



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS • SECCIÓN CHILENA

REVISTA CHILENA
DE
DERECHO DE SEGUROS

Año 21 Nº 28 – Santiago de Chile - 2020

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Año 21 N° 28 - Santiago de Chile - 2020

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

COMITÉ CIENTÍFICO

Presidente

Roberto Ríos Ossa

Oswaldo Contreras

Hernán Corral

Hugo Botto

Emilio Sahurie

Pedro Zelaya

Cristián Banfi

Oswaldo Lagos

Carlos Ruiz-Tagle (†)

Andrés Amunátegui

Marcelo Barrientos

Juan Luis Goldenberg

Rafael Illescas

Félix Benito

Robert Merkin

Director

Marcelo Nasser Olea

Colaborador de Edición

Felipe Martínez Aravena

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

I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

ACCIÓN DIRECTA EN ACCIÓN..... P. 9.
Claudio Barroilhet Acevedo

**NUEVAS TENDENCIAS Y REFLEXIONES SOBRE EL ACCESO AL SEGURO EN
LATINOAMÉRICA.....** P. 21.
Juan Camilo Delgado Franco

II. ENSAYOS

**EL PANORAMA JUDICIAL DE LAS PÓLIZAS DE CAUCIÓN O GARANTÍA A PRIMER
REQUERIMIENTO.....** P. 45.
José Joaquín Carvallo De Ferari

LOS SEGUROS Y LAS RELACIONES DE CONSUMO..... P. 59.
Fernando Shina

EDITORIAL

Nos es muy grato presentar este nuevo número de la *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, en su segunda versión online disponible en el sitio web de Aida Chile, gratuitamente y para todo el mundo. En la Editorial anterior advertíamos que el país se disponía a entrar a una nueva etapa marcada por lo que la prensa denominó el “estallido social”. Nadie imaginaba que, además de tales eventos, el mundo sería azotado por una pandemia global.

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud utilizó por primera vez la expresión pandemia para referirse al Sars-Cov2 (o Novel Coronavirus). En esa ocasión, su Director señaló: “*We have therefore made the assessment that Covid-19 can be characterized as a pandemic. Pandemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death.*”¹.

Ahora bien, ya antes de su declaración como *pandemia* el Gobierno de Chile decretó una “Alerta Sanitaria” en todo el país, teniendo en cuenta que se había recientemente gatillado una “Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional” o “ESPII”. Pocos días después, el 14 de marzo, se publicó el Decreto N° 104 que declaró Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública en todo el territorio del país.

Los eventos que hemos mencionado han provocado efectos notorios en seguros de personas y de daños como demuestran algunos novedosos fallos del *Common Law* relativos a coberturas de *business interruption*, y la aparición de toda clase de exclusiones de enfermedades transmisibles impuestas por aseguradores globales. A lo anterior y, en especial debido a la pandemia que nos aqueja, se han concretado una serie de iniciativas legislativas que han afectado el normal cumplimiento de los contratos de seguro.

En tal contexto, al igual como ocurrió con las exclusiones de terrorismo tras el 11/9 en los Estados Unidos², las compañías reaseguradoras han impuesto a sus clientes exclusiones más sofisticadas que las tradicionales exclusiones de pandemia o epidemia contenidas normalmente en las pólizas de seguros *non-property*³, y las de toda clase de cataclismos corrientes en las pólizas de *property*, avanzando hacia exclusiones de enfermedades transmisibles o contagiosas para toda clase de seguros.

¹ <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (consultado el 17 de abril de 2020).

² RIZZO, G. “Tragedy’s Aftermath: The impact of 9/11 of the Insurance Industry”, en *Boston Business Journal* (2002) p. 10 muestra que eran pocas las compañías que excluían el terrorismo en USA antes del 9/11. Lo mismo BRUNET MARKS, ALEXIA “Under attack: Terrorism risk insurance regulation”, en *North Carolina Law Review* N° 89 (2011), p. 398.

³ Nuestra CMF validó las exclusiones de pandemia como parte de la autonomía de la voluntad el 11 de marzo de 2020. Pero exigió, conforme a las reglas generales, que dichas exclusiones fueran claras y que además hayan sido informadas previa y legalmente al asegurado.

Lo anterior se ha juzgado necesario debido a que en distintas jurisdicciones se han llevado adelante denuncias de siniestros (particularmente de *Business Interruption*, BI o PxP) para obtener de los aseguradores indemnizaciones por los tiempos de cierre obligatorio de faenas como consecuencia de la necesidad de contener la enfermedad Covid-19, o derechamente de evitar su contagio⁴.

Sobre lo anterior, la respuesta de la industria aseguradora ha sido que las pólizas de *Business Interruption* requieren, como regla general, daños físicos para otorgar cobertura, lo que ha desembocado en debates importantes que incluso han llegado a proyectos de ley con efectos retroactivos. En el caso de Estados Unidos, el propio Presidente declaró: “*You have people that have never asked for business-interruption insurance and they have been paying a lot of money for a lot of years for the privilege of having it and then when they finally need it, the insurance company says ‘We’re not going to give it,’ // ‘We can’t let that happen’.* “*I’m very good at reading language*” // “*I did very well in these subjects, OK? I don’t see pandemic mentioned. Now, in some cases it is; it’s an exclusion. But in a lot of cases I don’t see it. I don’t see reference that they don’t want to pay up*” // “*I would like to see the insurance companies pay if they need to pay, if it’s fair. And they know what’s fair. And I know what’s fair. I can tell you really quickly.*” A modo de ejemplo, en Estados como Ohio y New Jersey, se presentaron proyectos de ley en los Parlamentos estatales pretendiendo aprobar leyes que permitieran obtener (retroactivamente) coberturas de pérdidas por paralización (BI) como consecuencia del Covid-19⁵, en especial para pequeñas empresas y restaurantes de menos de 100 empleados. Luego se sumaron a esta tendencia California, Louisiana, Massachusetts, Michigan, New York, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur y el Distrito de Columbia.

En Chile, la situación de las coberturas retroactivas, o de riesgos retroactivos, no es desconocida. La modificación incorporada retroactivamente para una cobertura de seguro de cesantía en el artículo 21 de la Ley N° 21.227 es un ejemplo claro de esta situación de desajuste entre el contrato y la obligación de indemnizar impuesta retroactivamente a las aseguradoras. Además, en el país se ha creado un seguro obligatorio de salud y vida, por medio de la Ley N° 21.342.

En fin, nos encontramos en un momento único e inédito que representa un desafío a todos los actores de la industria aseguradora.

Marcelo Nasser Olea

Director

Roberto Ríos Ossa

Presidente

⁴ Un tema importante es el apuntado por el reasegurador Mapfre y que dice relación con la “contaminación” por Covid-19 como daños a la propiedad: “*In these cases, it is important to consider if the contamination exclusion normally present in these policies—particularly Property policies—could be applicable, similar to clauses that exclude damages arising from any type of virus or bacteria. Logically, contaminated equipment and facilities must be part of the assets insured by the policy. Additionally, the cause of contamination—the coronavirus—must be a covered risk or, in all risk policies, not be excluded*”.

⁵ En el Estado de Ohio, véase la House Bill (HB) 589.

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

ACCIÓN DIRECTA EN ACCIÓN

Claudio Barroilhet Acevedo ¹

RESUMEN: En el contexto de la discusión acerca de si existe acción directa en las normas que rigen al seguro de responsabilidad civil, del Código de Comercio, toma relevancia el enfoque y análisis de los efectos y cuestiones procesales que se presentan, si se postula y concluye que la acción directa existe. Este artículo aborda el enfoque procesal de esta discusión.

Palabras clave: Acción directa; cosa juzgada; litispendencia; acumulación de autos; prescripción.

ABSTRACT: Within the context of the debate about the existence of the direct action in the provisions of the liability insurance of the Code of Commerce, it is relevant to analyze the procedural effects and issues that arise, in the case that the existence of such direct action is concluded. This paper deals with the procedural approach of such debate.

Keywords: Direct action; res judicata; lis pendens; concursus of procedures; time bar.

I. PRESENTACIÓN, OBJETIVO Y PLAN DE TRABAJO

La acción puede definirse como el “derecho abstracto de obrar; poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma como correspondiente a su derecho”² (lo que se denomina derecho de acción), o bien, como “Derecho sustancial, denominación dada habitualmente al derecho que se hace valer en juicio”³ (referido a un derecho concreto alegado en juicio)⁴.

Enseguida, acción directa es aquella que proviene de la ley, en contraposición a la acción propiamente tal, o genuina, que emana de un contrato, cuasicontrato o de un delito o cuasidelito civil, vale decir, que en la acción directa es la ley la que concede la posibilidad de reclamar o demandar un derecho en contra de una persona, que no es parte del contrato, cuasicontrato o delito o cuasidelito al que dicha acción se refiere.

En materia de seguros existen dos casos de acción directa que son indiscutidos y un tercero en que se debate la existencia de la acción directa.

El primero de ellos se contempla en la Ley 18.490, que establece un seguro obligatorio de accidentes personales causados por la circulación de vehículos motorizados, cuyo artículo 10

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, LL.M. Admiralty Law, Tulane Law School, U.S.A., Profesor de Derecho Marítimo en PUCV y de Derecho de Seguros en Escuela de Seguros, claudio@barroilhet.cl. LinkedIn. Este artículo se basa en la ponencia del mismo título presentada por el autor en el “Congreso Internacional: contratación moderna y arbitraje nacional e internacional”, organizado por la Universidad Andrés Bello en Santiago, octubre 2019.

² COUTURE (2013) p. 58.

³ COUTURE (2013) p. 58.

⁴ Siguiendo la concepción tradicional del Código Civil, de todo derecho nace una acción, la que está plasmada en los artículos 577: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona... De estos derechos nacen las acciones reales” y 578: “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas... De estos derechos nacen las acciones personales.”

concede una acción directa a las víctimas de accidentes personales y sus beneficiarios, en contra de los aseguradores de los vehículos involucrados en el mismo accidente.⁵

El segundo caso se presenta en materia de responsabilidad civil por contaminación marina, en que, el artículo 146 de la Ley de Navegación, luego de establecer la obligación de toda nave o artefacto naval que mida más de tres mil toneladas (de arqueo neto más el volumen deducido por concepto de espacio reservado a la sala de máquinas), de contar con un seguro u otra garantía financiera para caucionar la responsabilidad del dueño, armador u operador de una nave o artefacto naval, por los daños, responsabilidades y gastos causados por los derrames y descargas de sustancias y desechos que de ellos provengan, y se concede a la víctima de un evento contaminante una acción directa en contra de aquel asegurador o garante.⁶

La tercera hipótesis la constituiría el artículo 570, inciso segundo del Código de Comercio, cuyo texto tras la reforma al Contrato de Seguros dispone:

“En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado, en virtud de sentencia ejecutoriada, o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento.”

El texto del Proyecto de Ley original, presentado al Congreso Nacional el año 2007, contenía el siguiente artículo 572 (en su parte pertinente a la acción directa):

“Derecho del tercero a demandar la indemnización. El tercero perjudicado tendrá acción directa en contra del asegurador para cobrar la indemnización.

La acción directa deberá ser presentada ante el mismo tribunal a quien corresponda conocer de las acciones que contra el asegurado tenga el tercero perjudicado y contra aquélla el asegurador podrá oponer todas las excepciones dilatorias o perentorias que correspondan al asegurado, especialmente la de no ser éste responsable de los hechos en que dicha acción se funda.

También podrá oponer las excepciones fundadas en el contrato de seguro, pero éstas no afectarán las acciones del tercero en contra del asegurado.

El tercero perjudicado no podrá solicitar medidas precautorias en contra del asegurador. Pero su crédito tendrá privilegio sobre la suma asegurada con preferencia a cualquier acreedor del asegurador en caso de quiebra de éste, en los términos definidos por el inciso segundo del Art. 84 del decreto con fuerza de ley N° 251, de 1931...”

Decimos que esta norma “constituiría” una tercera hipótesis, dado que, tras la reforma, se ha venido discutiendo en la doctrina nacional si la acción directa, que se contenía en el proyecto de ley, subsiste tras su paso por el Congreso Nacional y la *capitis deminutio* experimentada por este precepto. Para algunos, esta norma contiene un caso de acción directa⁷, mientras que para otros no.⁸

El objetivo de este artículo no es entrar al debate acerca de si actualmente este precepto, tal como está redactado, contempla o no una acción directa, aspecto en el cual ya hemos emitido nuestra

⁵ Ley 18.490, promulgada el 2 de enero de 1986 y publicada en el Diario Oficial del 4 de enero de 1986, artículo 10: *“En la cobertura de accidentes personales, las víctimas de un accidente del tránsito y sus beneficiarios tendrán acción contra el asegurador, no siéndoles oponibles las excepciones que éste pueda alegar contra el tomador del seguro que se basen en hechos o circunstancias imputables a este último.”*

⁶ Ley de Navegación, D.L. 2.222 de 1978, art. 146: *“Podrá interponerse cualquier acción para el resarcimiento de daños, o por gastos y sacrificios razonables para prevenirlos o disminuirlos, contra el asegurador o contra cualquiera que hubiere otorgado la garantía financiera. El garante demandado podrá ampararse en los límites de responsabilidad previstos en el artículo precedente. Podrá oponer también las excepciones o defensas que hubiera podido invocar su afianzado, excepto las personales de éste en su contra. El demandado podrá exigir que su afianzado concurre con él al procedimiento.”*

⁷ CONTRERAS STRAUCH (2014) p. 433; ARELLANO ITURRIAGA (2014) p. 239; CORRAL TALCIANI (2013) p. 441 y ss., y HERRERA JIL, Matías y PÉREZ VALENCIA (2019) pp. 41 y ss.

⁸ BARRIENTOS ZAMORANO (2015) pp. 625 y ss.; LAGOS VILLARREAL (2015) pp. 987-997; LAGOS VILLARREAL (2016) pp. 187-228; BARROS BOURIE (2020) p. 1193, y BARROIHET ACEVEDO y ANGELBECK SILVA (2017) pp.516 y ss.

opinión⁹; su propósito es identificar y analizar algunas cuestiones procesales que se plantearían, de asumirse la hipótesis de que la acción directa subsiste en el seguro de responsabilidad civil, en términos que la víctima de un delito o cuasidelito civil, puede demandar la indemnización de sus perjuicios, de manera directa, al asegurador de responsabilidad civil del autor del ilícito civil que los causó.¹⁰

Entonces, a efectos de acometer esta tarea, partiremos de la siguiente afirmación, que proponemos a título de hipótesis instrumental: la persona que reclama haber sufrido perjuicios, producto de un delito o cuasidelito civil, puede accionar directamente en contra del asegurador de responsabilidad civil del autor de aquel ilícito civil, invocando su crédito indemnizatorio, sea o no que demande también al asegurado responsable de dicho ilícito civil.

