta en contrario y, por consiguiente, provoca que dicha disposición contractual sea nula, por expreso mandato legal. En este caso, estimamos, incurrirá en un grave error u omisión, de aquellos que habilitan a la Superintendencia de Valores y Seguros y hacer efectiva la garantía depositada para caucionar el correcto desempeño de las actividades de los Brokers de Reaseguro en Chile, prevista en el art. 16 bis, también mencionado anteriormente. (Últimas Tendencias de la Jurisprudencia Internacional en Materia de Reaseguros, Javier Carvallo Pardo, abogado, liquidador de seguros, charla ante Aida, 25 de septiembre de 1996. Pag. (11-12-13-14-15-16-17)

## 12.- COMENTARIO FINAL

De lo expuesto precedentemente se concluye que si las Compañías aseguradoras aceptan el nombramiento de liquidadores que actúan por cuenta y encargo de los reaseguradores externos, tales liquidadores no pueden ser otros que los autorizados por la Superintendencia de Valores y Seguros, quienes deberán observar en su actuar todas las normas que regulan tal actividad, particularmente las relativas a la imparcialidad y objetividad con que deben cumplir su función pública.

Santiago de Chile, junio de 1997

## SUSCRIPCIÓN DEL RIESGO DE INCENDIO

Jorge Sánchez Villabela

Abogado

Director de Münchener para España y Portugal

Elkin Hundt

Abogado

Director Adjunto de Münchener para España y Portugal

Juan Antonio Gallego.

Abogado

Suscriptor Coordinador de Münchener

### La experiencia sobre incendios provocados

Un incendio provocado es que causa daño o destrucción en bienes materiales y, en ocasiones, a personas, siendo cometido de forma dolosa o por negligencia.

En general, casi todos los incendios son provocados, bien de forma dolosa o, especialmente, a causa de negligencias. Son muy pocos los siniestros cuya causa y sobre todo su intensidad son originados por una circunstancia absolutamente imprevista y fuera de control. Incluso incendios provocados por fuerzas de la naturaleza como es la caída del rayo pueden ser evitados o muy reducidos con los equipos que nos proporciona la industria.

El artículo 48 de la Ley de Contrato de Seguro dice:

*"El asegurador estará obligado a indemnizar los daños producidos por el incendio cuando éste se origine por caso fortuito, por malquerencia de extraños, por negligencia propia o de las personas de quien se responda civilmente".*

A veces el cúmulo de negligencias es de tal magnitud y gravedad que puede ser el paso previo para que ocurra un incendio provocado de forma dolosa. En el mencionado artículo 48 de la Ley de Contrato de Seguro se dice también:

*“El asegurador no estará obligado a indemnizar los daños provocados por el incendio cuando este se origine por dolo o culpa grave del asegurado”.*

Un incendio provocado tiene más repercusiones que la simple indemnización por parte de las compañías aseguradoras:

- además de los daños materiales se pueden presentar daños personales (muertos, heridos)
- alarma social
- puesto de trabajo perdidos
- menores ingresos fiscales

Están interesados en luchar contra los incendios provocados:

- el Estado
- los Órganos Judiciales
- los Cuerpos de Seguridad
- los propios asegurados
- los aseguradores

Los aseguradores, en cuanto que son los que indemnizan los daños materiales causados por los siniestros provocados, tienen el máximo interés en ahorrar los costes procedentes de estos actos y mejorar sus resultados.

Existen diversas clases de incendios provocados. Los más frecuentes son:

- los causados por el asegurado para cometer fraude al seguro y obtener un beneficio económico y que ya fueron planeados antes de la contratación de la póliza.
- los causados por asegurados que no tenían intención de causar este acto doloso pero que se ven empujados a ello ante la aparición de circunstancias no previstas que les suponen una situación económica de grandes pérdidas, quiebra, etc
- realizados para ocultar pruebas de un robo o como despecho por no haber obtenido el botín esperado

- deshacerse de maquinaria o edificios obsoletos
- actos provocados por terceros pagados por la competencia
- motivados por conflictos sociales, políticos, étnicos o religiosos
- pirómanos
- causados por motivos emocionales
- bomberos ansiosos de notoriedad
- empleados descontentos

Normalmente sólo en los casos descritos en los dos primeros apartados se busca un incendio total para obtener el máximo lucro económico.

En los restantes casos, se pretende sólo producir un perjuicio aunque muchas veces estos incendios superan los daños que esperaban sus autores y escapan a su control.

**¿Qué pueden hacer los aseguradores frente al riesgo de incendios provocados?**

a) en la suscripción

La suscripción consiste en analizar las características objetivas de unos determinados valores a asegurar, obtener el precio del seguro de incendios, las condiciones de aseguramiento –bienes y garantías cubiertas y excluidas- y, en definitiva **ACEPTAR O RECHAZAR LA CONCERTACION DEL SEGURO.**

Para los aseguradores no es fácil considerar que se puede producir un incendio provocado durante la vigencia de las pólizas que forman su cartera. En principio, no sería lógico desconfiar de las personas que van a ser clientes y con las que se establecerá un contrato. Pero es que además, salvo que se trate de casos de auténticos y especializados defraudadores profesionales, el incendio provocado en la mayoría de las ocasiones no está planeado antes de la contratación de la póliza sino que se produce al presentarse unas determinadas circunstancias que no existían en el momento de concertarla.

Tampoco se encuentran en las tarifas de primas de las aseguradoras recargos específicos para la posible ocurrencia de los siniestros de origen provocado. Los precios del seguro de incendios están basados sobre todo en estadísticas de frecuencia y coste de siniestros para las diversas actividades comerciales o industriales. Es cierto que en la técnica actuarial se incluyen recargos de seguridad en las tarifas para paliar los efectos de circunstancias imprevistas pero no se refieren específicamente a incendios provocados. Por ello durante la fase de suscripción de un seguro de incendios, tanto si se trata de nueva contratación como durante los años de vigencia del misma, los aseguradores tienen que evaluar permanentemente las condiciones en que se encuentran las instalaciones aseguradas, desde dos puntos:

b) en el análisis del riesgo subjetivo

Para ello utilizan habitualmente los siguientes soportes:

· Solicitudes y/o proposiciones de seguro

En este tipo de documentos se puede encontrar:

- datos identificativos del asegurado (Nombre, CIF, NIF, etc)
- datos identificativos de la situación del riesgo
- datos fundamentales del contrato y forma de pago
- características del riesgo (construcción, sistemas de prevención, etc)
- información sobre siniestralidad anterior
- información sobre otros aseguradores anteriores
- croquis, otras informaciones técnicas
- garantías solicitadas, sumas aseguradas y primas

· Informes de inspección de riesgo

Hoy en día es el documento fundamental en la suscripción de los riesgos industriales. La inmensa mayoría de los comercios e industrias son visitados y revisados por los técnicos de las entidades aseguradoras. Obviamente la cantidad de la información así como la calidad de la misma depende sobre todo de la importancia de la suma asegurada y de la peligrosidad intrínseca de la industria o de su complejidad técnica.