II. LA ACCIÓN DIRECTA, SU NATURALEZA Y RELACIÓN CON OTRAS ACCIONES INVOLUCRADAS

Describiremos la “acción directa” de la siguiente manera:

- Está destinada a reclamar la indemnización de los perjuicios causados por un ilícito civil, o sea, es una acción de indemnización de perjuicios.
- El objeto o *petitum* de esta acción es la condena a pagar una suma de dinero para indemnizar los perjuicios que su actor invoca, aunque no podríamos descartar que esta misma petición se interponga en carácter de acción meramente declarativa.¹¹
- La causa de pedir o *causa petendi* se compone de dos elementos: primero, la existencia de un crédito indemnizatorio que tiene su fuente en un ilícito civil (responsabilidad extracontractual); y segundo, la autorización legal para dirigirse directamente en contra de la aseguradora de responsabilidad de su pretendido deudor.

El primer elemento proviene del hecho que origina la responsabilidad, y el segundo proviene de la legitimación legal que se le concede al acreedor para accionar directamente en contra del asegurador de responsabilidad de su pretendido deudor, legitimación sin la cual no podría dirigirse en contra de un asegurador en un contrato del cual no es parte, por aplicación del efecto relativo de los contratos.¹²

Es muy importante tener en mente este segundo elemento, en el sentido que la acción directa constituye una excepción legal al principio del efecto relativo de los contratos, que permite a un tercero, que no es parte del contrato de seguro, gozar de los efectos que provienen de éste y “vestirse” con el derecho del asegurado para accionar en contra del asegurador, en demanda del pago de la indemnización por un siniestro cubierto en la póliza. Bajo este prisma, el actor también funda su petición judicial en la responsabilidad civil contractual que deriva del contrato de seguro, aunque no sea parte del mismo, y la prueba de esto radica en el inciso segundo del artículo 572 original del

⁹ BARROIHET ACEVEDO y ANGELBECK SILVA (2017) pp. 516 y ss.

¹⁰ El seguro de responsabilidad civil puede existir para amparar riesgos de responsabilidad civil contractual o extracontractual, razón por la que -en teoría-, de existir acción directa, el acreedor de un contrato incumplido también podría demandar la indemnización de sus perjuicios, de manera directa, al asegurador de responsabilidad civil de su cocontratante que ha incurrido en un incumplimiento contractual. Sin embargo, la mayoría de las pólizas de responsabilidad civil son de responsabilidad extracontractual, razón por la que circunscribiremos a ellas nuestro análisis, dejando constancia que es aplicable *in integrum* a la responsabilidad civil contractual.

¹¹ Esto es, sólo para declarar que se tiene derecho al pago de la indemnización, sin requerir su prestación efectiva, entendiéndose que es posible hacerlo bajo el expediente de la acción directa, por aplicación del adagio *a fortiori*: “quien puede lo más, puede también lo menos”; si la ley le permite demandar el pago de la indemnización, de manera directa al asegurador, esa facultad también envuelve y absorbe la de accionar para que se declare su crédito indemnizatorio, aunque no se decrete su pago inmediato.

¹² O principio de la relatividad de su fuerza obligatoria, que “significa que los contratos sólo generan derechos y obligaciones para las partes contratantes que concurren a su celebración, sin beneficiar ni perjudicar a los terceros”, LOPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2020) p. 363.

proyecto, que disponía que el asegurador demandado en acción directa: “*También podrá oponer las excepciones fundadas en el contrato de seguro, pero éstas no afectarán las acciones del tercero en contra del asegurado.*”

Así, la causa de pedir comporta un híbrido o combinación del régimen de responsabilidad civil extracontractual, que origina el crédito indemnizatorio del actor, junto a la responsabilidad civil contractual que proviene del contrato de seguro, cuya acción de cumplimiento para el pago de la indemnización pactada, la ley le permite emplear, pese a no ser su asegurado.

- El sujeto activo de la acción directa es la víctima del ilícito civil, quien hace valer su respectiva acción de indemnización de perjuicios.

- El sujeto pasivo es la aseguradora, en contra de quien la ley le permite accionar directamente, aunque el actor no sea parte del contrato de seguro del cual proviene la acción que invoca. El sujeto pasivo de la acción directa no es el autor del ilícito civil (el asegurado), porque él es sujeto pasivo de la respectiva acción indemnizatoria que le compete al actor, no así de la acción directa.

¿Cuál es la relación que existe entre esta acción directa y la acción original indemnizatoria del tercero (por una parte) y la acción de pago de la indemnización del siniestro del asegurado, derivada del contrato de seguro (por la otra)?

Se trata de tres acciones distintas.

Ya describimos a la acción directa; ahora la compararemos con las otras dos acciones.

Acción directa y acción indemnizatoria:

- El sujeto activo es el mismo: el tercero que es víctima del ilícito civil cometido por el asegurado.

- El sujeto pasivo es distinto: la acción directa se dirige contra el asegurador, la acción indemnizatoria se entabla en contra del autor del ilícito civil (asegurado).

- El *petitum* es el mismo: la indemnización de los perjuicios causados a su titular por el ilícito civil.

- La *causa petendi*, o fundamento inmediato del derecho deducido en juicio no es igual: la acción directa se funda en una combinación entre la responsabilidad civil extracontractual, del ilícito civil que causa el daño, y el contrato de seguro que su autor mantiene con su asegurador de responsabilidad civil.¹³ La acción indemnizatoria sólo se funda en la responsabilidad civil extracontractual, pero no en el régimen del contrato de seguro.

Acción directa y acción del asegurado para la indemnización del siniestro por parte del asegurador:

- El sujeto activo es distinto: en la acción directa es la víctima del ilícito civil cometido por el asegurado, y en la acción de indemnización del siniestro es el propio asegurado.

- El sujeto pasivo es el mismo: tanto la acción directa, como la acción indemnizatoria del siniestro bajo el contrato de seguro, ambas se dirigen en contra del asegurador.

- El *petitum* es el mismo: la indemnización de los perjuicios causados a la víctima del ilícito civil.

- La *causa petendi*, o fundamento inmediato del derecho deducido en juicio no es igual: la acción directa se funda en la combinación entre la responsabilidad civil extracontractual y el contrato de seguro que su autor mantiene con su asegurador de responsabilidad civil. Por su parte, la acción para la indemnización del siniestro, al amparo del contrato de seguro, se funda en éste.

¹³ Prueba de esta combinación de ambos regímenes eran los incisos 2° y 3° del artículo 572 original del Proyecto de Ley, que permitía al asegurador demandado directamente por el tercero, oponerle “...todas las excepciones dilatorias o perentorias que correspondan al asegurado, especialmente la de no ser éste responsable de los hechos en que dicha acción se funda” y “También podrá oponer las excepciones fundadas en el contrato de seguro...”.

Para terminar, ¿cuál es la naturaleza de la acción directa?

Según lo explicado, no es la acción original del tercero para la indemnización de sus perjuicios, tampoco es la del asegurado para la indemnización del siniestro, proveniente del contrato de seguro.

A nuestro entender, es una acción peculiar, que tiene su fuente en la ley, como una excepción al principio del efecto relativo de los contratos, que permite a la víctima de un ilícito civil, dirigir su acción indemnizatoria en contra del asegurador de responsabilidad de su demandado, autor de aquel ilícito civil, haciendo uso del derecho que le asiste a éste a ser indemnizado por su asegurador, resultando en una combinación, mixtura o híbrido *sui generis* de ambas acciones.¹⁴

III. ACCIÓN DIRECTA Y JURISDICCIÓN EN MATERIA DE SEGUROS

El artículo 543, incisos 1º, 2º y 3º, del Código de Comercio, establecen lo siguiente:

“Solución de conflictos. Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa. Si los interesados no se pusieren de acuerdo en la persona del árbitro, éste será designado por la justicia ordinaria y, en tal caso, el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho.

En ningún caso podrá designarse en el contrato de seguro, de antemano, a la persona del árbitro.

En las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan con motivo de un siniestro cuyo monto sea inferior a 10.000 unidades de fomento, el asegurado podrá optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria...”

En resumen, las disputas relativas a un contrato de seguros deben ventilarse ante un árbitro (arbitrador, si lo nombran las partes involucradas en la controversia, o mixto si lo nombra el tribunal ordinario), sin perjuicio de la opción del asegurado de acudir a la Justicia Ordinaria, si la cuantía de la disputa es inferior a UF 10.000.¹⁵ Esto quiere decir que si la acción directa es interpuesta en contra

¹⁴ Tampoco es una acción subrogatoria u oblicua del tercero en la acción contractual del asegurado en contra de su asegurador, para el pago del siniestro; excede a una mera subrogación, porque el tercero goza de una titularidad propia respecto a su acción indemnizatoria, la cual se acopla sobre el derecho del asegurado a la indemnización del siniestro en contra de su asegurador. Si fuera una mera subrogación del tercero en la acción del asegurado, no podría invocar el régimen de responsabilidad civil extracontractual que le liga con aquél, sólo podría invocar el contrato de seguro. Esto lo corrobora, además, el inciso 2º del artículo 572 del Proyecto de Ley, en cuanto permitía al asegurador oponer al tercero todas las excepciones dilatorias o perentorias que correspondieran al asegurado en contra del tercero, especialmente, la de no ser éste responsable de los hechos en que dicha acción se funda. Si se tratara de una mera subrogación del tercero en la acción del asegurado, el asegurador no podría oponerle excepciones que son propias del asegurado, y que pertenecen a la relación jurídica que existe entre éste y el tercero demandante.

¹⁵ Lo cual nos abre una ventana de discusión, porque el tercero que acciona directamente contra el asegurador no es el asegurado, entonces, surge la interrogante si acaso ese tercero, que no es asegurado, puede optar por la Justicia Ordinaria cuando la cuantía de la disputa es menor a UF 10.000. Sin pretender agotar el punto -tan sólo plantearlo- en abono de una respuesta negativa, se yergue el argumento obvio de que el tercero no es asegurado, por lo que no podría optar; en su contra, aparece el ratiocino de que si bien no es asegurado, goza de una acción directa por mandato legal, acción que (al menos en parte) se funda en el contrato de seguro, de suerte que este tercero “viste” su crédito indemnizatorio original con la acción que el asegurado tiene en contra de su asegurador, en virtud del contrato de seguro, razón por la cual, si esta acción directa se somete a arbitraje, *a fortiori*, el tercero tendría también la opción en cuestión. Pero, como hemos señalado, aquí sólo se esboza un punto que no se pretende dilucidar, menos agotar.

del asegurador y se funda (en todo o en parte) en el contrato de seguro, debe ventilarse ante un juez árbitro.

Por su parte, la acción indemnizatoria que proviene del ilícito civil no queda sometida al arbitraje, debe interponerse ante la Justicia Ordinaria y se sujeta a la regla general del domicilio del demandado¹⁶.

De la combinación de las situaciones antes expuestas, resulta que la acción directa, que deriva del contrato de seguro, se sujeta a arbitraje (por regla general), mientras que la acción propiamente indemnizatoria, se somete a la Justicia Ordinaria, y en ambos casos, ante órganos jurisdiccionales con competencia relativa distinta. Así, y sólo por poner un ejemplo, aún si ambas acciones son de competencia de la Justicia Ordinaria, es posible que el domicilio del asegurado y del asegurador sean distintos, y por tanto lo sean también los tribunales ordinarios llamados a conocer de las respectivas acciones: la acción propiamente indemnizatoria en contra del asegurado, y la acción directa dirigida en contra el asegurador.

La existencia paralela de dos órganos jurisdiccionales que conocen, en forma paralela, de dos acciones que son similares y están relacionadas, genera una duplicidad de costos de litigio y crea el riesgo de sentencias contradictorias sobre una misma controversia. En la *praxis*, el asegurador de responsabilidad civil tendrá que costear dos juicios, con lo que ello implica, lo que evidentemente conlleva un incremento del riesgo de colocación de esta cobertura, que redundaría en un aumento de las primas.

Lo anterior es tan evidente que, el proyecto del artículo que ingresó al Congreso Nacional, contenía la siguiente norma:

“La acción directa deberá ser presentada ante el mismo tribunal a quien corresponda conocer de las acciones que contra el asegurado tenga el tercero perjudicado...”

Esta norma solucionaba el problema, pero como hoy en día ella no existe (ni existió, ya que nunca llegó a ser ley), el problema se renace en plenitud, para el caso que se afirme que en Chile subsiste la acción directa en contra del asegurador de responsabilidad civil.

IV. ACCIÓN DIRECTA Y COSA JUZGADA

Eduardo J. Couture define la cosa juzgada como la “Autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irreversibilidad en otro proceso posterior.”¹⁷

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente:

“Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada.”

La pregunta que nos ocupa aquí es si, deducidas en juicios separados, ante órganos jurisdiccionales distintos, la sentencia que se dicte en el juicio indemnizatorio entre el tercero y el asegurado produce cosa juzgada en el juicio a que de origen la acción directa, entre el tercero y el asegurador, o viceversa, dependiendo de cuál de ambas acciones derive primero en una sentencia revestida de la autoridad de cosa juzgada.

De acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil:

“La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:

1°.- Identidad legal de personas;

2°.- Identidad de la cosa pedida; y

¹⁶ Contendida en el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone: “*En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado...*”

¹⁷ COUTURE (2013) p. 212.

3°.- *Identidad de la causa de pedir.*

Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.”

De acuerdo a esta norma, la respuesta a la pregunta planteada pasa por determinar si entre ambas acciones concurre la triple identidad a que dicho precepto se refiere, como requisito para la excepción de cosa juzgada.

Respecto a la identidad legal de personas, si bien ambas acciones tienen por titular al tercero que es víctima del ilícito civil, la acción propiamente indemnizatoria se dirige en contra del autor de tal ilícito, mientras que la acción directa se entabla en contra de su asegurador. *Ergo*, existe identidad legal de personas en el sujeto activo, pero no así en el pasivo.¹⁸

Tratándose de la identidad de la cosa pedida, en ambas acciones se demanda la indemnización de los perjuicios que el actor alega haber sufrido, luego, este requisito sí concurre en la especie.

Y, en lo que respecta a la identidad de la causa de pedir, mientras la acción propiamente indemnizatoria se funda en la responsabilidad civil extracontractual, la acción directa se basa, además, en el contrato de seguro, razón por la que no existe una identidad plena del fundamento inmediato del derecho deducido en juicio entre ambas, sólo una identidad relativa o coincidencia parcial, en lo que se refiere a la acción indemnizatoria, de manera que este requisito no se configura.

Así, concurriendo sólo uno de los tres requisitos que hacen procedente la excepción de cosa juzgada, ésta no se configura entre ambas acciones, cualquiera de aquellas que sea resuelta primero.

Por la misma razón, tampoco procede la excepción dilatoria de litis pendencia del artículo 303 N°3 del Código de Procedimiento Civil. “Se dice que hay litispendencia cuando entre las mismas partes existe otro juicio diverso, pero sobre la misma materia”¹⁹ La litispendencia es la antesala de la cosa juzgada, porque también contiene los elementos relativos a la identidad de partes y la materia debatida, y busca evitar que el juicio más nuevo avance, si en éste podría ser oponible la excepción de cosa juzgada que provenga del fallo del juicio más antiguo, de ahí que acogida, paraliza al segundo pleito. Sin embargo, tratándose de acciones distintas (distinto *petitum* y *causa petendi*), la materia disputa diferirá entre ambos procesos, lo que hace improcedente la litispendencia.