Este tipo de informes, a pesar de su gran utilidad, no son más que una descripción más o menos amplia de las instalaciones aseguradas, edificios, procesos de fabricación y, especialmente medidas de prevención y seguridad.

No forman parte de la póliza y, con frecuencia, contienen notas de sus autores aclarando que se trata exclusivamente de documentos de uso interno focalizados en las negociaciones para establecer un contrato de seguro sin ninguna otra utilidad. Ocurre con frecuencia que los inspectores no disponen del tiempo suficiente para realizar una visita completa (en realidad es el contratante del seguro el que no puede dedicar el tiempo necesario) y reciben en ocasiones información por parte del cliente que no pueden confirmar de una manera fehaciente y tienen que dar por buena.

A causa de no disponer de suficiente personal o debidamente cualificado y, en resumen, por cuestiones de costes no se realizan las visitas periódicas que serían deseables para constatar el estado de la industria así como las mejoras o agravaciones del riesgo.

En épocas de excesiva competencia entre aseguradoras (que denominamos como "mercado blando") la importancia de estos análisis técnicos se ve amenazada por criterios más comerciales encaminados hacia los incrementos de negocio asegurador. Afortunadamente en los últimos años la situación en este sentido ha mejorado de una manera muy apreciable.

· Informes económicos

Las compañías aseguradoras suelen recibir información de la situación económica de las industrias que aseguran. Esta se realiza generalmente a través de sistemas de conexión "on line" con empresas especializadas en proporcionar estos servicios.

Por este método se obtienen datos sobre: nombres de propietarios, participaciones accionariales, pertenencia a otros grupos industriales, cuentas de resultados en los últimos años, capacidad de endeudamiento, etc.

También los agentes y mediadores locales pueden aportar informaciones, quizás no muy rigurosas, pero eficaces.

Con todos estos documentos los suscriptores de las compañías aseguradoras evaluarán las informaciones y tomarán la decisión de aceptar o rechazar el seguro.

Pero esta evaluación se hará tomando en consideración aspectos puramente objetivos de las informaciones porque, en realidad, no existirá un dato o una frase que diga "este negocio va a tener un incendio provocado".

El análisis del riesgo subjetivo de un posible incendio provocado sólo podrá ser determinado por suscriptores experimentados, con una determinada calificación pero sobre todo con mucha experiencia en el seguro de incendios y se obtendrá de algunas informaciones puntuales obtenidas de los mencionados documentos indicados anteriormente.

Solamente a título de ejemplo citaremos a continuación algunos puntos que los aseguradores tienen en cuenta para considerar la posible ocurrencia en el futuro de un siniestro provocado. Puntos que fundamentalmente son aquellos que influyen de manera importante en la tendencia hacia el rechazo de la contratación del seguro pero porque estiman que no va a ser rentable para la aseguradora, es decir, que los costes de siniestralidad van a superar ampliamente las primas cobradas.

Los incendios provocados por dolo del asegurado pueden ser cometidos por él mismo o por personas a las que ha encomendado esta acción delictiva pero también por otros terceros ajenos al asegurado.

Podemos decir que pueden tener:

- un origen exterior
- un origen interior

El análisis de las características objetivas del comercio o la industria asegurada para decidir si tiene la calidad suficiente como para ser aceptado y que entre a formar parte de la cartera de la aseguradora, será el mismo que para considerar un incendio provocado. En realidad, estamos buscando que no se produzca un incendio por la causa que sea o que, si se produce, su intensidad sea lo más reducida posible.

En cuanto a los riesgos de origen exterior, nos fijaremos sobre todo en:

- control de accesos, control de visitantes
- vigilancia permanente 24 horas (sus características)

- iluminación nocturna
- retirada de productos combustibles de la proximidad de los edificios
- control sobre matorrales, rastrojos, residuos, etc. que puedan utilizarse para producir un incendio
- vallado de la parcela
- protecciones físicas de puertas, ventanas, claraboyas, cubiertas, etc
- posible intrusión desde edificios colindantes
- alarmas contra el robo y la intrusión
- organización general de la seguridad

En resumen, se trata de poner todas las trabas posibles a un acceso no deseado desde el exterior.

El control de los riesgos interiores es más complicado. Supone que el delincuente está dentro de la industria y conoce perfectamente las características de la misma, mucho más si es el propietario. A pesar de ello deberemos prestar la máxima atención a puntos tales como:

- almacenamientos sobrecargados
  - deficiencias en instalaciones con alto riesgo de incendio, explosión
  - falta de orden y limpieza
  - escaso control sobre fumadores
  - puertas o compartimentaciones contra el fuego abiertas o con defectos
  - ausencia de controles sobre trabajos subcontratados (por ejemplo soldadores)
  - estado defectuoso de los equipos de alarma y extinción de incendio
  - inexistencia de un responsable de seguridad
  - excesiva lejanía del Cuerpo de Bomberos
  - instalaciones fuera de cascos urbanos o en despoblado
  - control de acceso a puntos clave
  - protecciones específicas para instalaciones clave
  - relaciones con los empleados (conflictividad social)
  - organización general de la seguridad interior
- Otros conceptos a estudiar serían:

- volumen de negocio y resultado en los últimos años
- situación de beneficios o de pérdidas
- información sobre anteriores aseguradores
- información sobre circunstancias no aclaradas en siniestros anteriores
- grado de utilización de la capacidad de maquinaria y/o almacenamiento
- empresa de carácter estacional
- dependencia de un número reducido de clientes
- porcentaje de ventas al exterior

En cuanto a algunos aspectos del seguro solicitado, deben hacernos reflexionar tanto durante la contratación del seguro como durante la vigencia del mismo:

- Importantes aumentos en la suma asegurada producidos en un plazo inmediato a la contratación del seguro o muy próximo a la renovación.
- Fuerte aumento de las sumas indicadas como capitales eventuales.
- Aumentos de sumas aseguradas que no se justifican claramente al no existir construcciones de nuevos edificios o compra de maquinaria.
- "Exceso" de consultas sobre los aspectos de la póliza las cuales no fueron manifestadas durante el trámite de contratación del seguro.
- Solicitud insistente de valoración de bienes a nuevo sin presentar detallados informes de valoración.