En consecuencia, es jurídicamente factible que ambas acciones finalicen en sentencias que sean distintas y contengan resultados contradictorios, así como también sería concebible que el tercero obtenga una sentencia condenatoria de pago en ambos procesos, duplicando indemnizaciones de perjuicios que sean derivadas de un mismo evento. Ambas posibilidades pueden llevar a situaciones que sean procesalmente absurdas e incluso injustas.

V. ACCIÓN DIRECTA Y ACUMULACIÓN DE AUTOS

La acumulación de autos es una reunión de procedimientos judiciales sobreviniente, que opera mientras aquellos están en curso. El artículo 92 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“La acumulación de autos tendrá lugar siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa. Habrá, por tanto, lugar a ella:

1°.- *Cuando la acción o acciones entabladas en un juicio sean iguales a las que se hayan deducido en otro, o cuando unas y otras emanen directa e inmediatamente de unos mismos hechos;*

2°.- *Cuando las personas y el objeto o materia de los juicios sean idénticos, aunque las acciones sean distintas; y*

3°.- *En general, siempre que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro.”*

¹⁸ Si el sujeto pasivo fuera el mismo, no habría sido necesario que el inciso 2° del artículo 572 del Proyecto de Ley, permitiera al asegurador oponer al actor todas las excepciones dilatorias o perentorias que correspondieran al asegurado en contra del tercero, especialmente, la de no ser éste responsable de los hechos en que dicha acción se funda; si ello se permitía era, precisamente, porque no se trataba de la misma persona.

¹⁹ CASARINO VITERBO (2007) p. 31.

Ya hemos comparado a la acción propiamente indemnizatoria con la acción directa, concluyendo que no son iguales, y tampoco lo son sus sujetos (el demandado en aquella es el asegurado, y en ésta, el asegurador), así como que no opera la excepción de cosa juzgada entre ambas, de manera que entre los procesos que ambas incoen no se configuraría ninguna de las situaciones contempladas en este precepto, para hacer procedente la acumulación de autos, con excepción de la referida en la segunda parte del numeral 1º, esto es, que “...unas y otras emanen directa e inmediatamente de unos mismos hechos...”

En efecto, ambas derivan del ilícito civil que origina la responsabilidad civil extracontractual, como una causa basal, lo que permitiría acumular los respectivos procedimientos, basado en la identidad fáctica que las asimila, pero no podemos descartar *a priori* que la acción directa contiene, además, el sustrato fáctico compuesto por el contrato de seguro, sobre el cual se funda, por lo que bien podría argumentarse que, al menos una parte de su fundamento fáctico reposa sobre el contrato de seguro, lo que no ocurre en los hechos sobre los cuales se apoya la acción propiamente indemnizatoria²⁰, de ahí que la acción directa no emana directa e inmediatamente de los mismos hechos que aquella, lo que obstaría a que procediera la acumulación.

En sentido contrario, podría rebatirse argumentando que, en lo sustancial, medular o esencial, los hechos que originan ambas acciones son los mismos, y se refieren al ilícito civil que soporta la responsabilidad aquiliana invocada, pero este es -a nuestro juicio- un argumento feble, porque omite hacerse cargo del contrato de seguro, que también es un hecho que compone la materia debatida.

Otro aspecto a comentar es el artículo 95, que establece lo siguiente:

“Para que pueda tener lugar la acumulación, se requiere que los juicios se encuentren sometidos a una misma clase de procedimiento y que la substanciación de todos ellos se encuentre en instancias análogas.”

Si una acción se somete a un Juicio Arbitral y la otra a un proceso ante la Justicia Ordinaria, podría alegarse que son procedimientos distintos y así oponerse a la acumulación; pero esta argumentación podría rebatirse sosteniéndose que si en ambos procedimientos (arbitral y ordinario) se aplican las normas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía²¹, el procedimiento es el mismo, y sólo cambia el órgano jurisdiccional, lo cual, a su turno, es también refutable, porque el órgano jurisdiccional es un componente esencial y protagónico del procedimiento, es un elemento subjetivo o personal del juicio, así como lo son las partes, de suerte que un Juicio Arbitral no es de la misma clase que un juicio ante un tribunal ordinario. En fin, la discusión procesal puede proseguir, a nivel orgánico y funcional.

Lo que importa concluir es que, en la *praxis*, sería posible que los procedimientos que se originan al interponerse ambas acciones pueden continuar por cuerda separada, y finalizar en sentencias que sean distintas, e incluso contradictorias, incluyendo la duplicidad de indemnizaciones de perjuicios para el tercero actor, a ser pagaderas por el asegurado y su asegurador, todo lo cual puede desembocar en situaciones procesalmente absurdas e inicuas.

VI. ACCIÓN DIRECTA Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Otro problema que genera una eventual subsistencia de la acción directa dice relación con la prescripción, su plazo e interrupción.

En efecto, si -como ya lo demostramos- la acción directa es distinta a la propiamente indemnizatoria, ¿cuándo prescribe y cómo se interrumpe esta prescripción?, ¿se le aplica el régimen

²⁰ En concreto, la resolución que recibe a prueba la causa que es objeto de la acción directa debería contener un hecho relativo al contrato de seguro, no así la resolución que recibe a prueba la causa en que se ventila la acción propiamente indemnizatoria.

²¹ Lo que no siempre sucede cuando el arbitraje es institucional y se tramita bajo el procedimiento aplicable en una sede o centro de arbitraje, las que cuentan con reglamentos y procedimientos propios, que se apartan del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

de la acción propiamente indemnizatoria o de la acción de pago de la indemnización que le asiste al asegurado en virtud del contrato de seguro?

Respecto al plazo, la disyuntiva podría ser fútil, porque tanto la acción indemnizatoria como la del asegurado contra el asegurador para el pago de la indemnización prescriben en 4 años desde que se perpetró el ilícito, y por tanto, nacería la obligación del asegurador de indemnizarlo.²²

Sin embargo, en las pólizas de responsabilidad *claims made*, aquellas en que el siniestro se configura con la denuncia del asegurado, y no con la simple verificación del riesgo asegurado (pólizas *loss occurrence*), ambos eventos se diferencian en el tiempo: primero, existiría un ilícito que genera la responsabilidad aquiliana del asegurado y luego la denuncia del siniestro, junto a la demanda del tercero afectado, y el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria correría desde el primer evento, mientras que el de la acción derivada del seguro, se computaría desde que el tercero afectado reclama o demanda su indemnización, lo que sucede después.

El segundo problema que se genera dice relación con la interrupción de la prescripción, y consiste en determinar si la interrupción de la prescripción de cualquiera de ambas acciones interrumpe la de la otra, y la respuesta general es que no, por aplicación del artículo 2519 del Código Civil, que establece lo siguiente:

“La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516.”

La regla general es que, ante la pluralidad de partes, la interrupción de la prescripción que opera respecto de unos no afecta a los otros, salvo que sean obligaciones solidarias (que no es el caso).

En la hipótesis que analizamos, ni siquiera existe pluralidad de deudores de un mismo vínculo obligacional, porque ambas acciones son distintas en su fuente y naturaleza jurídica, de manera que si, tratándose de el mismo y único vínculo obligacional con distintos deudores (como en la hipótesis de la norma), la regla general es que la interrupción de la prescripción de la una no afecta la otra, *a fortiori*, tampoco ello sucede si se trata de dos vínculos y acciones distintas, como es la figura que nos ocupa.

En suma, la pretendida existencia de la acción directa, genera también complicaciones a nivel de la prescripción, su duración e interrupción, debido a la existencia de una dualidad de regímenes.

VII. COLOFÓN: LAS RAZONES PROCESALES REFUERZAN LA INEXISTENCIA DE LA ACCIÓN DIRECTA

Hemos identificado algunas cuestiones procesales que se suscitarían, si se sostiene que la acción directa subsiste en materia de seguro de responsabilidad civil, tras el paso del Proyecto de Ley a través del Congreso Nacional, cuestiones que no tienen respuesta, menos aún, una solución que sea unívoca, clara y definida.

Por el contrario, tras haber levantado y comentado estos puntos, y haber develado la inexistencia de una solución satisfactoria a los problemas que ellos plantean, pareciera corroborarse el hecho que la creación legal de una acción directa²³ debiera contemplar, además, las repercusiones procesales que su instauración originaría, tanto a nivel orgánico como funcional, todo lo cual,

²² De acuerdo al artículo 2332 del Código Civil:

“Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.”

Por su parte, el artículo 541 del Código de Comercio dispone:

“Prescripción. Las acciones emanadas del contrato de seguro prescriben en el término de cuatro años, contado desde la fecha en que se haya hecho exigible la obligación respectiva.”

²³ Sólo el legislador puede romper el principio del efecto relativo de la fuerza obligatoria de los contratos, consagrado en el artículo 1545 del Código Civil.

permitiría añadir este aspecto procesal como un argumento adicional para reiterar que la modificación que experimentó el artículo 572 del Proyecto de Ley original, en el Congreso Nacional, tuvo por objeto preciso abortar la consagración legal de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, la que hoy permanece inexistente en nuestro Derecho de Seguros.

VIII. ¿CUÁL ES ENTONCES EL SENTIDO DEL ACTUAL ARTÍCULO 570?

A nivel substantivo, hemos propuesto que, en su redacción actual (que claramente no tiene por objeto crear una acción directa, sino que precisamente buscó no consagrarla, según consta en la historia fidedigna de la ley), creemos que “se trata de una regla de pago, que tiene una doble función: señalar el *accipiens* o persona habilitada para percibir el pago de la indemnización del siniestro, y señalar los presupuestos objetivos que hacen procedente el pago.”

“Tratándose de lo primero, la norma señala que el asegurador debe pagarle la indemnización al tercero víctima o perjudicado, quien es el *accipiens* o persona habilitada para el pago de la indemnización del seguro, y”

“Respecto a lo segundo, el momento para efectuar dicho pago, es sólo si la responsabilidad del asegurado ya se ha establecido de manera permanente, sea mediante un fallo judicial que esté ejecutoriado (vale decir, que no sea susceptible de recurso judicial alguno), o mediante una transacción que haya sido aprobada por el asegurador.”²⁴

IX. ¿CÓMO SE CONCRETA ESTA NORMA DE PAGO A NIVEL PROCESAL?

Una vez que el crédito indemnizatorio del tercero afectado por la responsabilidad de asegurado consta en un título ejecutivo²⁵: un fallo ejecutoriado o una transacción que sea otorgada por escritura pública, el tercero acreedor puede ejecutarla²⁶ en contra de su aseguradora de responsabilidad civil, a quien el precepto en comento le otorga legitimación *ad causam* pasiva, esto quiere decir que lo considera deudor de ese crédito indemnizatorio (a nivel substantivo o material), y por ende, capaz de ser demandado en el proceso destinado a su cobro (a nivel procesal).

La aseguradora demandada no podrá alegar que no le empecese esa deuda, o que es un tercero ajeno a ella, o que el actor no es parte del contrato de seguro²⁷, porque es la ley la que le otorga la calidad de deudor, y por ende, queda obligado a su pago y legitimado pasivo para ser demandado ejecutivamente a su solución.

Tampoco podrá oponer excepción de prescripción extintiva, porque la acción que se deduce en su contra es la acción indemnizatoria del tercero en contra de su asegurado, y como tal, se ha interrumpido civilmente al iniciarse el proceso judicial que desemboca en un fallo ejecutoriado, o que termina o se precave mediante una transacción.

La duplicidad de procesos judiciales, cosa juzgada, litis pendencia, acumulación de autos y cómputo e interrupción de la prescripción extintiva, son temas procesales que no se presentan, porque se trata de una misma y única acción, que es la acción indemnizatoria del tercero afectado por la responsabilidad del asegurado, que la ley le permite dirigir en contra de su aseguradora de responsabilidad civil.

²⁴ BARROIHET ACEVEDO y ANGELBECK SILVA (2017) p .521.

²⁵ La hipótesis de la norma es que el crédito indemnizatorio conste en un fallo ejecutoriado o en una transacción judicial, que son los supuestos previos al pago de la aseguradora al tercero. En consecuencia, antes que el crédito sea reconocido de esta forma, el tercero no puede dirigirse en contra de la aseguradora, por lo que no podría iniciar en su contra un proceso declarativo de condena, o una acción meramente declarativa.

²⁶ Sea por la vía de la ejecución incidental de la resolución de los artículos 231 y siguientes, o iniciando un Juicio Ejecutivo en las Obligaciones de Dar, de los artículos 434 y siguientes, todos preceptos del Código de Procedimiento Civil.

²⁷ Así, por ejemplo, no podría asilarse en la siguiente excepción del artículo 234 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil: “*El tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia y deberá formular su oposición dentro del plazo de diez días.*”

X. UNA REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN

Estas disquisiciones procesales nos reiteran que en Chile, hoy no existe una acción directa del tercero afectado en contra del asegurador de responsabilidad del autor de un ilícito civil.

De hecho, nunca hubo tal acción directa, porque la que se contemplaba en el Proyecto de Ley original de reforma al contrato de seguro, fue suprimida tras su paso por el Congreso Nacional. A la historia fidedigna de la ley, se suman una serie de complicaciones y contradicciones procesales que derivarían de aceptar la hipótesis de existencia de la acción directa.

Por el contrario, lo que sí existe, es una norma de pago, que permite a dicha aseguradora de responsabilidad pagarle al tercero acreedor, contra un fallo ejecutoriado o una transacción judicial, y como contrapartida, faculta a éste para accionar ejecutivamente en su contra, sin que se susciten todas las cuestiones procesales que antes hemos analizado.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO ITURRIAGA, Sergio (2014): *La Ley del Seguro* (Santiago, Legal Publishing, 2ª Edición).

BARROIHET ACEVEDO, Claudio y ANGELBECK SILVA, Robert (2017): *Derecho de Seguros, Parte General* (Editorial Librotecnia, Santiago).

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2015): “Comentario al artículo 570”, en RÍOS, Roberto, (Director): *El contrato de seguros comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Thomson Reuters La Ley, Santiago).

BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago).

CASARINO VITERBO, Mario (2007): *Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo IV* (Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago).

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2014): *Derecho de Seguros*, (2ª Edición, Legal Publishing, Santiago).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Segunda Edición, Legal Publishing – Thomson Reuters, Santiago).

COUTURE, EDUARDO J. (2013): *Vocabulario Jurídico* (4ª Edición, Editorial B de F y Editorial Metropolitana, Montevideo).

HERRERA JIL, Matías y PÉREZ VALENCIA, Juan Esteban (2019): *La acción directa tácita del derecho perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil: Planteamientos jurídicos que avalan su aplicación en el ordenamiento chileno*, en *Anuario de Derecho Comercial y Marítimo*, N°7 / 2018 – 2019 (Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Edeval, Valparaíso)

LAGOS VILLARREAL, Osvaldo, “¿Se reconoce la acción directa de la víctima contra el asegurador en la legislación chilena?”, en VIDAL, SEVERÍN Y MEJÍAS (edit.) *Estudios de Derecho Civil X* (Thomson Reuters, Santiago, pp. 987-997).

LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2016): *Fundamento y régimen de la vinculación entre el tercero perjudicado y el asegurador voluntario de responsabilidad civil: una cuestión de derecho privado*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 26, pp. 187-228.

LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2020): Los contratos, parte general (6ª Edición, Thomson Reuters, Santiago).