Ante alguna sospecha de posible fraude, el asegurador puede reaccionar utilizando las condiciones particulares que forman parte de la póliza tomando, entre otras, las siguientes acciones:

- Limitando la diferencia entre el valor de nuevo y el valor de viejo de los edificios a un determinado porcentaje del valor de nuevo.
- No Indemnizando la mencionada diferencia entre el valor de nuevo y el valor real, si el edificio objeto del seguro no es reconstruido.
- Rechazando valoraciones a nuevo para determinadas maquinarias en función de su vida útil. Solicitando en todos los casos la presentación de una valoración a nuevo realizada por una Firma independiente.
- Aplicando deducibles en caso de siniestro. Por ejemplo en el caso de siniestros ocurridos mientras se están adecuando los sistemas propios de extinción y lucha contra el incendio.
- Corresponsabilizando al asegurado en un porcentaje de la indemnización (el asegurado se convierte en propio asegurador)
- Estableciendo sublímites máximos asegurados para determinadas garantías.
- No otorgando cobertura para alguna garantía.

**Otras condiciones que favorecen el incremento de los siniestros provocados.**

Situación de recesión económica. Ya sea en el propio país y/o de tipo internacional: Entre cuyas causas citaremos:

- conflictos bélicos
- actos de terrorismo
- aumento en los precios de la energía
- elevadas cifras de déficit público/aumentos de los índices de precios...

- pérdida de confianza en los gobernantes
- escándalos financieros de gran repercusión.

y cuyos efectos son, entre otros:

- disminución del consumo privado
- reducción del ahorro de las familias
- reducción de los beneficios empresariales
- aumento del paro
- aumento de las tensiones en el ambiente laboral
- bajada del número de visitantes de otros países
- reducción de las exportaciones
- dificultades de las industrias para dar salida a sus productos
- aumentos de los stocks de productos en almacenes
- en general, deterioro del tejido industrial

Pero también se presentan otros riesgos como:

- empresas que fabrican productos de temporada a los que no han podido dar salida
- dependencia excesiva de un reducido número de clientes o peor aún de un solo cliente
- súbita pérdida de atracción de los productos fabricados ante la imprevista presencia de otros mejor valorados por el público
- en locales de ocio, pérdidas de clientes que cambian sus preferencias por otros nuevos locales
- pérdida de prestigio o de imagen de una determinada marca ocurrida por un hecho imprevisto difundido en los medios de comunicación
- situación de crisis en industrias de la misma clase implantadas en una determinada zona geográfica

Los aseguradores deben prestar la máxima atención a situaciones como las indicadas anteriormente que pueden representar la antesala de un incremento en el número de siniestros provocados.

**Una vez ocurrido el siniestro**

Los aseguradores deben disponer de tramitadores de siniestros lo suficientemente expertos como para sospechar inmediatamente de que puede haberse producido un siniestro provocado sólo con recibir las primeras informaciones del mismo.

### Las primeras decisiones a tomar serían:

- Encargar la peritación a un ajustador de siniestros con reconocida experiencia.
- Utilizar por decisión propia o preferentemente consensuada con el ajustador del siniestro los servicios de investigadores privados especializados en esta clase de daños, independientemente de las acciones tomadas por la Policía.
- Dar aviso a la Asesoría de la aseguradora para que preste su asesoramiento.

Independientemente de las informaciones que el perito ajustador y el investigador de siniestro le vayan pasando, o incluso en siniestros en los que no se haya tomado la decisión de una investigación, podrían resultar sospechosos algunos hechos como los relacionados a continuación:

- reclamaciones claramente exageradas
- propensión por parte del asegurado a aceptar arreglos amistosos rápidos por el contrario, a veces un desinterés excesivo
- demostración por parte del asegurado de unos conocimientos exagerados e impropios en materia de seguros
- negativa a entregar documentos escritos y utilización de conversaciones verbales
- ausencia de soportes demostrativos de la preexistencia
- claro incumplimiento por parte del asegurado de sus obligaciones fiscales por supuesto, existencia de más de un foco de incendio

### Algunas consideraciones sobre el deber de declaración del riesgo y causación del siniestro por mala fe.

La actividad aseguradora requiere para poder ofrecer cobertura a aquellos que la deseen una colaboración precedida por la más exquisita buena fe. Ello sólo es posible mediante una exacta apreciación del riesgo que permita decidir si asumirlo o no, y en caso dado, a qué precio. Para que esta exacta apreciación del riesgo sea posible, el asegurador ha de apoyarse en el deber de declaración del asegurado, pues es el único medio a su alcance para ello.

El seguro como todo contrato, se perfecciona por el consentimiento de las partes sobre su objeto y causa, según lo dispuesto por el artículo 1262 del Código Civil español, de lo que se deduce la posibilidad de aplicar la teoría general de los vicios del consentimiento a este contrato, a tenor del artículo 1265

del mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, y en la medida que el contrato de seguro es un contrato fundado en la más exquisita buena fe, casi todas las legislaciones han elaborado disposiciones especiales a este respecto. Este era el caso, en derecho español, del antiguo artículo 381 del Código de Comercio, en el que se sancionaban las inexactitudes y omisiones de hechos y circunstancias que el asegurado debe poner en conocimiento del asegurador, de forma que éste pueda tener una idea clara y real del riesgo que asume. Dado que éste y todos los restantes artículos referentes al contrato de seguro, contenidos en el Código de Comercio, han sido derogados por la Ley del Contrato de Seguro, nos referiremos en adelante a ambos ordenamientos jurídicos de forma comparativa.

En torno a falsas declaraciones o el deber de declaración, el artículo 381 del Código de Comercio presuponía que el asegurado incurría en dolo al servirse de falsas declaraciones para inducir a la otra parte a prestar su consentimiento, que de otra forma no lo hubiesen otorgado (dolo causans). De ahí que sería suficiente que el dolo, las falsas declaraciones de las partes o la reticencia del asegurado recayesen sobre algunas de las menciones de la oferta o de la aceptación contractual, para hacer concluir un contrato que sin ellas no se hubiese estipulado y, por tanto, de acuerdo con este artículo se produjese la nulidad del seguro.

A la luz de este artículo, mayor complejidad ofrecía el supuesto de mala fe probada, si ésta se producía en el proceso de perfección del contrato o bien con referencia a una aplicación aislada al mismo. En el primer caso, era claro que el contrato debería ser nulo, y en el segundo la nulidad sólo debería afectar a la aplicación realizada con mala fe. La redacción terminante de este artículo –señala Sánchez Calero–, en el sentido de que será nulo todo contrato de seguro cuando se produzca una declaración inexacta, podía llevar a creer que el efecto de la declaración viciada significaba la nulidad del contrato. En este sentido, la mayoría de la doctrina se inclinaba por pensar que se trataba de anulabilidad o nulidad relativa y no de nulidad.