NUEVAS TENDENCIAS Y REFLEXIONES SOBRE EL ACCESO AL SEGURO EN LATINOAMÉRICA

Juan Camilo Delgado Franco*

RESUMEN: El acceso a los seguros es uno de los principales desafíos para la industria de seguros, tanto en los mercados emergentes, como en los desarrollados. En este trabajo se realiza un análisis general de las nuevas tendencias, los desafíos y los problemas de la regulación de los seguros inclusivos (microseguros). El trabajo explorará la experiencia alrededor de estos seguros inclusivos en América Latina; sin embargo, el objetivo es que nuestras reflexiones y propuestas se apliquen a casos similares de mercados emergentes y a nivel internacional.

Palabras clave: Derecho de seguros; Regulación de los microseguros; Acceso al seguro; Seguros inclusivos; Contratos de microseguros.

ABSTRACT: Access to insurance is one of the principal challenges for the insurance industry in both emerging and developed markets. This paper will make a general analysis of the new tendencies, challenges, and problems of inclusive insurance regulation (microinsurance regulation). The work will analyze Latin America experience; however, the objective is that our reflections and proposals are applied to similar emerging market cases and at an international level.

Keywords: Insurance Law, Microinsurance regulation; Access to insurance; Inclusive insurance; Microinsurance contracts.

1. INTRODUCCIÓN

El acceso al seguro es uno de los principales retos de la industria aseguradora, tanto en los países en vía de desarrollo, como en los países desarrollados. Por un lado, la penetración del seguro es sumamente baja y no existe cultura del seguro en los países en vía de desarrollo¹, y, así, la mayoría de los hogares de bajos recursos no cuenta con seguros básicos esenciales (seguros contra desastres naturales, seguros de vida, seguros de desempleo, de salud, seguros funerarios, seguros de responsabilidad). Este fenómeno hace que las familias estén completamente desprotegidas ante los diferentes riesgos y sus consecuencias económicas².

*Profesor universitario de Derecho de Seguros. Candidato a doctorado en la Universidad de Lausana, Suiza. Beneficiario de la Beca del Ministerio de Ciencias, Tecnologías e Innovación de Colombia para desarrollar estudios doctorales. Abogado consultor en Derecho Comercial y de Seguros en Delgado Franco Legal S. A. S. Larga experiencia como investigador y coordinador académico en programas de seguros. Conferencista internacional y nacional. Secretario Ejecutivo de ACIS. Miembro activo de las siguientes asociaciones: AIDA, CILA, ACOLDESE y ALT-CO.

¹ STAIB y otros (2020) pp.27

* La penetración del seguro en Latinoamérica, es decir el porcentaje de primas sobre el PIB, es únicamente del 3%, y la cuota del mercado de seguros de toda América Latina junta es del 2,5% del mercado mundial.

² PRADHAN y DAVE (2017) pp. 1-40.

Por otro lado, aunque los países desarrollados cuentan con sistemas robustos de seguridad social y de seguros privados que protegen al grueso de los ciudadanos, estos sistemas no tienen cobertura total, por lo que hay grupos de personas vulnerables (inmigrantes, indocumentados, vulnerables) que están completamente desprotegidos y desamparados. La pandemia por covid-19 ha provocado una gran recesión económica a nivel global, aunque se prevé una pronta recuperación en el sector asegurador, hay segmentos poblacionales que van a tardar más en recuperarse, pues los índices de resiliencia no son iguales^{3 4}.

Asimismo, la pandemia global por covid-19 ha producido una lamentable e inmoral paradoja: mientras los índices de pobreza han aumentado de manera alarmante a nivel mundial, las fortunas de las personas más ricas se han incrementado de manera vulgar y desproporcional. Dicho en otras palabras, literalmente vivimos en un mundo en el que los ricos son cada vez más ricos, y los pobres son cada vez más pobres⁵.

Lamentablemente, los logros sociales de las últimas décadas se están perdiendo aparatosamente (hay un gran retroceso social, sin precedentes). Adicionalmente, el panorama a largo plazo es preocupante, pues la mayoría de los programas de ayuda social de los organismos multilaterales, de las organizaciones no gubernamentales y de los Estados están disminuyendo considerablemente en cuanto a presupuestos y fondos.⁶ En el sector de los seguros inclusivos, la pandemia podría generar una pérdida de interés en invertir por parte de las aseguradoras. Hay que recordar que, aunque los seguros inclusivos cumplen una gran función social y pueden traer beneficios a futuro (abrir nuevos segmentos de mercado y acercar a la población a la institución del seguro), lamentablemente se prevé que los resultados se noten a largo plazo, y esta apertura no se encuentra entre las prioridades inmediatas^{7*}.

En el siguiente artículo se hará un análisis general de las nuevas tendencias, los desafíos y los problemas de la regulación de los seguros inclusivos (microseguros). El trabajo explorará la experiencia del uso de estos seguros en América Latina; sin embargo, el objetivo es que nuestras reflexiones y propuestas se apliquen a casos similares de mercados emergentes y a nivel internacional.

El trabajo está dividido en siete secciones principales:

- En la primera sección realizaremos algunas reflexiones preliminares sobre el problema global de acceso al seguro, el valor de los seguros como mecanismos de gestión del riesgo y la importancia de los seguros inclusivos.

- En la segunda parte mostraremos la gran red (el ecosistema) de mecanismos de cooperación y organizaciones que trabajan sobre el acceso al seguro.

- En la tercera parte mostraremos un panorama general de la regulación internacional de los seguros inclusivos, por lo que se hará una reflexión sobre la ausencia de un tratado internacional sobre el acceso al seguro y sobre cómo la regulación de los seguros inclusivos ha tenido un carácter nacional. Adicionalmente expondremos los estándares y recomendaciones de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) sobre la materia.

- En la cuarta parte hablaremos sobre las nuevas tendencias generales del derecho de seguro, aplicables a los seguros inclusivos.

- Posteriormente, en la quinta sección, expondremos el panorama general de los seguros inclusivos en América Latina.

³ BEVERE y otros (2020) pp. 1-44.

⁴ AKIWUMI y VALENSISI (2020); HOLZHEU, y otros (2019).

⁵ Credit Suisse Research Institute (2020).

⁶ AKIWUMI y VALENSISI (2020).

⁷ MERRY (2020).

“Muchas aseguradoras y distribuidores se han visto muy afectados por la crisis y podrían tener menos interés por invertir en negocios marginales e iniciativas estratégicas a largo plazo, incluidos los microseguros. Por otra parte, la crisis, que ha castigado los presupuestos públicos”.

- Después, en la sexta sección, realizaremos una serie de reflexiones sobre los seguros inclusivos a partir de la experiencia latinoamericana.
 - Finalmente, plantaremos unas conclusiones generales.
- Ahora bien, es pertinente hacer algunas aclaraciones sobre la investigación:

La búsqueda por evitar la gran contradicción: El tema de la regulación de los seguros es complejo y técnico^{8 9}, sin embargo, como el tema principal de este artículo es el acceso al seguro (un tema relacionado con la simplicidad y la accesibilidad a los seguros), es indispensable que la investigación sea clara, simple y accesible al público en general. Desde nuestro punto de vista, la reducción de complejidad debe comenzar desde la academia (la vulgarización de la información), es por dicha razón que vamos a procurar que el trabajo sea de fácil y agradable lectura.

Mirada integral sobre el acceso al seguro: Si hacemos un análisis histórico de cómo ha sido tratado el tema del problema del acceso al seguro, son manifiestas las siguientes ideas:

- En un principio se creó el concepto de "microseguros", es decir, seguros enfocados exclusivamente en proteger a los hogares de más bajos recursos (población en extrema pobreza).
- Posteriormente, dicho concepto se transformó en el de "seguros inclusivos" (un concepto más amplio); se trata de seguros que no se enfocan únicamente en la población en extrema pobreza, sino que buscan brindar protección a todas las personas que tradicionalmente han sido excluidas o desatendidas por el mercado tradicional de seguros.
- Finalmente, con el desarrollo de nuevos canales alternativos de distribución y de las nuevas tecnologías, se planteó que era necesario simplificar y masificar la distribución de ciertos productos de seguros (seguros masivos), con el fin de ampliar el mercado (llegar a nuevos segmentos de la población) y adicionalmente, brindar protección frente a nuevos riesgos emergentes (ampliar la oferta), sobre todo en países en donde hay una baja penetración del sector asegurador^{10 11 12}.

Con el objetivo de evitar limitar el alcance de nuestra investigación, nos referiremos al problema del acceso al seguro (en un sentido genérico), y se va a utilizar la noción de "seguros inclusivos" que es la más amplia.

No se tratará el tema de los seguros sociales (seguridad social): La presente investigación únicamente se va a enfocar en el seguro privado como solución a la gestión del riesgo; es por ello que no se van a tratar otros esquemas de protección social, como el de la seguridad social (sistema de pensiones, riesgos laborales, etc.). En concordancia, únicamente nos vamos a referir a los seguros privados, en los cuales hay una transferencia del riesgo a una aseguradora privada y cambio del pago de una prima por parte de los consumidores¹³¹⁴.

Mirada integral de la regulación sobre el acceso al seguro: Al momento de estudiar la regulación sobre el acceso al seguro, es posible diferenciar tres aspectos y estudiarlos de manera separada: 1) la regulación sobre la supervisión y el control de las aseguradoras que ofrecen seguros inclusivos; 2) la regulación del contrato de seguros inclusivos; 3) la regulación de las políticas públicas sobre el acceso al seguro. Sin embargo, con el objetivo de presentar un panorama general e integral, la siguiente investigación va a tratar diferentes tópicos de cada uno de estos aspectos.

⁸ BASEDOW y otros (2009) p.122.

⁹ VEIGA-COPO (2019) pp. 1169-1720.

¹⁰ DÍAZ (2016).

¹¹ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2015).

¹² MAPFRE ECONOMICS (2020).

¹³ KALRA, Amit (2010).

¹⁴ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2012).

No se van a tratar los mecanismos alternativos de gestión del riesgo: Con el auge de las nuevas tecnologías y la innovación (la Cuarta Revolución Industrial), han surgido mecanismos alternativos de gestión del riesgo (*peer-to-peer*, *blockchain*, *smart contracts*, *cautivas*, seguros mutuales, alianzas público-privadas, etc.). Estos mecanismos pueden contribuir a llenar lagunas de protección de los seguros^{15 16 17}. Nuestro estudio solo analizará los seguros tradicionales, pero en un futuro será necesario crear programas que articulen y combinen los diferentes mecanismos y estrategias de gestión del riesgo, que en muchos casos no compiten con el seguro, sino que lo complementan y lo modernizan.

2. Reflexiones preliminares:

A pesar de los logros sociales de los últimos años, la pobreza subsiste en el mundo¹⁸. A continuación, algunos datos importantes del Banco Mundial en 2015:

- 736 700 000 de personas vivían con menos 1,90 dólares al día (el 10% de la población).
- 1 936 500 000 personas vivían con menos de 3,20 dólares al día (26,4% de la población mundial).
- 3 386 500 000 personas vivían con menos de 5,50 dólares al día (46% de la población mundial)¹⁹.

La pandemia global por covid-19 ha sido un evento histórico, que ha reflejado la profunda desigualdad e inequidad que hay entre países, y al interior de estos. Por un lado, la pandemia reveló la pobreza oculta de los países desarrollados: en las últimas décadas, estos países han construido esquemas de protección (sistemas de salud, sistemas de pensión, seguros de desempleo, seguros obligatorios, seguros voluntarios), sin embargo, hay un segmento de la población (inmigrantes, indocumentados, refugiados), que no hacen parte del sistema y que necesitan protección.

De esta manera, la crisis llevó a la habilitación de bancos de alimentos en los países desarrollados. En Ginebra, Suiza, se presentó una fila de más de 3000 personas en el banco de alimentos (tradicionalmente las ayudas sociales se enfocaban en países menos favorecidos en el extranjero, y no al interior). Adicionalmente, se puso en evidencia que un inmenso porcentaje de la población no tenía acceso a seguros básicos esenciales, lo cual es escandaloso, pues el país helvético es uno de los de mayor penetración y de una cultura más fuerte en cuanto a seguros²⁰²¹. Como el profesor François Chappuis lo explica en una entrevista para la televisión suiza, el 60% de las personas que demandaban ayudas en el banco de alimentos no contaba con afiliación a seguros de salud²².

Por el otro lado, en los países emergentes, en los últimos años, la población vulnerable que se encuentra totalmente desprotegida contra los riesgos ha crecido de manera considerable²³ —aunque hay algunos avances significativos en la reducción de la pobreza—. Adicionalmente, la pandemia por covid-19 exacerba el riesgo de pobreza en los países pobres²⁴. Desafortunadamente, los hogares de

¹⁵ PRADHAN y DAVE (2017) pp. 1-40.

¹⁶ THE GENEVA ASSOCIATION (2018).

¹⁷ THE INSURANCE DEVELOPMENT FORUM (2020).

¹⁸ Credit Suisse Research Institute (2020).

¹⁹ WORLD BANK – DATA BANK (2021).

²⁰ STAIB y otros (2020). pp. 27, 34, 35.

²¹ La penetración del seguro en Suiza, es decir el porcentaje de primas sobre el PIB, es del 8,38% y se trata del cuarto país con la mayor densidad de seguros del mundo (primas per cápita en USD).

²² RTS INF. (2020).

²³ PRADHAN y DAVE (2017). pp. 1-40

²⁴ AKIWUMI y VALENSISI (2020).

bajos recursos no tienen acceso al seguro: están completamente desprotegidos contra los riesgos y sus consecuencias financieras²⁵.

Ahora bien, la institución del seguro es un excelente mecanismo de gestión del riesgo, dado que permite que un riesgo individual sea distribuido en una comunidad (mutualización del riesgo) por medio de la utilización de las estadísticas y las teorías matemáticas (teoría de la probabilidad y ley de los grandes números)^{26 27 28}.

Investigaciones empíricas han demostrado que los seguros mejoran los índices de resiliencia tanto de las económicas de los países como de los hogares (la capacidad de soportar las consecuencias financieras de la ocurrencia de un riesgo)^{29 30}. Sin embargo, la penetración de los seguros es sumamente baja en los países en vía de desarrollo, y hay significativas lagunas de protección, especialmente en los hogares de bajos recursos. Por ejemplo, a nivel mundial, únicamente el 30% de los bienes está protegido contra desastres naturales, y en los países pobres las lagunas de protección son de más del 95%³¹.

Con el objetivo de proteger a cuatro billones de individuos desprotegidos en el mundo, se han creado los seguros inclusivos (llamados “microseguros”, en principio)³². Actualmente no existe una única y aceptada definición de seguros inclusivos. Karla Amit plantea que las características principales de estos seguros: 1) se basan en los principios de los seguros, es por ello que hay una transferencia del riesgo a una aseguradora a cambio del pago de una prima; 2) son seguros accesibles, se enfocan en el segmento de la población de bajos recursos o desatendida por el seguro tradicional; 3) son seguros asequibles, pues las primas y las coberturas son básicas para que la población objeto lo pueda adquirir 4) son flexibles, pues el segmento de la sociedad no es un grupo homogéneo; 5) son simples en cuanto a de diseño de producto, condiciones de suscripción, prima, lenguaje de políticas y manejo de reclamos en caso de siniestro³³.

Desde 2015, la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) ha decidido usar el término “seguros inclusivos”, con el objetivo de incrementar el alcance de sus recomendaciones. Dicho en otras palabras, al tratar el problema de acceso al seguro, es fundamental no enfocarse de manera exclusiva en la población en extrema pobreza, sino que también se debe buscar brindar protección a todas las personas que tradicionalmente han sido excluidas o desatendidas por el mercado tradicional de seguros³⁴.

Es importante mencionar que los seguros inclusivos tienen dos grandes objetivos que deben ser gestionados de manera adecuada para evitar conflicto: por un lado, este es un mecanismo para contribuir al desarrollo de los mercados emergentes (un fin social); por otro lado, los seguros inclusivos permiten crear un nuevo segmento de mercado para aseguradoras (objetivo privado). Sin embargo, como sugirió Kalra, Ambos objetivos deben equilibrarse para lograr un crecimiento sostenible y adecuado. En otras palabras, el éxito del mecanismo es la combinación de intereses sociales y privados³⁵.

Asimismo, como la IAIS lo ha remarcado, en el panorama de los seguros inclusivos existen varios interesados (gobiernos, legisladores, entidades de supervisión, aseguradores formales, aseguradores informales, intermediadores, consumidores, asociaciones y organizaciones). Por esta

²⁵ HOLZHEU y otros (2019).

²⁶ BRULHART y JACCARD (2017).

²⁷ FONTAINE (2016).

²⁸ DIAZ (2013). pp. 431-479

²⁹ AKIWUMI y VALENSISI (2020).

³⁰ HOLZHEU y otros (2019).

³¹ THE GENEVA ASSOCIATION (2018).

³² KALRA (2010).

³³ Ibid. (2010).

³⁴ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2015).

³⁵ KALRA (2010).

razón, el principal desafío alrededor de los seguros inclusivos es equilibrar los diferentes intereses para que esos seguros sean atractivos para todos³⁶.

Finalmente, me parece pertinente hacer una confesión personal: con frecuencia, mis amigos y familiares me preguntan por qué trabajo en el sector asegurador (financiero). La pregunta está influenciada por la percepción negativa que existe hacia las entidades del sector; dicho en otras palabras, piensan que Juan Camilo Delgado se unió al lado oscuro de la fuerza.

Yo siempre les respondo lo siguiente: en toda disciplina o profesión se puede trabajar y hacer un aporte en la construcción un mundo mejor, todo está en el enfoque en que se hagan las cosas. En mi caso, el derecho de seguros es la actividad lícita que me permite vivir de manera digna; sin embargo, mi enfoque personal ha sido dedicarme a la academia, la parte más noble del sector asegurador y en general del derecho, pues esta busca, por un lado, plantear soluciones para las problemáticas complejas (producir conocimientos), y, por otro lado, formar a las nuevas generaciones para que encuentren salida a esas problemáticas (transmisión de conocimiento)³⁷.

Adicionalmente, la filosofía y la base de los seguros es sumamente interesante y atrayente, dado que los seguros son un mecanismo de gestión del riesgo (forma de enfrentarse a los miedos), a través del cual un problema individual (las consecuencias económicas negativas de una tragedia) son transferidos a una comunidad (mutualizar los problemas), enseñándonos que juntos somos más fuertes y resilientes.

Los seguros deberían evocar un sentimiento de confianza en las personas; es por dicha razón que, si producto de malas prácticas se ha desprestigiado la actividad aseguradora, se deben poner en funcionamiento los mecanismos correctivos necesarios, más no buscar su abolición o satanizar a todo el sector³⁸.

Hago la anterior confesión personal, pues considero que el acceso al seguro es una causa noble, en la que podemos trabajar en conjunto para darle un sentido social a nuestra actividad.

3. El gran ecosistema relacionado con el acceso al seguro: ¿Quién trabaja por hacer un mundo mejor en seguros?

Existe una gran red (ecosistema) de mecanismos de cooperación y organizaciones que trabajan en torno al acceso al seguro. En consideración a que el problema del acceso al seguro es global, para buscar su solución, se necesita participación masiva y la alianza global de todos los interesados. Es por lo anterior que en lo subsiguiente se le dará visibilidad a las iniciativas y organizaciones internacionales que trabajan por hacer un mundo mejor en seguros, a las cuales hay que intentar apoyar y con las cuales hay que intentar vincularse de manera activa.

Durante mis clases universitarias, recomendaba a los estudiantes, a modo de broma, que en vez de perder horas revisando las redes sociales de otras personas (*stalkear* exnovios, pretendientes, amigos, enemigos, amores platónicos), utilizaran ese talento en seguir y apoyar a las diferentes redes profesionales o asociaciones que realizan labores interesantes en el sector de seguros.

A continuación, doy visibilidad a las principales organizaciones e iniciativas que se relacionan con el acceso al seguro:

Iniciativa de Acceso a Seguros (A2II): Anteriormente, muchas agencias y organizaciones trabajaron por separado por el acceso al seguro. Con el tiempo, las agencias decidieron fusionarse y formar alianzas interinstitucionales. Finalmente, en 2009, todas las agencias y la IAIS formaron una alianza global y crearon la Iniciativa de Acceso a Seguros (A2II). Como se describe en su sitio web, la iniciativa es una asociación mundial única que trabaja para garantizar que los excluidos y desatendidos del mundo tengan acceso al seguro.

³⁶ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2007).

³⁷ DELGADO (2020).

³⁸ DELGADO (2021).

La Alianza Global para la Inclusión Financiera (The Global Partnership for Financial Inclusion [GPFI]): Esta alianza fue creada por el G20 en 2010; está comprometida con el avance de la inclusión financiera a nivel mundial. En 2010, el grupo emitió un plan de acción que se actualizó en 2014 y luego nuevamente en 2017. En el plan de acción de esta alianza no se menciona explícitamente el seguro inclusivo; es un programa más general de inclusión financiera³⁹.

El Foro de Desarrollo de Seguros (The Insurance Development Forum [IDF]): Se trata de una asociación público-privada liderada por la industria de seguros y apoyada por organizaciones internacionales. Su existencia se anunció por primera vez en la Cumbre Climática de París de la Conferencia de las Partes de las Naciones Unidas (COP21) en 2015, y fue lanzada oficialmente por los líderes de las Naciones Unidas, el Banco Mundial y la industria de seguros en 2016. Este foro tiene como objetivo crear mecanismos para proteger a las personas contra los desastres y las crisis económicas asociadas con el cambio climático. Si bien el enfoque del foro es interesante, no se centra únicamente en los seguros inclusivos.

Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030: En 2015, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas adoptaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Como mecanismos para cumplir los objetivos (fin de la pobreza, hambre cero, salud y bienestar, trabajo decente y crecimiento económico, reducción de las desigualdades) se debe mejorar la inclusión financiera. Sin embargo, es importante admitir que mejorar la inclusión financiera y el acceso al seguro no es la estrategia más importante, y en la cual se han enfocado los Estados.

La Conferencia Internacional en Seguros Inclusivos: Desde el 2005, en Múnich, la Re Foundation y la Microinsurance Network organizan la Conferencia Internacional sobre Seguros Inclusivos (*International Conference on Inclusive Insurance [ICII]*). La conferencia del año 2020 se iba realizar en Jamaica, sin embargo, a causa de la pandemia, esa versión de la conferencia se reprogramó para el 2022. Actualmente, los organizadores realizan conferencias internacionales sobre seguros inclusivos a distancia⁴⁰.

El Mapa Interactivo de Regulación sobre Seguros Inclusivos: La Iniciativa por el Acceso al Seguro (A2ii) ha elaborado un gran mapa interactivo con la información de cada país sobre la regulación de seguros inclusivos. Este mapa permite explorar el panorama mundial y regional. Es una herramienta de gran utilidad que se ha ido perfeccionando paulatinamente⁴¹.

Bases de datos abiertas: El sitio web del Centro de Microseguros de Milliman tiene una base de datos abierta con cientos de estudios, informes y artículos de diferentes agencias y organizaciones que trabajan en el tema. Adicionalmente, las diferentes organizaciones tienen bibliotecas digitales que permiten encontrar artículos específicos. Casi la totalidad de referencias bibliográficas que aparece en esta investigación hacen parte de esas bibliotecas, que son de acceso libre y gratuito. Recomiendo suscribirse a los boletines de las diferentes organizaciones y socializar la información de sus novedades.

Con el fin de difundir información sobre las organizaciones y agencias que trabajan por hacer del mundo un lugar mejor en materia seguros, a continuación, presentamos la siguiente tabla:

Tabla 1. Organizaciones internacionales y agencias sobre el acceso al seguro

³⁹ G20-THE GLOBAL PARTNERSHIP FOR FINANCIAL INCLUSION (2017).

⁴⁰ ZAHID y DIRK (2020).

⁴¹ ACCESS TO INSURANCE INITIATIVE (S/D).

Organización	Tipo	Objetivos	Sede	Página web
Access to Insurance Initiative (Ai2)	ONG patrocinada por IAIS	Promover los seguros inclusivos.	Eschborn, Alemania	https://a2ii.org
International Association of Insurance Supervisors (IAIS)	Asociación internacional	Ha emitido estándares y para los supervisores.	Basilea, Suiza	https://www.iaisweb.org
Insurance Development Forum	Foro Internacional de la ONU, Banco Mundial y aseguradores.	Foro para crear plataformas de resiliencia ante el cambio climático	Londres, Reino Unido	https://www.insdevforum.org/
The Impact Insurance	Programa de la OIT	Promover los seguros con impacto social.	Ginebra, Suiza	http://www.impactinsurance.org/
FinMark Trust		Promover la inclusión financiera	Johannesburgo, Sudáfrica	http://finmark.org.za/
Consultative Group to Assist the Poor (CGAP)	ONG	Promover la inclusión financiera	Washington, USA	https://www.cgap.org/
The Microinsurance Network (MIN)	ONG que surgió del CGAP	Promover los microseguros.	Luxemburgo	https://microinsurancenetw.org/
Micro Insurance Academy	ONG	Promover los microseguros.	New Delhi, India	http://www.microinsuranceacademy.org/
MAPFRE Foundation	Instituto de investigación y financiación de proyectos	Publicaciones, eventos y financiación de proyectos.	Madrid, España	https://www.fundacionmapfre.org/fundacion/
Swiss Re Foundation			Zúrich, Suiza	https://www.swissrefoundation.org/
Association of the Munich Re Foundation			Múnich, Alemania	http://www.munichre-foundation.org/
The Geneva Association			Zúrich, Suiza	https://www.genevaassociation.org/
AXA Research Fund			Paris, Francia	https://www.axa-research.org/
Cenfri	Agencia de impacto económico de África	Promover la inclusión financiera	Sudáfrica	https://cenfri.org/

Organización	Tipo	Objetivos	Sede	Página web
INTERNATIONAL RESEARCH INSTITUTE FOR CLIMATE AND SOCIETY	Institutos sobre el cambio climático	Mecanismos financieros y de seguros frente al cambio climático		https://iri.columbia.edu/
Munich Climate Insurance Initiative				https://climate-insurance.org/
MICROINSURANCE	Aseguradoras especializadas			https://microinsurance.com/
Blue Marble				https://bluemarblemicro.com/
Micro Insurance Catastrophe Risk Organization (micro)				https://www.microrisk.org/es/
Milliman Microinsurance Solutions				https://www.milliman.com/en/insurance
A2F Consulting.				https://www.a2f-c.com/
EA Consultants	https://www.eac-global.com/			

4. La regulación internacional sobre el acceso al seguro

4.1 La ausencia de un tratado internacional y la regulación de carácter nacional

En la actualidad, no existe un gran tratado o acuerdo internacional sobre el acceso al seguro, motivo por el cual no es posible hacer un análisis estructurado y sistemático de la regulación internacional. En ausencia de dicho acuerdo global, cada país ha promulgado su propio conjunto de estatutos y leyes, a menudo con el asesoramiento de las organizaciones internacionales, y teniendo en cuenta los estándares y recomendaciones de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS).

En 2005, India fue el primer país en promulgar un marco regulatorio para los seguros inclusivos. Hasta la fecha, cuarenta y cuatro jurisdicciones han adoptado un marco regulatorio. Entre ellos se destacan los siguientes países de Latinoamérica: Argentina, Belice, Brasil, Costa Rica, México, Nicaragua Perú, Venezuela. Además, al menos diecisiete países están promoviendo actualmente alguna forma de regulación de los seguros inclusivos, como es el caso de Bolivia, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras y Jamaica. Finalmente, cuatro países de la región no han desarrollado una legislación específica, pero tienen otros mecanismos de soporte y estructuración del mercado de seguros inclusivos, como es el caso de Colombia⁴².

Como muestran los estudios de derecho comparado, los marcos regulatorios para los seguros inclusivos son extremadamente diferentes y particulares: algunos países han desarrollado una legislación integral; otros países han regulado únicamente aspectos específicos, como el diseño de productos y la selección de mercado, los canales de distribución de seguros inclusivos, la regulación

⁴² ACCESS TO INSURANCE INITIATIVE (S/D).

de tarifas, la regulación prudencial (solvencia de las aseguradoras que participan en el mercado inclusivo de seguros), la resolución de disputas y pagos del siniestro, la protección especial al consumidor, la regulación sobre la simplificación de las pólizas y el contrato de seguros, las autorizaciones especiales para explotar el ramo de seguros inclusivos, los tipos de productos, las coberturas y las exclusiones^{43 44 45}.

Algunos países tienen una gran experiencia en cuanto a seguros inclusivos, a pesar de no contar con un marco regulatorio específico. Es el caso de Colombia, que se ha convertido en un líder regional en el tema al utilizar la regulación tradicional de seguros y la regulación sobre los seguros masivos. Esto demuestra que un marco legal sólido no es la única forma de garantizar el acceso a los seguros⁴⁶.

Sin embargo, como Biener, Eling y Schmit lo plantean, la regulación de los seguros inclusivos es la oportunidad de proporcionar respuestas legales a problemas prácticos, resolver conflictos entre las diferentes partes interesadas y solucionar fallas del mercado y problemas de asimetría en la información⁴⁷.

En los últimos años, muchos países han realizado importantes avances en los marcos regulatorios de los seguros inclusivos, por lo que, se puede hablar de una nueva ola de regulaciones, especialmente en Latinoamérica (el caso de Costa Rica, Chile, Paraguay, Uruguay y Bolivia). En un futuro, será interesante conocer y estudiar cómo estos marcos legales se adaptarán a la nueva realidad social y económica provocada por covid-19.

La pandemia por covid-19 ha mostrado que el problema del acceso al seguro dejó de ser exclusivo de los países en vía de desarrollo. En ese sentido, es fundamental que los países desarrollados legislen para brindar acceso al seguro a las poblaciones vulnerables. Dicho en otras palabras, en unos años los países desarrollados deberían contar con una regulación sobre seguros inclusivos y aparecer en el mapa global de regulación de seguros inclusivos. Por ejemplo, sería sumamente positivo que la Unión Europea creara un seguro inclusivo que brinde a todos los inmigrantes ilegales un seguro de salud contra emergencias médicas.