A este respecto, la Ley del Contrato de Seguro ha querido seguir con relación al deber de declaración de riesgo por parte del tomador de seguro, un concepto totalmente distinto, no solamente por lo que toca a las consecuencias del incumplimiento de ese deber, sino muy especialmente por lo que hace a la renuncia del principio según el cual el contratante del seguro debe tomar la iniciativa en esta declaración. En este sentido, la LCS en su artículo 10 ha intentado establecer un sistema menos riguroso para el asegurado que el que



establecía el artículo 381 del C. de C. En efecto, este precepto ha articulado, de manera menos precisa, los efectos del incumplimiento del deber de declaración según haya existido o no dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro.

A diferencia del artículo 381 del C. de C., en que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo, el artículo 10 de la LCS, limita este deber de declaración al llenado del cuestionario que el asegurador somete al presunto tomador. Ello quiere decir que si el asegurador prescinde de formular las preguntas oportunas con el objetivo de poder valorar el riesgo, el tomador estará liberado de ese deber. Con esto la LCS ha querido dar a este deber una concepción totalmente distinta, no sólo por lo que se refiere a su infracción, sino por lo que hace el abandono del principio según el cual, el contratante del seguro tiene el deber de tomar la iniciativa de declarar todo lo que sabe en torno al riesgo y que, por tanto, debería hacerlo de forma espontánea.

Así, el espíritu del artículo diez concibe esta obligación más como un deber de contestación o respuesta y que presupone que el asegurador por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos, a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, sabrá perfectamente qué datos requiere para poder decidir sobre la asunción o no del riesgo. Esta concepción se aclara y refuerza, al haberse añadido el último párrafo del artículo diez que establece que el tomador de seguro "Quedarán exonerados de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él".

Con relación a este deber, es válida la consideración contenida en los artículos 11 y 13 de la LCS, en el sentido de que se ha de valorar la disconformidad entre el riesgo real y el declarado. En efecto, estos artículos dicen con relación a la relevancia de la declaración de las modificaciones del riesgo, que ha de tenerse en cuenta si el asegurador, conocida la verdadera naturaleza del riesgo, no habría celebrado el contrato o la habría hecho en condiciones diferentes.

Sancionado o no jurídicamente, este deber se inspira, sin duda en el principio de la buena fe. Con el deber de declaración no se trata, evidentemente, de una obligación nacida de un contrato, puesto que todavía no existe tal contrato. Se trata más bien de una carga (*onus*) que pesa sobre el asegurador sobre la redacción del cuestionario. Este hecho supone que los aseguradores no sólo deben cuidar la redacción del cuestionario, sino que han de procurar

comprender en él todas las cuestiones que se consideren relevantes para una valoración correcta del riesgo. Entre ellas deben considerarse los hechos objetivos, tales como la clase de construcción, la actividad del asegurado, los edificios colindantes, etc. y los subjetivos, tales como la actuación que ha tenido el asegurado en siniestros anteriores, la existencia de seguros anteriores y las causas de la rescisión del contrato por otras compañías aseguradoras, ya sea por elevada siniestralidad, etc. Y así otros datos e informaciones que permitan hacer una valoración, sobre todo, a efectos de la posible provocación de un siniestro y que estén relacionados directamente con el estado financiero de la empresa, tales como los stocks en almacenes y su flujo, situación de las ventas o estacionalidad de las mismas, situación en el ámbito de la competencia, etc.

Conforme al derecho anglosajón, una falsa declaración que induce a una de las partes a estipular un contrato, constituye causa de anulación. El silencio mismo no puede ser, a estos efectos, considerado una declaración falsa, salvo en circunstancias en que exista el deber de declarar. Tal deber es aplicable -tal como explican O'Neill y Woloniecki-, al contrato de seguro. El defecto de información sobre un asunto que puede influenciar de manera significativa el criterio de un suscriptor, sobre el cual una de las partes debe o se supone debe tener conocimiento y que induce a la otra parte a celebrar el contrato, debe considerarse como una reticencia material al ocultar información (*material non-disclosure*). Una declaración puede constituir una reticencia, en la medida que lo dicho sea engañoso a la luz de lo que no se ha dicho: *suppressio veri est suggestio falsi*. Muy a menudo, encierra una gran dificultad trazar la línea divisoria entre falsificación y reticencia. La prueba material de ambos, es decir, falsa declaración o reticencia precontractual es la misma.

La razón que prescribe la obligación de las partes de procurar información reside en la necesidad de prevenir el dolo y, por ende, de fomentar la buena fe. Ello se adapta a unos hechos según sea la naturaleza del contrato, es decir, lo que una parte privadamente sabe y la otra ignora sin tener razón para sospechar.

En definitiva, lo importante es siempre "si la actuación en el momento y bajo todas las circunstancias en que se suscribió la póliza ha sido de buena fe o, por el contrario, si ha existido encubrimiento o se ha actuado dolosamente [...] modificando materialmente el objeto de la póliza y cambiando el riesgo que se daba por cubierto".

En los Estados Unidos el incumplimiento del deber de declaración se trata bajo los principios de *misrepresentation* y *concealment*. El asegurado tiene

el deber, tal como en el derecho anglosajón, de comunicar al asegurador todas las circunstancias que pueden influenciar su decisión en relación con la asunción del riesgo (*all material facts*). No obstante, este deber no resulta tan estricto, como lo es en el ámbito anglosajón. El derecho a anular el contrato (*avoidance*) se concede al asegurador básicamente sólo en caso de dolo o culpa grave del asegurado, lo que constituye la diferencia esencial con el ordenamiento jurídico anglosajón. Volviendo a nuestro ámbito jurídico y en relación con los requisitos del evento doloso como causa de exclusión de la responsabilidad del asegurador, el artículo 19 de la LCS excluye la obligación del asegurador de hacer frente a la indemnización “en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”. Y para que pueda inferirse que el evento ha sido doloso, es necesario que en él concurren tres requisitos, a saber, mala fe, que sea por parte del asegurado y que esa mala fe sea causa del evento.

En este contexto se puede afirmar que el término “mala fe” empleado en el artículo 19 es equivalente al de dolo según la doctrina civilista, es decir, ha de tratarse de un acto consciente y voluntario del asegurado, que quiere que se produzca el siniestro. Ha de tratarse de un acto intencional y malicioso, esto es, dirigido a la violación de una norma o deber de comportamiento, con lo que evidentemente cae fuera del ámbito de lo accidental, imprevisible y repentino, presupuesto inexcusable del siniestro amparado.