De hecho, recientemente la Unión Europea lanzó la *Nueva agenda del consumidor: Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible*⁴⁸, en la cual se plantea que dentro de los objetivos prioritarios se encuentran los siguientes: (1) la transición ecológica; (2) la transformación digital; 3) la tutela y el respeto por los derechos de los consumidores; (4) las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores; y (5) la cooperación internacional. Asimismo, en España se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2021 sobre la protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Si bien es cierto que la anterior normatividad está enfocada en la protección de los consumidores, en un contexto en el que se busca proteger el mercado único de la Unión Europea y a los consumidores nacionales respectivamente, la promulgación es una clara manifestación de que hay segmentos de la población desprotegida y que es necesario buscar mecanismos de especial protección en todas las materias, entre ellas el seguro inclusivo.

4.2 Los estándares y recomendaciones de la IAIS sobre los seguros inclusivos

La Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) emite estándares, recomendaciones y guías de supervisión sobre los seguros inclusivos. En la siguiente tabla hay una lista de trabajos relacionados con los seguros inclusivos:

⁴³ BIENER, Christian; ELING, Martin y SCHMIT, Joan (2014) pp. 21-40.

⁴⁴ A2II SECRETARIAT TEAM (2015).

⁴⁵ MAPFRE ECONOMICS (2020).

⁴⁶ CAMARGO, TATIN-JALERA y GONTIJO(2014).

⁴⁷ BIENER, Christian; ELING, Martin y SCHMIT, Joan (2014) pp. 21-40.

⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA (2020).

Tabla 2. Artículos de IAIS relacionados con los seguros inclusivos

Año	Título	Tema
2007	Problemas de regulación y supervisión de microseguros	El estado actual de los microseguros, el importante papel en el desarrollo de sistemas financieros inclusivos, la necesidad de ser regulados y supervisados ⁴⁹ .
2012	Documento sobre la regulación y supervisión que respalda los mercados de seguros inclusivos	Plantear una guía de regulación y supervisión de los mercados de seguros inclusivos” (IAIS 2012) ⁵⁰ .
2015	Documento temático sobre la conducta empresarial en seguros inclusivos	La importancia de la protección de los consumidores en los mercados de seguros inclusivos ⁵¹ .
2017	Documento sobre el gobierno de productos en los seguros inclusivos	Orientación a los supervisores, reguladores y legisladores para diseñar e implementar regulaciones y prácticas de supervisión de productos de seguros inclusivos ⁵² .
2018	Documento de aplicación sobre el uso de tecnología digital en seguros inclusivos	Orientación a supervisores, reguladores y formuladores de políticas para publicar al momento de diseñar e implementar regulaciones y prácticas de supervisión con respecto al uso de tecnología digital en seguros inclusivos ⁵³ .
2018	Los seguros paramétricos en el mercado de seguros inclusivos	Los seguros paramétricos relacionados con el clima en el mercado de seguros inclusivos ⁵⁴ .

Sobre estos trabajos, es importante destacar lo siguiente:

El debate entre microseguros y seguros inclusivos: En la agenda de IASI, existe un debate sobre el concepto de microseguros y su evolución hacia el concepto de seguros inclusivos. La autora Maria Alejandra Diaz explica esta evolución:

Un poco más de una década después del inicio de los microseguros, el mundo empezó a hablar de seguros inclusivos para hacer referencia a aquellos productos que, como los primeros, son universales, sencillos, estandarizados y de comercialización masiva, pero que no solo buscan proteger a las personas de menores ingresos, sino a toda la población que nunca antes ha estado cubierta con un seguro, entre ellos los pobres, la población rural, personas con discapacidad y minorías étnicas, entre otros⁵⁵.

⁴⁹ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2007).

⁵⁰ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2012).

⁵¹ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2015).

⁵² INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2017).

⁵³ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2018).

⁵⁴ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2018-2).

⁵⁵ DÍAZ (2016).

Autonomía en la regulación: La IASI ha emitido algunas recomendaciones generales, pero para lograr el acceso a los seguros, cada país tiene la responsabilidad individual de adaptar las regulaciones, la supervisión y la definición a su propio contexto^{56 57}.

Incorporación del gobierno y supervisión de productos en los seguros inclusivos: Como el profesor Marano lo explica, en el derecho financiero del Reino Unido, después de la crisis financiera de 2007, se ha planteado una nueva metodología para el diseño de productos, la cual ha comenzado a extenderse en las diferentes áreas del derecho, entre ellas el derecho de seguros europeo. Según el gobierno de productos, el consumidor debe estar en el centro del sistema, los productos son diseñados en función de las necesidades de los consumidores (estricto proceso de elaboración de productos) y además se debe hacer un monitoreo constante de los productos. Con base en esta metodología, los productos que no satisfacen las necesidades y no le convienen a los consumidores deben dejarse de comercializar⁵⁸.

En el derecho de seguros europeo, se incorporaron el gobierno y la supervisión de productos en el diseño de productos, mediante la Directiva Europea sobre la Distribución de Seguros (EU) 2016/97 y la regulación delegada (EU) 2017/2358.

Es importante mencionar que la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) ha recomendado utilizar la supervisión del producto en los seguros inclusivos⁵⁹. Incluso, Costa Rica acaba de promulgar una innovadora regulación sobre los seguros inclusivos, la cual incorpora esta nueva metodología⁶⁰. De antemano, felicitamos que se fomenten buenas prácticas extranjeras a Latinoamérica y deseamos muchos éxitos en la puesta en marcha del sistema normativo.

Los seguros inclusivos pueden servir para hacer planes piloto (utilizarse como laboratorio), que posteriormente se pueden aplicar a gran escala. En ese sentido, si el gobierno y la supervisión de productos funciona en el mercado de seguros inclusivos de Costa Rica, posteriormente se puede extender a todo el mercado de seguros, de forma similar como lo hizo la Unión Europea (en ese caso, fue inicialmente aplicado a los seguros con componente de inversión, y posteriormente a todos los seguros).

5. Las nuevas tendencias generales del derecho de seguros aplicables a los seguros inclusivos

Teniendo en cuenta que los seguros inclusivos se basan en los principios de los seguros, es importante destacar algunos desarrollos y tendencias del derecho comparado e internacional sobre el contrato de seguros, que pueden tener relación estrecha con los seguros inclusivos:

5.1 El deber de información y los documentos de información de producto

El deber de información de los profesionales nació como una respuesta al gran problema de la asimetría de la información al momento de la celebración de los contratos⁶¹. Como lo explica el profesor Chinchilla, el deber de informar tiene dos objetivos principales: 1) restablecer la igualdad entre las partes, ya que por la desigualdad de conocimientos (la desigualdad en cuanto a la información) se pueden generar abusos del profesional; 2) mejorar el consentimiento de las partes, es decir lograr que la aceptación del contrato se dé de manera informada (con base en información clara, transparente y oportuna)⁶².

En la actualidad, en el derecho de seguros se reconoce que los productos de seguros son complejos, y que se le debe brindar a los consumidores información clara, sencilla y sintética (deber

⁵⁶ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2012).

⁵⁷ VÉLEZ (2013) pp. 431-479.

⁵⁸ MARANO (2019) pp. 60-96.

⁵⁹ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2017).

⁶⁰ CONSEJO NACIONAL DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (2020).

⁶¹ STRAETMANS(2019) pp. 1-6.

⁶² CHINCHILLA (2011) pp. 327-350.

de información)⁶³. La gran tendencia tiene que ver con que, para informar a los consumidores, se debe recurrir a novedosos documentos precontractuales, los cuales no contienen únicamente texto escrito, sino que se recurren a símbolos e imágenes visuales⁶⁴.

Dichos documentos precontractuales de información no son elaborados únicamente por abogados, sino que son diseñados por equipos interdisciplinarios (artistas, editores de contenidos, diseñadores, psicólogos, economistas, pedagogos), y se basan en estudios del comportamiento de los consumidores. Por ejemplo, la Directiva sobre la Distribución de Seguros (Directiva 2016/97) de la Unión Europea estableció unos formatos únicos de información de productos (documentos de información de producto de seguros). Los aseguradores deben entregar formatos estandarizados de dos páginas con imágenes y símbolos de fácil comprensión y lectura⁶⁵. Dichos formatos fueron elaborados por la Autoridad Europea de Seguros y de Pensiones de Jubilación (EIOPA) con base en estudios empíricos del comportamiento de los consumidores⁶⁶.

En el futuro se sabrá si estos formatos cumplen con las expectativas y objetivos trazados, o si es necesario diseñar otras medidas suplementarias. Sin embargo, es fundamental que esta experiencia de innovación en la manera de informar a los consumidores sea aplicada a los seguros inclusivos, pues, por la naturaleza de la población objeto, es el sector en el que más se necesita.

5.2 La evolución del concepto de contrato:

Como el profesor Abel Vega plantea, uno de los grandes desafíos del derecho de seguros privados, y en general del derecho, es la búsqueda de simplificar y vulgarizar la redacción de los contratos, pues los consumidores deben otorgar su consentimiento con conocimiento de causa (de manera informada)⁶⁷.

En un principio, los esfuerzos se enfocaron en que los documentos contractuales fueran claros, transparentes, sintéticos, sencillos y comprensibles para el consumidor común. Además, se hizo un esfuerzo para que los profesionales advirtieran información importante con caracteres legibles y en la primera página del contrato. Por ejemplo, la normatividad de Colombia exige que cierta información de los contratos de seguros se encuentre en la primera página del contrato (riesgos asegurados, exclusiones), lo que ha llevado a enormes discusiones sobre la interpretación y los alcances de la norma^{68 69}.

Las nuevas tendencias del derecho contemporáneo plantean una noción más amplia de los contratos (una evolución de la noción), que tiene ciertas características específicas: De una parte, los contratos deben dejar de ser elaborados únicamente por abogados y se debe recurrir a equipos interdisciplinarios (diseñadores, correctores de estilo, pedagogos, economistas, psicólogos). De otra parte, los contratos deben dejar de ser únicamente texto escrito y deben incorporar elementos no tradicionales como imágenes, figuras, videos explicativos e interactivos, diagramas, etc.

Es así como, para mejorar la protección y solucionar los problemas de comunicación con los consumidores, hay una gran cantidad de proyectos, de movimientos sociales, de nuevas metodologías, de nuevas escuelas de derecho, de centros de investigación y de asociaciones de consumidores, las cuales se enfocan en perfeccionar el proceso de elaboración de los contratos, simplificar los documentos y mejorar la educación de los consumidores^{70 71}. A continuación, de manera ilustrativa es pertinente mencionar algunos de estos avances:

⁶³ BRULHART (2017)pp. 201-228.

⁶⁴ SOLA (2017) pp. 79-89.

⁶⁵ PEÑAS (2019) pp. 37-81.

⁶⁶ EIOPA (2016).

⁶⁷ VEIGA-COPO (2019) pp. 1169-1720.

⁶⁸ DELGADO (2021-2).

⁶⁹ VÁSQUEZ VEGA (2020).

⁷⁰ STRAETMANS (2019) pp. 1-6.

⁷¹ VIGNERON-MAGGIO-APRILE (2006) pp. 28-33.

- Estudios de comportamiento de los consumidores: Existen laboratorios y centros de investigación en los que se realizan estudios psicológicos y económicos del comportamiento de los consumidores, todo esto con el fin de elaborar contratos conforme a las características y particularidades de esos consumidores. Asimismo, se hacen estudios sobre la eficacia de los documentos contractuales y sobre las prácticas más efectivas para informar a los consumidores⁷².

- Legal design: Con el objetivo de facilitar la comprensión de los documentos jurídicos (leyes, contratos), en Estados Unidos se ha planteado que estos deben incorporar elementos gráficos (imágenes, figuras, videos explicativos e interactivos, diagramas etc.). Para lograrlo, al momento de elaborar documentos jurídicos se debe recurrir a la experiencia de expertos en diseño gráfico y otras disciplinas afines. La Escuela de Derecho de Stanford (Stanford Law School) ha creado un laboratorio de *legal design*, en el que se ha planteado una nueva metodología en la elaboración de documentos jurídicos⁷³.

En cuanto a los seguros inclusivos, con el ánimo de lograr simplicidad en los contratos, en ocasiones se recurre a medidas que no son acordes con las nuevas tendencias del derecho comparado de seguros, y que incluso hacen parte de discusiones que deben ser modernizadas. Por ejemplo, algunas legislaciones han establecido que el contrato de seguros inclusivos debe tener una extensión de máximo dos páginas (discusiones arcaicas), cuando la discusión se ha enfocado en otros aspectos (la evolución del derecho de contratos que reseñábamos). En lo personal, prefiero un contrato de cinco páginas que incorpore los estudios de comportamiento y elementos propios del *legal design* (imágenes, símbolos), que un aburrido y anticuado texto de dos páginas elaborado por abogados.

Lamentablemente, la regulación de los seguros inclusivos y la regulación del contrato de seguros tienen problemas de articulación y se han desarrollado por separado. Es por lo anterior que es necesario hacer un proceso de armonización y adaptación, de tal forma que se complementen, y sobre todo que capitalicen las experiencias exitosas de cada una. Finalmente, el éxito de cualquier iniciativa de acceso a seguro depende de la participación de todos los interesados. Es por dicha razón que conviene invitar al debate a las asociaciones tradicionales de derecho de seguros tradicionales (Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA (CILA) y que estos puedan compartir las novedades del derecho comparado. Son muchos los abogados expertos en derecho en seguro que están interesados en trabajar en las iniciativas por el acceso al seguro.

6. El panorama de los seguros inclusivos en América Latina

América Latina es una región líder en el mundo en cuanto al desarrollo de los seguros inclusivos⁷⁴. Diferentes asociaciones y agencias han publicado diferentes estudios e informes empíricos sobre los seguros inclusivos en América Latina. A continuación, mencionaremos algunos de los datos más relevantes:

- Aproximadamente el 9% de la población objeto del mercado de seguros inclusivos en América Latina (población de bajos recursos o tradicionalmente desatendida por el mercado asegurador tradicional) tiene un seguro inclusivo⁷⁵.

- Lamentablemente, el porcentaje que representa los seguros inclusivos es sumamente bajo en comparación con el total de primas de toda la Industria:

El primaje total de toda la industria aseguradora en Latinoamérica en 2016 se elevó a 148,500 millones de USD.12 Según nuestra estimación de 480 millones de USD, las primas de microseguros representaron sólo el 0,3% de esta cifra. Para las compañías que facilitaron datos tanto sobre el total

⁷² VANDENBERGHE (2011) pp. 401-423.

⁷³ TORRES (2020).

⁷⁴ MAPFRE ECONOMICS (2020).

⁷⁵ MERRY (2020).

de las primas de seguros como sobre las primas de microseguros, estas últimas representaron el 2,45% de la cifra total. A nivel de una compañía, la importancia relativa de los microseguros varía del 0,2% al 100% para unos pocos proveedores que se han especializado en microseguros. A nivel de países, la importancia de las primas de microseguros sigue siendo baja, oscilando entre el 0% y el 5,33%; el porcentaje más alto se puede observar en Ecuador y Guatemala, seguido por El Salvador, Bolivia y Colombia⁷⁶.