Afortunadamente bajo la vigencia de la LCS y a diferencia de lo dispuesto por el antiguo artículo 396 del Código de Comercio, la responsabilidad del asegurador de liberarse del pago del siniestro en caso de incendios ocasionados por delito del asegurado puede producirse, mediante prueba por la vía civil aun cuando el asunto se haya sobreseído por la vía penal.

Por otra parte, hay que señalar, como es bien sabido, que corresponde al asegurador la prueba de que el siniestro ha sido causado por el asegurado. En este sentido, la experiencia jurisprudencial indica que en los supuestos en los que el asegurador alega que el siniestro ha sido causado de forma voluntaria por el asegurado y pretende liberarse de la obligación de pago de la indemnización, es necesaria una prueba concluyente por parte del asegurador, rechazándose por lo general la prueba de las presunciones basadas en insinuaciones o sospechas.

En cuanto a la prueba de la intencionalidad de la provocación y autoría del incendio, el problema reside en infinidad de casos en la ausencia de prueba directa, por lo cual es menester recurrir a pruebas indiciarias, es decir, pruebas fundadas en indicios plenamente constatados cuyas consecuencias se

demuestran lógicas de todo punto y que contribuyen a destruir la presunción de inocencia y de “*in dubio pro reo*”, principios invocados por el recurrente, por ejemplo, en las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 162/2001 de 2 de noviembre de 2001 y de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 25/2000 de 4 de febrero de 2000, que confirman la autoría voluntaria del incendio.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 991/2002 de 31 de mayo de 2002 también confirma los criterios invocados en las sentencias citadas anteriormente, al desestimar los fundamentos de derecho basados en la teoría de la “*conditio sine qua non*” alegados por el recurrente, es decir, autor del incendio, sobre todo en el hecho de que con base en las discrepancias entre dos informes periciales, uno de la Guardia Civil y otro del Centro de Investigación Criminalística de la propia Guardia Civil, se cuestiona la causalidad del resultado de incendio provocado al no poder probar concluyentemente la existencia de acelerantes de la combustión.

Como conclusión, se puede afirmar que, en el caso de un siniestro provocado, el asegurador está en una posición de desventaja, pues como hemos señalado antes, las cargas de la elaboración de un cuestionario correcto afectos del deber de declaración del asegurado; la verificación de la veracidad de los hechos declarados por el asegurado; y, por último, y sobre todo de la máxima importancia, la prueba de que en la ocurrencia del siniestro ha concurrido el dolo, recaen en el asegurador. Ahora bien, ante las incertidumbres mencionadas, cabe destacar como factor a tener en cuenta por el asegurador a la hora de rechazar el siniestro, las sentencias mencionadas y muchas otras que restan rigor a la necesidad de presentar prueba concluyente o directa sobre la voluntariedad en la provocación del siniestro y que, por tanto, dejan un espacio importante a los recursos que ofrece la lógica. En abono de esta postura, cabe mencionar también la sentencia del Tribunal Supremo núm. 224/2001, de 12 de marzo de 2001, que exime al asegurador del recargo por demora dado que el retraso de la indemnización es por causa justificada, pues en este caso el indicio de incendio provocado no queda plenamente demostrado, pero, por otra parte, las circunstancias del caso revisten una apariencia de razonabilidad suficiente para entender que se da una situación de incertidumbre que justifica la aplicación de la exclusión del recargo de demora.

### Grandes incendios provocados.

Por incendios provocados debe entenderse, en general, el daño o destrucción de bienes incendiándolos de forma dolosa o negligente.

En los últimos años el seguro de daños se ha visto afectado de forma creciente por las consecuencias negativas derivadas de incendios provocados. Dentro de este campo incluimos los actos terroristas, actos de sabotaje y negligencia que se acercan al sabotaje.

### Cuáles son los motivos que inducen al incendio provocado

Según las investigaciones de Lewis y Yarnell en 1951 en los Estados Unidos se definieron los siguientes motivos:

- siniestros accidentales ocasionados por personas normales, personas mayores o niños, incluidas las personas con problemas psíquicos y deficiencias mentales y sicóticas.
- Siniestros habituales según las estadísticas de países, ocasionados por personas normales (principalmente menores de edad) y se incluyen también personas con problemas mentales y psíquicos.
- Siniestros ocasionales similares a los anteriores pero que incluyen actos de terrorismo, sabotaje y autoincendios.

Como punto complementario, los motivos principales sobre todo los relacionados con personas con deficiencias mentales y sicóticos son los siguientes:

- como reacción al orden social y tipo de vida contrario a sus intereses
- como venganza contra el empleador o empresa
- como venganza por su vanidad o orgullo
- como posibilidad de llegar a ser un héroe en la extinción del incendio provocado
- problemas sexuales

### Resumen de las estadísticas del Reino Unido y Alemania

Basándonos en las definiciones anteriores y en los diferentes estudios realizados tanto en el Reino Unido como Alemania, las estadísticas sobre las causas de incendios provocados son muy similares.

El "Aspreys Group Prevention" en el Reino Unido en sus estudios entre 1991 y 1996 obtuvo como resultado de las principales causas de incendios provocados el siguiente cuadro. Aquí se investigó durante este tiempo una muestra de 645 casos.

Causa	Reino Unido
Venganza	24%
Problemas mentales	20%
Alcohol y drogas	19%
Complemento de otro crimen	7%
Obtención de ventajas financieras	6%
Excitación	5%
Actos Terroristas /o de extremistas	2%
A fin de presentar un acto Heroico	1%
Motivo no determinado	17%

En el Reino Unido se presentan anualmente del orden de 30.000 casos de incendios provocados, cifra muy similar a la dada por el PKS (policía criminal alemana) en Alemania que fue de 28.000 en el año 2000 y 26.122 en el año 2001. En estas cifras ya se incluyen la nueva lista de causas publicada por Scott en 1974 que dividió un nuevo grupo como sigue:

- Utilizar un incendio provocado para encubrir otro crimen
- Incendios provocados por motivaciones política y raciales
- Suicidio e inmolación
- Ver y observar el incendio

En conclusión, se puede decir que cada cuarto incendio es un incendio provocado, ya sea por accidente, negligencia o premeditado. En las investigaciones del PKS en Alemania es interesante observar que el 80% de los incendios son ocasionados por varones y el 20% por mujeres, a su vez, en el 42% de los casos, éstos se producen en poblaciones con menos de 20.000 habitantes. En poblaciones o ciudades entre 20.000 y 100.000 habitantes es el 14,5% y en ciudades del orden de 500.000 habitantes es del 16,2%. Los autores son generalmente muy jóvenes, así, la mayoría de los incendios provocados son ocasionados por jóvenes entre 14 y 18 años = 60%.

Un análisis llevado a cabo en Berlín dejó como resultado que el 87% de los causantes estaban alcoholizados. Finalmente, las horas escogidas para llevar a efecto estos incendios tienen lugar en su mayoría entre las 23 horas y 4 horas de la mañana.

## SINIESTROS QUE AFECTAN AL SEGURO

En un estudio presentado por Hubertus Hammer de la Compañía de Seguros Nordstern se concluye que en el ramo del seguro de incendio, el 24% de los siniestros tiene su origen en incendios provocados. También hay un 15% de los siniestros cuyo origen o causa se desconoce, por lo que parte de éstos podrían haber sido también incendios provocados. Ello significa que alrededor del 30% de los siniestros que ve la industria del seguro en cantidad, y no en su cuantía, tiene su origen en los incendios provocados. Ello significa que alrededor del 30% de los siniestros que ve la industria del seguro en cantidad, y no en su cuantía, tiene su origen en los incendios provocados. En cuanto a la cuantía pagada sobre el total de los siniestros en el ramo de incendio, en el mercado alemán ésta ha aumentado de un 9% en 1980 a un 13% en 1981, llegando al 32% entre 1983 y 1987. Posteriormente disminuyó y se mantiene entre un 20% y 25%.

## METODOS USADOS PARA PROVOCAR INCENDIOS

Los métodos usados para provocar incendios no tienen límite en la imaginación humana. La mayoría se producen con el uso de simples cerillas, mecheros y velas. Pero, al día de hoy, se llegan a utilizar automóviles, gasolina, inclusive aviones como vimos en el atentado del WTC.

### Primera causa importante de incendio provocado

Es prácticamente imposible nombrar todos los casos de grandes incendios provocados en el mundo en los últimos 10 años por la cantidad y cuantía con que se han presentado. Lo más sencillo es recurrir a la noticia de que en Estados Unidos, pese a que el número de incendios en hogares descendió de 655.000 en 1980 a 332.000 en 1998, se ha producido un aumento en el número de incendios provocados por velas de 8.500 en 1980 a 12.900 en 1998, esto nos muestra que con un objeto tan simple se ocasionan incendios en hogares del orden de más de 80 millones de dólares por año en los Estados Unidos.

### Siniestro del WTC. Viernes de Febrero de 1993

No deseamos hablar del siniestro del WTC de hace dos años, pero sí como contraste al punto anterior, deseamos comentar el incendio provocado en el mismo lugar compuesto por siete edificaciones ocurrido en Febrero de 1993 y que todos nosotros olvidamos rápidamente. Aquí se puede decir "Lo que

hoy es noticia, mañana es historia". Este gran siniestro ocurrido a las 12 horas y 18 minutos de la mañana, tuvo su origen en una bomba colocada en una furgoneta estacionada en el nivel B-2 adyacente a una de las torres gemelas, debajo del Vista Hotel. La explosión afectó a 6 niveles de sótanos. En el área cercana a la explosión se derrumbaron dos placas de sótanos que cayeron sobre los equipos de los sistemas eléctricos, de comunicaciones y de la red de aguas municipal. En este suceso murieron 6 personas y 1000 personas resultaron heridas. Se evacuaron del orden de 150.000 personas en toda la zona de los 7 edificios. Ya en este caso hubo serios problemas de evacuación debido al humo que subió por los ascensores (efecto chimenea) y a la falta de luz sobre todo en los sistemas de emergencia y guías de salidas.

Otro claro ejemplo es el siniestro de Oklahoma City ocurrido el 19 de Abril de 1995.

### Siniestro en el Alfred P. Murrah Federal Building. 9 de Abril de 1995. Oklahoma.

El 19 de Abril de 1995 el Alfred P. Murrah Federal Building fue afectado por la detonación de una bomba causando un inmenso daño en la estructura del edificio, muriendo 168 personas y cientos de heridos como daños a la vecindad. Se calcula que se colocaron 4.800 libras de amonio de nitrato que fueron transportadas en un camión que fue estacionado al frente del edificio. Estas 4.800 libras ocasionan una detonación de entre 1.000 a 1.500.000 de libras por pulgada cuadrada. Este siniestro ha ocasionado mucha polémica e innumerables investigaciones por su causa. La teoría es que no pudo ser una sola bomba la que afectó a este edificio. El análisis efectuado por Benton K. Partin Brigadier General de USAF llega a la conclusión que no fue una sola bomba la que destruyó este edificio, sino varias bombas de menor poder colocadas en los puntos críticos de las juntas de la estructura que soporta el edificio.

### Incendios Forestales. Australia Noviembre 2002. Chile Noviembre 1999 y otros siniestros.

Cuando se habla de incendio provocado no podemos dejar de lado los incendios forestales. Son siempre punto de investigación, ya que muchos de ellos se producen por accidente o por negligencia humana. El último caso de un gran incendio forestal que ha causado muchas polémicas en torno a si fue o no provocado y hasta qué medida, es el de Australia en Noviembre de 2002. Este gran suceso destruyó más de 1.2 millones de acres de tierras de cultivo y bosques, 170 hogares, se extendió más de 1.200 millas y se solicitó la ayuda de más de 20.000 bomberos. La industria del seguro en Australia calcula el costo de este

siniestro cubierto bajo el seguro en 250.000 millones de dólares. Las autoridades de Australia estiman que el 40% de estos siniestros son provocados y peor aun, se cree que son menores de edad los que los ocasionan. Bob Carr, gobernador del estado de Nueva Gales, el más poblado de Australia dijo "Vamos a poner a los autores cara a cara con lo que han hecho". Carr quiere que los responsables ayuden a limpiar el desastre.

En Chile, el 9 de Noviembre de 1999 a las 9,00 horas, se inició un incendio que arrasó más de 20.000 hectáreas de pinas. El siniestro se originó un día después de que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena traspasara tierras a los mapuches. Según datos oficiales, se encontraron hasta ocho focos en distintos lugares de la región araucana. Este siniestro tuvo un costo del orden de 80 millones de dólares para la industria del seguro, superior al último terremoto en Chile.

Incendio en el Centro de Acogida Mississauga, Notario, 21 de Marzo de 1995, y en un Hospital en Peteersburgo, Virginia 31 de Diciembre de 1994.

El martes 21 de marzo de 1995 a la 19,40 horas, en un centro de acogida y asilo para ancianos, ocurrió un incendio ocasionado por materiales para fumar que encendieron la ropa en un armario. La edificación estaba parcialmente protegida contra incendio con rociadores en los sótanos y detectores de calor en las habitaciones así como en los vestíbulos.