- En el pasado, hubo un progreso significativo en los seguros inclusivos⁷⁷. Sin embargo, en la actualidad estos están creciendo muy lentamente, e incluso algunos autores plantean que hay un preocupante estancamiento⁷⁸.
- El desarrollo de los seguros inclusivos se ha desarrollado de manera desigual entre los diferentes países latinoamericanos, pues el mercado de seguros inclusivos se encuentra concentrado en unos cinco países: México, Brasil, Colombia, Perú y Ecuador. Dichos países concentran más del 90 % del mercado de los seguros inclusivos⁷⁹.
- El mercado de seguros inclusivos sigue estando dominado por productos tradicionales (poco innovadores), principalmente seguros de vida, seguros de vida de deudores, seguros de accidentes personales y seguros de gastos funerarios (este último, incluso, es ofrecido por empresas que no son aseguradoras en algunos países, como Colombia)⁸⁰.

Como se ve reflejado en las anteriores cifras, en América Latina aún existen enormes brechas en lo referente a la protección, por lo que es necesario plantear estrategias más efectivas para promover el mercado de seguros inclusivos. Además, en nuestra opinión, en el futuro, los países de la región deben crear espacios para compartir experiencias y unirse en esta noble causa. Dicho en otras palabras, juntos debemos estudiar cómo dinamizar el mercado de los seguros inclusivos.

7.1 Reflexiones sobre los seguros inclusivos en Latinoamérica

En los países de América Latina se cuenta con una valiosa experiencia sobre los seguros inclusivos, la cual se puede capitalizar y compartir. A continuación, serán presentadas tres reflexiones que pueden resultar de utilidad:

7.1 Es pertinente capitalizar la larga experiencia internacional en cuanto a los seguros inclusivos

Desde hace más de quince años, han surgido proyectos, organizaciones e iniciativas que promueven los seguros inclusivos. En la actualidad, cuando es necesario encontrar una solución al gran problema del acceso al seguro, debemos capitalizar y tomar como base esa valiosa experiencia (ir sobre hombros de gigantes). Dicho en otros términos, no debemos comenzar de cero, sino que debemos empezar a partir de lo que se ha construido en el pasado.

Al analizar las nuevas legislaciones y los proyectos de los diferentes países latinoamericanos (actualmente podemos percibir una nueva ola de nuevas regulaciones), he notado con sorpresa que algunas no tienen en cuenta los estudios y los análisis de las organizaciones internacionales. Respetamos la autonomía del legislador, y somos conscientes de que no se debe cometer el error de copiar leyes foráneas (importar problemas y discusiones del extranjero que no se adaptan a nuestra realidad), sin embargo, para tener una legislación técnica, integral y de calidad, es importante justificar los motivos para apartarse de las nuevas tendencias.

7.2 Evitar las discusiones innecesarias sobre qué tipo de seguros deberían ser el foco en el futuro (microseguros, seguros masivos y seguros inclusivos)

⁷⁶ A2F CONSULTING (2017).

⁷⁷ MCCORD, Michael; INGRAM, Molly y TATIN-JALERAN, Clémence (2013).

⁷⁸ A2F CONSULTING (2017).

⁷⁹ MCCORD, Michael; INGRAM, Molly y TATIN-JALERAN, Clémence (2013).

⁸⁰ MERRY (2020). f

Si hacemos un análisis histórico sobre cómo ha sido abordado el problema del acceso al seguro en Latinoamérica, podemos constatar los siguientes puntos:

1) En un principio se creó el concepto de "microseguros", es decir, de seguros enfocados exclusivamente en proteger a los hogares de más bajos recursos y mejorar su resiliencia contra los riesgos (población en extrema pobreza, es decir personas que viven con menos de dos dólares diarios). Por ejemplo, se ofrecían seguros de salud para que personas sin hogar recibieran tratamiento de urgencias básico en caso de enfermedad o accidente.

2) Posteriormente, dicho concepto evolucionó al de "seguros inclusivos" (un concepto más amplio); es decir, seguros que no se enfocan únicamente en familias en situación de extrema pobreza, sino que buscan brindar protección a todas las personas que tradicionalmente han sido excluidas o desatendidas por el mercado tradicional de seguros (no necesariamente por causa del factor económico). Por ejemplo, es posible ofrecer seguros paramétricos contra lluvias a poblaciones rurales o apartadas que cultivan, y no necesariamente se encuentran en extrema pobreza, según los rígidos criterios económicos.

3) Finalmente, con el desarrollo de nuevos canales alternativos de distribución y de las nuevas tecnologías, se planteó que era necesario simplificar y masificar la distribución de ciertos productos de seguros (seguros masivos), con el fin de ampliar el mercado (llegar a nuevos segmentos de la población) y adicionalmente, brindar protección frente a nuevos riesgos emergentes (ampliar la oferta).

En ese sentido, se dieron nuevas propuestas: a) ofrecer seguros digitales en las aplicaciones y plataformas tecnológicas para que los usuarios pudiera acceder masivamente a productos de acuerdo con sus intereses y necesidades inmediatas (seguros de cancelación de vuelos, de eventos, seguros de viajes en nuevas aplicaciones de transporte, seguros contra ataques cibernéticos); b) ampliar la red de intermediarios del sector al permitir comercializar seguros sencillos a través de otras entidades financieras (banca de seguros) y de otros establecimientos comerciales (pequeños corresponsales bancarios y de seguros)^{81 82}.

Los tres tipos de seguros tienen una correlación directa, además de que el mejoramiento de los índices de cada uno influye en los otros dos. Teniendo en cuenta que en América Latina los recursos públicos son escasos, en los últimos años se ha discutido fuertemente sobre cuál de los tres tipos de seguros debe ser preponderante para enfocar la política pública⁸³. En los últimos años, los países de América Latina se han enfocado en los seguros masivos, lo cual ha sido fuertemente criticado, pues dichos seguros masivos no se enfocan en las necesidades y características de la población más vulnerable⁸⁴.

En mi opinión, en estos tiempos en los que es necesario un pacto global e integral, se trata de una discusión que ha perdido importancia práctica; lo que se debe plantear es un gran esquema que combine todas las estrategias y que establezca qué agentes se encargarán de liderar cada estrategia (distribución de funciones). Por ejemplo, como la masificación del mercado de seguros y el contacto con nuevos segmentos de la sociedad son actividades relacionadas con la innovación y la distribución pueden ser lideradas por el sector asegurador y los gremios (con la respectiva supervisión y acompañamiento del órgano de vigilancia); mientras que el área de los seguros inclusivos y los microseguros debe ser liderada por el gobierno nacional y los organismos multilaterales.

7.3 Evitar el debate sobre si separar la inclusión en seguros de la inclusión financiera

⁸¹ Colombia tiene una larga experiencia en la distribución de seguros masivos y de la creación de canales alternativos de distribución de seguros masivos. Entre las diferentes regulaciones están el artículo 5 de la ley 389 de 1997, el decreto 034 de 2015, el Decreto 2123 de 2018 y el decreto 222 2020

⁸² MEJÍA (2017) pp. 109-148.

⁸³ MAPFRE ECONOMICS (2020).

⁸⁴ CAMARGO; TATIN-JALERA y GONTIJO (2014).

Históricamente los programas de inclusión en seguros han hecho parte de programas generales de inclusión financiera (una visión sistémica del sector financiero), como es el caso de Colombia⁸⁵⁸⁶. Esta inclusión ha llevado a plantear una discusión sobre la conveniencia de diferenciar e independizar el problema de acceso al seguro⁸⁷ ⁸⁸.

Con frecuencia se celebra que los índices de inclusión financiera han mejorado, cuando en realidad las personas vulnerables tienen acceso a un único producto financiero del sistema, sin importar que carezcan de otros productos esenciales. Por ejemplo, en Colombia se resalta con orgullo que cada vez más colombianos tienen acceso a una cuenta bancaria (hacen parte del sector financiero), sin embargo, ese dato no indica que los usuarios tengan acceso a otros productos financieros esenciales (seguro de salud, acceso al crédito formal).

Desde mi punto de vista, es posible continuar con un esquema tradicional, es decir, con una mirada sistémica, dado que hay todo un marco institucional y una larga experiencia en este campo. Sin embargo, es fundamental utilizar dos soluciones prácticas (correctivos) para evitar que se produzcan disfunciones:

1. Para evaluar los programas de inclusión financiera se deben analizar los resultados en cada uno de los sectores que componen al sector financiero (bancario, bursátil, de seguros, crediticio). Por ejemplo, para analizar la efectividad de las políticas de inclusión financiera no es suficiente que las personas tengan acceso a un único producto financiero, sino que se debe hacer un análisis independiente, sector por sector.

2. En relación con el punto anterior, se debe establecer un paquete de productos financieros mínimos esenciales. De dicho, paquete se debe excluir una serie de productos obligatorios, no esenciales, o que no protegen a las personas vulnerables, dado que estos pueden producir inflación y tergiversación en los datos de inclusión. Por ejemplo, una persona que está protegida por un seguro de accidentes en un trayecto en el transporte público sigue siendo una persona vulnerable (sin acceso al sector financiero), si carece de acceso a productos financieros esenciales como seguro de salud, acceso al crédito, cuenta bancaria, entre otros.

8. Conclusiones

El seguro inclusivo ya no es un mecanismo diseñado solo para los mercados emergentes. La pandemia por covid-19 mostró que existen problemas de acceso a los seguros tanto en los mercados emergentes como en los desarrollados. Es por tal motivo que los mercados emergentes deben seguir trabajando para proteger a la población de bajos ingresos y crear nuevos canales de distribución para el mercado excluido o desatendido. De la misma manera, los mercados desarrollados deben enfocarse en llenar los vacíos de protección de sus sistemas, ya que hay un segmento de su población (inmigrantes, indocumentados, refugiados) que es vulnerable y no tiene acceso a un seguro (seguro inclusivo).

Adicionalmente, es necesario un pacto global por el acceso al seguro (un trato internacional sobre seguros inclusivos). Como nos enfrentamos a problemas de escala global, la solución debe ser necesariamente de la misma naturaleza. Adicionalmente, el esquema debe vincular al sector privado,

⁸⁵ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (2020).

⁸⁶ Colombia tiene un gran marco institucional de inclusión financiera, entre los cuales se destacan la ley de inclusión financiera (Ley 1735 - octubre 21 de 2014), el decreto 457 de 2014 que estableció un Sistema Administrativo Nacional para la Educación Económica y Financiera, y además creó una comisión intersectorial. Además, se lanzó la Estrategia Nacional de Educación Económica y Financiera de Colombia (ENEFF). En los últimos años, Colombia ha logrado avances significativos en la inclusión financiera. The Economist Intelligence Unit ha reconocido a Colombia como el país con el mejor entorno propicio para la inclusión financiera entre países en vía de desarrollo (55 países).

⁸⁷ VÉLEZ (2013).

⁸⁸ MEJÍA (2017) pp. 109-148.

con el fin de que sea una propuesta integral y profunda, es decir, se debe buscar la participación de todos los sectores de la sociedad (las aseguradoras, las reaseguradoras, los Estados, los organismos multilaterales, los diferentes sectores sociales, la academia, las asociaciones del sector).

El gran objetivo es construir un pacto global por el acceso al seguro, pero si dicha iniciativa no se lograra materializar, considero que se debe intentar lograr pactos regionales o nacionales para el acceso al seguro. Dicho en otras palabras, el plan alternativo debe ser buscar acuerdos a menor escala. Por ejemplo, todos los países latinoamericanos podríamos reunirnos a estudiar cómo solucionar el problema de acceso al seguro en nuestros territorios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- A2II SECRETARIAT TEAM (2015): "How are regulators and supervisors supporting inclusive insurance markets across the globe?", en MICRO INSURANCE NETWORK (edit.) *The State of Microinsurance*. Disponible en: <http://www.microinsurancecentre.org/resources/documents/the-state-of-microinsurance-the-insider-s-guide-to-understanding-the-sector/download.html>.
- A2F CONSULTING (2017): *El panorama del microseguro en América Latina y el Caribe* (The Microinsurance Network (MIN) and Munich Re Foundation). Disponible en: <http://www.microinsurancecentre.org/resources/documents/operations/managing-performance-kpis/the-landscape-of-microinsurance-in-latin-america-and-the-caribbean-2017.html>.
- ACCESS TO INSURANCE INITIATIVE (Ai2): *Inclusive Insurance Regulations Map*. Disponible en: <https://a2ii.org/es/node/2161>.
- AKIWUMI y VALENSISI (2020): "When it rains it pours: COVID-19 exacerbates poverty risks in the poorest countries", en *United Nations Newsletter*, Mayo.
- BASEDOW y otros (2009): *Principles of European insurance contract law*. (Sellier European Law Publishers, Colonie).
- BEVERE, Irina y otros (2020): "Reconstruyendo mejor: perspectiva global de la economía y el mercado asegurador 2021/22", en *Suiza, Swiss Re Institute - Sigma 7*. Disponible en: <https://www.swissre.com/dam/jcr:022e823b-f713-46e1-80d6-2b6ae547f832/swiss-re-sigma-7-2020-es-web.pdf>.
- BIENER, Christian; ELING, Martin y SCHMIT, Joan (2014): "Regulation in Microinsurance Markets: Principles, Practice, and Directions for Future Development", en *World Development*, vol 58, pp. 21-40. <https://doi:10.1016/j.worlddev.2013.12.012>.
- BRULHART y JACCARD (2017): *Droit des assurances privées*. (Stampfli Editions SA, Berne).
- CAMARGO, Andrea; TATIN-JALERA, Clémence y GONTIJO, Leticia (2014): "Hacia un sector de seguros inclusivo y universal", en FONDO MULTILATERAL DE INVERSIONES (edit.) *Access to Insurance Initiative*, IDB.
- CHINCHILLA, Imbett (2011) "El deber de información contractual y sus límites", en *Revista de Derecho Privado*, N° 21, pp. 327-350.
- COMISIÓN EUROPEA (2020): *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Nueva agenda del consumidor: Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/ES/COM-2020-696-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.
- CONSEJO NACIONAL de SUPERVISIÓN del SISTEMA FINANCIERO (2020): Acuerdo Sugese 11-20: Reglamento sobre inclusión y acceso al seguro [acta de la sesión 1601-2020, celebrada el 24 de agosto de 2020].
- CREDIT SUISSE RESEARCH INSTITUTE (2020): *Global wealth report 2020 Research Institute*. Disponible en: <https://bit.ly/3ekDT4V>.