Las edades de los ocupantes eran de entre 70 y 101 años. Muchos de ellos tenían un grado de impedimento mental o físico lo que hacía que la evacuación inmediata fuera difícil. Murieron 8 personas y 12 resultaron seriamente heridas. Uno de los ocupantes de la habitación donde se originó el siniestro, llamó por teléfono al 911, informó del incendio y escapó por la ventana, otro, que estaba confinado a una silla de ruedas, murió.

A las 9.00 horas del 31 de diciembre de 1994 se originó un incendio en un hospital de 468 camas en Petersburgo, Virginia. El siniestro fue ocasionado por materiales para fumar y murieron 5 personas. Se inició en la habitación de un paciente donde una colilla quemó la ropa de cama incluyendo el colchón con relleno de espuma plástica. El incendio se intensificó brevemente cuando fue alimentado por el oxígeno que se escapó del sistema de distribución de oxígeno del hospital. El humo se propagó por el corredor y otras habitaciones del hospital. El mayor daño lo produjo el humo debido a los materiales de falso techo hechos en plástico. Tuvo que evacuarse todo el hospital, el cual pese a las protecciones contra incendio sufrió muy serios daños.

– AIDA Chile, conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y el Patrocinio del Colegio de Abogados A.G., instituyeron el premio Juan Achurra Larraín para la mejor Memoria de Derecho de Seguros de la Universidades Chilenas. El Decano de Dicha Facultad, Claudio Osorio, el Presidente del Colegio de Abogados, Sergio Urrejola, y el Presidente de AIDA, Sergio Arellano, dieron inicio a la campaña informativa en todas las Universidades del país mediante afiches y comunicados. El ganador del premio de US\$ 1.000.- aportado por AIDA y el correspondiente diploma, será determinado por una comisión de profesores de dicha universidad.

– Por Circular 150 de 3 de Enero de 2005, la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros informó que AIDA Internacional, con el propósito de estimular la investigación científica del seguro, ha instituido el PREMIO A LA INVESTIGACION CIENTIFICA DE LA AIDA, el cual cuenta con el respaldo de AON RE GLOBAL.

Quienes estén interesados en participar en esta convocatoria, deberán elaborar una investigación original e inédita sobre cualquier tema concerniente al derecho de seguros y reaseguros, con una extensión aproximada de 200 páginas (incluida bibliografía, índices, etc), la que podrá realizarse en forma individual o en grupo, según el caso.

El valor del premio es de ocho mil (8.000) euros para el primer lugar y de dos mil (2.000) euros para el segundo, todo sin perjuicio de la publicación masiva de la investigación ganadora, a nivel nacional e internacional.

El plazo para envío de los trabajos expira el 30 de Marzo de 2006.

– En el Boletín Informativo N° 7 de Abril de 2005, el presidente de CILA junto con dar a conocer pormenores del Congreso ya comunicados a los socios con anterioridad, informó el Reglamento de Ponencias del Congreso de Cancún que tendrá lugar los días 2,3,4 y 5 de Noviembre del presente año cuyo tenor es el siguiente:

## REGLAMENTO DE PONENCIAS Y SESIONES

### I. Preparación y entrega de las Ponencias

1. En el IX Congreso CILA, se expondrán seis temas de acuerdo al Temario oficial autorizado.

2. Respecto de cada tema habrá una Sección o país Relator y un Correlator. Adicionalmente, se permitirán Ponencias individuales de los asistentes al Congreso que deseen participar. Todo lo anterior, se reglamenta en los apartados siguientes.

Las Secciones Relatoras y Correlatoras **deberán nombrar** y enviar a la Coordinación Académica del Comité Organizador del Congreso (por favor consultar página web), los nombres del, o de los Ponentes, en su caso, que harán las exposiciones de los temas correspondientes, a más tardar el día 30 de Abril del 2005. Los Ponentes individuales, si lo desean, pueden notificar a la Coordinación Académica su intención de participar, con la sola limitación de que, para que su ponencia sea publicada en la Memoria, deberán observar los lineamientos que se señalan en los siguientes apartados y hacerla llegar a la citada Coordinación, apegada a dichos lineamientos, a más tardar el 31 de Julio del 2005.

3. A fin de preparar oportunamente las Correlatorías respectivas, las Secciones Relatoras deberán ponerse de acuerdo con las Correlatoras para enviarles, a más tardar el 30 de junio del presente año, por e-mail, los trabajos respectivos, de tal manera que, tanto Relatoras como Correlatoras, estén enviando los trabajos definitivos a la Coordinación Académica del Comité Organizador del IX Congreso CILA ([patricia\\_rivera\\_torres@terra.com](mailto:patricia_rivera_torres@terra.com), [ruizquirozabogados@yahoo.com](mailto:ruizquirozabogados@yahoo.com), [jaltamirano@fianzasmonterrey.com.mx](mailto:jaltamirano@fianzasmonterrey.com.mx)), a más tardar el 31 de Julio próximo.

4. Los envíos de unas y otras, deberán hacerse mediante archivo magnético, en procesador de textos Word de Microsoft, letra Arial, tamaño 12, espacio interlineal 1.5., y el número de páginas deberá ser, en el caso de las Relatoras, de una máximo de 45 páginas y estar calculado para que su lectura dure 45 minutos (Mínimo recomendado: 40 minutos; Máximo obligatorio (no podrá rebasarse): 50 minutos); y, en el caso de las Correlatoras, el máximo será de

15 páginas y deberá estar calculado para que su lectura dure como máximo 15 minutos (Mínimo 10, máximo obligatorio (no podrá rebasarse): 20 minutos).

5. Asimismo, en forma conjunta con el envío de los trabajos, tanto Relatoras como Correlatoras, deberán confirmar el nombre (s) del (os) expositor (es), fecha y nombre del tema con el que participarán y acompañar un resumen del Currículum de los Expositores participantes (limitándose a 6 ó 7 antecedentes), y la autorización de cada uno de ellos para que su ponencia sea incluida en la publicación y disco compacto que se entregarán a los asistentes al Congreso. Todo esto también, a más tardar el día 31 de julio del 2005.

6. Cualquier asistente al Congreso podrá participar con una Ponencia Individual, la cual podrá ser enviada por el interesado, vía e-mail, a la Coordinación Académica del Comité Organizador. El número máximo de páginas que podrá presentar cada Ponente individual será de diez y una más conteniendo el resumen de la ponencia. Este resumen, a su vez y en su momento, será resumido por el Moderador de las Sesiones, para su lectura, en la forma que se establece en el numeral 7. del apartado III de este Reglamento.

Los escritos que contengan las Ponencias Individuales, también deberán estar contenidos en archivo magnético, en procesador de textos Word de Microsoft, letra Arial, tamaño 12, espacio interlineal 1.5.

Aquellas Ponencias individuales que sean recibidas por la Coordinación Académica apegadas a lo que se establece en este numeral, a más tardar el 31 de Julio próximo, podrán ser publicadas en la Memoria del Congreso.

### II. Aspectos Generales de las Sesiones

Las exposiciones de las Ponencias por parte de las Relatoras y de las Correlatoras, la lectura del resumen de las Ponencias Individuales, y en su caso, la etapa de Debate o de preguntas y respuestas, se llevará a cabo en Sesiones Plenarias, con duración total de dos horas y treinta minutos, de acuerdo a los siguientes lineamientos:

1. En cada sesión participará una Sección Relatora, representada por un País participante, quien desarrollará su ponencia según corresponda con el temario. Una Sección Correlatora, representada por otro País participante, expondrá su ponencia en relación al tema expuesto por la Relatora.

2. El Comité Organizador del Congreso, proporcionará las facilidades de apoyo tecnológico que requieran los expositores, para lo cual, se solicita a los expositores que al momento de enviar los trabajos a la Sección Mexicana (conforme a lo señalado en el Apartado I que antecede), deberán comunicar dichas necesidades a efecto de proveer lo conducente.

### III. DESARROLLO DE PONENCIAS

1. Como se dijo, cada sesión tendrá una duración de dos horas y media y constará de tres etapas sucesivas, dirigidas por un Moderador, quien hará una breve presentación de cada uno de los ponentes participantes otorgando y solicitando el uso de la palabra conforme sea necesario y de acuerdo al presente Reglamento.

2. Los primeros 45 (máximo 50) minutos corresponderán a la ponencia de la Sección Relatora. Transcurrido dicho tiempo, el Moderador concederá el uso de la palabra a la Sección Correlatora que corresponda, a fin de que durante 15 (máximo 20) minutos, ésta exponga su ponencia.

3. Si el caso así lo requiere, con una anticipación de dos minutos, el Moderador hará saber en forma discreta al ponente, que su tiempo está próximo a agotarse, por lo que dicho ponente deberá concluir su exposición conforme mejor considere.

4. Una vez expuestas las ponencias de ambas Secciones, el Moderador dará lugar a un receso de diez minutos.

5. Terminado el receso, la Sección Relatora contará con diez minutos para realizar comentarios finales en relación al tema objeto de la Sesión, procurando retomar aspectos planteados por la Sección Correlatora.

6. Enseguida, el Moderador dará lectura a un breve resumen que en forma previa habrá elaborado, de cada uno de los resúmenes de las Ponencias individuales que hayan sido presentadas.

### IV ETAPA DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS

1. Posteriormente, el Moderador dará lugar a una etapa de Preguntas y Respuestas, con una duración máxima de cuarenta minutos, en la que los

asistentes a la Sesión, podrán participar planteando a los expositores de ambas Secciones una pregunta o inquietud en relación a las ponencias.

2. Para el desarrollo de ésta etapa, los participantes utilizarán los formatos que para tal efecto se entreguen durante el desarrollo de la Sesión. Dichos formatos se harán llegar al Moderador a través de personal de apoyo, que acudirá directamente al lugar de cada participante que para ello se lo indique levantando su mano.

3. El Moderador dirigirá cada pregunta o inquietud al exponente que corresponda, conforme lo haya solicitado el participante en el formato respectivo.

4. La respuesta o comentario que se formule, deberá ser breve a fin de permitir el desahogo del mayor número de preguntas que sea posible.

5. Una vez atendida la pregunta, el Moderador podrá preguntar al (los) miembro(s) de la otra Sección, si desean añadir algún comentario complementario a la respuesta. Esta oportunidad se brindará discrecionalmente por el Moderador atendiendo la naturaleza del planteamiento y el tiempo.

6. Finalmente, cinco minutos previos al término de la Sesión, el Moderador anunciará la conclusión de la misma, agradeciendo a los participantes sus aportaciones e indicando, en su caso, aspectos relevantes en torno al desarrollo y logística del Congreso.

— Con motivo de la celebración del Congreso Hispano Luso de Derecho de Seguros celebrado en Madrid los días 11 y 12 de Noviembre de 2004, se reunió el Consejo de la Presidencia. En esta ocasión uno de los puntos centrales de la Agenda del Congreso fué la organización del XII Congreso Mundial de AIDA a celebrarse en Buenos Aires en Octubre de 2006. Junto a los aspectos propiamente organizativos, se presentaron los dos borradores de cuestionarios a los temas centrales del Congreso: el I Tema, “La influencia de los avances científicos y tecnológicos en los seguros de personas”, a cargo de la sección anfitriona, cuyo ponente general será D. Eduardo Manggialardi, Profesor de Derecho de Seguros de la Universidad Católica de Rosario y el Tema II, “Seguro, reaseguro, y el impacto del terrorismo”, cuyos ponentes generales serán D. Robert Merkin, Profesor of Comercial Law, University of

Southampton y D. Jerome Kullmann, Director del Institute des Asurances de la Universidad de París I (Sorbonne). Otros asuntos de los que se trató en el Consejo, relacionados con la actividad científica de la AIDA, fueron la celebración de un Coloquio sobre armonización de las legislaciones sobre contrato de seguros, en el marco del Convenio de Cooperación Científica suscrito entre AIDA y la Univesidad Católica de Lovaina, la realización de un Curso de Postgrado sobre la Ley de Seguros Europea, junto a la Universidad de Trieste y la realización del Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antigono Donati, fundador de AIDA.

— Con fecha 1-12-2004, en la Universidad de los Andes, se dió a conocer la creación del Centro de Derecho de Seguros (CDS) cuyos objetivos son generar un foro de discusión y estudio, difundir los conocimientos generados, prestar servicios de consultoría y mantener un fondo bibliográfico especializado. El Centro cuenta con un Consejo Consultivo, un Comité Ejecutivo y un Director.

— Nuevos socios. Durante el último período se han incorporado los siguientes nuevos socios:

- Sra. María Teresa Scala Jofré
- Sra. Lorena Sandoval Garay
- Sra. Mónica Vera Peñaloz
- Sr. Ciro A. Palacios C.
- Sr. Jaime Andrés Gatica Illanes
- Sr. Andrés Klenner Soto
- Sra. María Elena Rivera Proschle
- Sra. Sonia Eugenia Maldonado Calderón
- Sra. Ana Luz Del Río Quiroz