- DELGADO, Juan (2021): *El necesario pacto global por el acceso al seguro*. Disponible en: <<https://delgadofrancolegal.com/investigaci%C3%B3n/f/el-necesario-pacto-por-el-acceso-al-seguro?blogcategory=Seguros+Inclusivos>>.
- DELGADO, Juan (2021): *El regreso de la discusión sobre las exclusiones en la 1 página*. Disponible en: <<https://delgadofrancolegal.com/investigaci%C3%B3n/f/el-regreso-de-la-discusi%C3%B3n-sobre-las-exclusiones-en-la-1-p%C3%A1gina>>.
- DELGADO, Juan (2020): “Mi confesión” [video]. Disponible en: <https://youtu.be/K7gn84pwk_I>.
- DÍAZ, Alejandra (2016): “De los microseguros a los seguros inclusivos”, en *Revista Fasecolda*. Octubre, 2016. Disponible en: <<https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/239>>.
- DÍAZ, Alejandra (2013): “Función social del seguro”, en JUNGUITO, Roberto (edit.): *La industria aseguradora en Colombia: avances en el siglo XXI* (Fasecolda, Bogotá) pp. 431-479.
- EIOPA (2016): *IPID Consumer Testing and Design Work-Final report*. Disponible en: <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/pdfs/ipid_consumer_testing_and_design_work_final.pdf>.
- FONTAINE (2016): *Droit des assurances* (Bruylant, Bruxelles).
- G20-THE GLOBAL PARTNERSHIP FOR FINANCIAL INCLUSION (2017): *G20- Financial Inclusion Action Plan 2017*. Disponible en: <<https://www.gpfi.org/sites/gpfi/files/documents/2017%20G20%20Finacial%20Inclusion%20Action%20Plan%20final.pdf>>.
- HOLZHEU y otros (2019): “Índice de Resiliencia, nociones básicas para los mercados de seguros y las economías”, en *Swiss Re Institute - Sigma* 5. Disponible en: <https://www.swissre.com/dam/jcr:8f09bb9f-972b-4e49-a66c-03b1290ae8bd/sigma5_2019_es.pdf>.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2007): *Issues in Regulation and Supervision of Microinsurance*. Disponible en: <<http://www.microinsurancecentre.org/resources/documents/market-development/regulations/issues-in-regulation-and-supervision-of-microinsurance.html>>.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2012): *Application Paper on Regulation and Supervision supporting Inclusive Insurance Markets*. Disponible en: <<https://www.findevgateway.org/paper/2012/10/application-paper-regulation-and-supervision-supporting-inclusive-insurance-markets>>.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2015): *Issues Paper on Conduct of Business in Inclusive Insurance*. Disponible en: <<https://microinsurancenetwork.org/groups/issues-paper-conduct-business-inclusive-insurance>>.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2017): *Application paper on product oversight in inclusive insurance*. Disponible en: <<https://www.iaisweb.org/page/supervisory-material/application-papers//file/70163/application-paper-on-product-oversight-in-inclusive-insurance>>.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2018): *Application Paper on the use of digital technology in Inclusive Insurance*. Disponible en: <<https://www.iaisweb.org/page/consultations/closed-consultations/2018/draft-application-paper-on-the-use-of-digital-technology-in-inclusive-insurance/file/71949/draft-application-paper-on-the-use-of-digital-technology-in-inclusive-insurance-for-public-cons>>.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (2018): *Issues Paper on index-based insurances, particularly in inclusive Insurance Markets*. Disponible en: <<https://a2ii.org/es/knowledge-center/issues-paper-on-index-based-insurances-particularly-in-inclusive-insurance-markets>>.
- KALRA, Amit (2010): “Microseguros: protección contra el riesgo para 4000 millones de personas”, en *Swiss Re Institute - Sigma* 5. Disponible en: <<https://www.swissre.com/dam/jcr:873c10d2->

- [21c4-4bee-a0c0-f819932e6d2e/sigma6_2010_es.pdf](https://www.mapfre.com/media/servicio-estudios/2020/mapfre-economics-inclusion-financiera-11-06-2020.pdf)>.
- MAPFRE ECONOMICS (2020): *Inclusión financiera en seguros*. Disponible en: <<https://www.mapfre.com/media/servicio-estudios/2020/mapfre-economics-inclusion-financiera-11-06-2020.pdf>>.
- MARANO, Pierpaolo. (2019): "The Product Oversight and Governance: Standards and Liabilities", en MARANO y otros (edits.) *Distribution of Insurance-Based Investment Products*. (Springer Nature Switzerland AG, Cham) pp. 60-96.
- MCCORD, Michael; INGRAM, Molly y TATIN-JALERAN, Clémence (2013): *The Landscape of Microinsurance in Latin America and the Caribbean* (Multilateral Investment Fund (MIF)): Disponible en: <<http://www.microinsurancecentre.org/resources/documents/market-development/the-landscape-of-microinsurance-in-latin-america-and-the-caribbean.html>>.
- MEJÍA, Sebastián (2017): "La desintermediación en el contrato de seguro. De la banca seguros al uso de red", en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Vol. 26 No. 46, pp. 109-148. <<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/download/19161/15091>>.
- MERRY (2020): *Panorma del Microseguro 2020* (The Microinsurance Network, Perú). Disponible en: <https://media.microinsurancenetwork.org/sites/default/files/MiN-Landscape-2020-SPANISH_vf_0.pdf>.
- PEÑAS (2019): "Obligaciones generales de información en la nueva regulación española de distribución de seguros", en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*. Vol. 28, N° 50, pp. 37-81.
- PRADHAN, Shailee y DAVE, Ashish (2017): "Seguros: añadiendo valor al desarrollo en los mercados emergentes", en *Swiss Re Institute - Sigma* 4. Disponible en: <https://www.swissre.com/dam/jcr:7d9b9d53-f492-4e5d-bf67-05722f9b4f2d/sigma4_2017_es.pdf>.
- RTS INF. (2020): "François Chappuis: 'Les personnes qui font la queue à Genève n'ont aucune réserve'" [video], Disponible en: <<https://www.rts.ch/play/tv/lactu-en-video/video/franois-chappuis-les-personnes-qui-font-la-queue-a-geneve-nont-aucune-reserve?id=11309766>>.
- SOLA, Francisco (2017): *El proceso precontractual en el contrato de seguro: nuevo marco jurídico*. (Fundación Mapfre, Madrid).
- STAIB y otros (2020): "El seguro mundial: capeando el temporal de la pandemia de 2020", en *Swiss Re Institute - Sigma* 4. Disponible en: <https://www.swissre.com/dam/jcr:b5ac22f2-86bb-4c72-a11a-54130cd36248/sigma-4-2020-es.pdf>
- STRAETMANS, Gert (2019): "Introduction", en STRAETMANS, Gert (edit.) *Information obligations and disinformation of Consumer*. (Springer Nature, Switzerland Cham) pp. 1-6.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (2020): *El Microscopio global de 2020. El papel de la inclusión financiera en la respuesta frente a la COVID-19*. Disponible en: https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/SPANISH_EIU_Microscope_2020_proof_07.pdf
- THE GENEVA ASSOCIATION (2018): *Understanding and Addressing Global Insurance Protection Gaps*. Disponible en: https://www.genevaassociation.org/sites/default/files/research-topics-document-type/pdf_public/understanding_and_addressing_global_insurance_protection_gaps.pdf
- THE INSURANCE DEVELOPMENT FORUM (2020): *Technology and Innovation: Tools to help close the Protection Gap in Microinsurance Markets*. Disponible en: http://www.insdevforum.org/wp-content/uploads/2020/11/Technology-and-Innovation_-_Tools-to-help-close-the-Protection-Gap-in-Microinsurance-Markets.pdf
- TORRES, José Fernando (2020): *Legal design' 2.0 (diseño legal) como una nueva disciplina académica del Derecho*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/tic/legal-design-20-diseno-legal-como-una-nueva-disciplina-academica>
- VANDENBERGHE, Ann Sophie (2011): "Behavioral Approaches to Contract Law", en DE GEEST,

- Gerrit (edit) *Contract Law and Economics* (Edward Elgar Publishing) pp. 401-423.
- VÁSQUEZ VEGA, Daniel (2020): “La carga de establecer las exclusiones del contrato de seguro en la primera página de la póliza”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*. Vol. 29 No. 53. Disponible en: <<https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris53.ceec>>.
- VEIGA-COPO, Abel (2019): *Tratado del contrato de seguro*. (Civitas, Pamplona).
- VÉLEZ, Sergio (2013): “Regulación en microseguros”. En JUNGUITO y otros (edits.), *La industria aseguradora en Colombia: Avances en el siglo XXI*. (Fasecolda, Bogotá) pp. 431-479.
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE, Sandra (2006): *L’information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation* (Schulthess Médias Juridique SA, Genève, Zurich, Bale).
- WORLD BANK – DATA BANK (2021): Disponible en: <https://datacatalog.worldbank.org>
- ZAHID, Qureshi y DIRK, Reinhard (2020): *Report International Conference on Inclusive Insurance 2020*. Disponible en: <<https://bit.ly/3h3yWPM>>.

ENSAYOS

EL PANORAMA JUDICIAL DE LAS PÓLIZAS DE CAUCIÓN O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO

José Joaquín Carvallo De Ferari ¹²

I.- INTRODUCCIÓN.

Las controversias judiciales relacionadas a los proyectos de construcción, han aumentado considerablemente en los últimos años, discutiéndose principalmente el incumplimiento de los respectivos contratos de obras o retardo en la entrega, entre otros.

Sólo por nombrar ejemplos, las estadísticas y registros que el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago publica, han dado cuanto que este tipo de asuntos concentran más del 45% del ingreso de causas del último año³.

Esto ha significado que también –de manera aparejada- se denuncien una mayor cantidad de siniestros con cargo a las Pólizas de Seguro de Caucción, otorgadas para asegurar la ejecución de dichas obras, aumentando también, en consecuencia, los reclamos contra las Aseguradoras.

Las discusiones se han concentrado, medularmente, en la ejecución y pago de aquellas Pólizas que son emitidas bajo la modalidad “*de ejecución inmediata*” o “*a primer requerimiento*”, existiendo múltiples acciones judiciales que todas las partes del proceso han ido presentando a su respecto.

El propósito de la presente publicación consiste en hacer una somera revisión de estas discusiones, como también referirse al contenido de las acciones judiciales que actualmente están siendo presentadas.

II.- LOS SEGUROS DE CAUCIÓN EN GENERAL.

1.- Hasta antes del 1 de diciembre de 2013, el contrato de seguro de caucción era innominado, es decir no existía norma legal que lo definiera.

Sus características estaban reguladas en los condicionados generales depositados en la ex Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión Para el Mercado Financiero (“CMF”).

La doctrina nacional lo había conceptualizado como un “*contrato en virtud del cual una parte, asegurador, se obliga para con otra, asegurado, a indemnizarle los daños patrimoniales que un tercero afianzado, le cause con ocasión del incumplimiento de una o más obligaciones contractuales de hacer o no hacer*”.⁴

Incluso existen pronunciamientos judiciales en donde se definió como “*aquel que cubre las pérdidas en dinero que le irroque al asegurado el incumplimiento por parte del tercero de las obligaciones provenientes del contrato o convención individualizados en las Condiciones Particulares que no deban satisfacerse directamente en dinero*”.⁵

2.- Con la Ley N° 20.667, se incluyó una definición legal expresa del “Seguro de Caucción”, en el artículo 582:

¹ Abogado de la Universidad Diego Portales. Integrante del Grupo de Trabajo sobre Resolución de Controversias de AIDA, Sección Chile, liderado por María Paz Chaigneau, a quien agradezco enormemente toda su apoyo irrestricto, contribución y ayuda para desarrollar esta publicación.

² La fecha de cierre de esta publicación, corresponde al día 10 de Noviembre del año 2020. Eventualmente existen pronunciamientos judiciales que sean posteriores a este día.

³ Según datos otorgados por la propia institución. Disponible en el siguiente link: <<http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2020/ABR/noticia10.html>>.

⁴ FARAGGI y otros (1985) p. 83.

⁵ CONTRERAS STRAUCH (1999) p. 1161-1165.

“Concepto. Por el seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.

Las excepciones o defensas que el tomador oponga al asegurado, alegando que no ha existido incumplimiento de las obligaciones garantizadas por la póliza, no obstarán a que el asegurador pague la indemnización solicitada”

De entre sus principales características, se ha mencionado que “en este tipo de seguros hay de una relación tripartita. La parte “extraña” a la generalidad de los contratos de seguro es justamente la del tomador en cuanto persona distinta y “contrapuesta” –en interés– al asegurado”⁶.

Esta caución personal⁷ ha representado un mecanismo viable y adecuado para garantizar la correcta ejecución de proyectos inmobiliarios o construcción en los últimos años.

Sus ventajas –que la diferencian de otras alternativas, como lo son las boletas bancarias de garantía, cartas de crédito o certificados de garantía recíproca- se manifiestan en que “no requieren de endeudamiento de los tomadores, y poseen un menor costo financiero”; que “son endosables y no tienen costos adicionales”, como también, que “cuentan con una mayor flexibilidad y rapidez en la emisión”, entre otras que se han publicado^{8,9y10}.

Los seguros de caución más frecuentes corresponden a los de correcto uso o inversión de anticipo y la de fiel cumplimiento de contrato, ambas asociados por lo general a la ejecución de obras de construcción.

Ahora bien, su utilidad ha llevado a que tanto la práctica comercial como ciertas leyes especiales desarrollen diversos tipos de productos que parten de esta misma base, de entre los cuales

⁶ ARTIGAS CELIS (2019) p. 87.

⁷ A diferencia de una caución “real” que se constituye sobre un bien.

⁸ Página web: <https://www.avla.com/cl/beneficios-poliza-garantia-boleta-garantia/>

⁹ Destacamos también otros documentos que, en el mismo sentido, destacan la función de estas Pólizas. Por ejemplo, el BOLETIN N° 12.324-08, denominado “Características del seguro de caución o garantía a primer requerimiento”, del 16 de abril 2019, preparado por el Intendente de Seguros, Daniel García Schilling a instancias del proyecto que modifica la ley de cierre de faenas mineras: “En este orden de ideas, los representantes de la Asociación de Aseguradoras de Chile A.G. que participaron en dicha mesa, señalaron que los costos financieros asociados a la emisión de pólizas serían menores que los cobrados por los bancos a las medianas mineras (...) Por todo lo anterior se estima que, incorporar ciertas pólizas de seguro como instrumentos financieros válidos para asegurar al Estado el cumplimiento del plan de cierre en la categoría A.1) permitirá dar alivio a los titulares de proyectos mineros, principalmente a la mediana minería, quienes podrán tener mayor flexibilidad y holgura para efectos de constituir las garantías exigidas por la ley de cierre de faenas”

¹⁰ Por seguir nombrando ejemplos de su importancia, el artículo 109 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, acepta esta modalidad: “La caución para el fiel cumplimiento de los contratos deberá constituirse mediante boleta de garantía bancaria. Sin embargo, los funcionarios a quienes corresponda resolver la aceptación o rechazo de las propuestas, podrán aceptar, previo informe favorable de la Fiscalía de Obras Públicas, pólizas de garantía otorgadas por compañías de seguros, siempre que dichas pólizas contengan las mismas condiciones de seguridad, cubran los mismos riesgos y responsabilidades y puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria. Para estos efectos se faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros para que autorice a las compañías de seguros a otorgar las pólizas de garantía en la forma indicada, las que cubrirán, además, las multas estipuladas en los respectivos contratos”

destacan la póliza de garantía para contratos de promesa de compraventa con venta en verde¹¹; las de garantía para corredores de seguros¹², entre varios otros más.

Para finalizar este apartado introductorio, es importante destacar que tanto el mercado asegurador, como las mismas leyes especiales que aquí se han nombrado, han tratado prácticamente como sinónimos al “seguro de caución” con el concepto de “seguro de garantía”.

III.- LA MODALIDAD “A PRIMER REQUERIMIENTO” O “DE EJECUCIÓN INMEDIATA”

El inciso final del artículo 583 del Código de Comercio consagra una modalidad de aseguramiento especial para los seguros de caución, esto es, que puedan ser “de ejecución inmediata” o “a primer requerimiento”:

“Este tipo de seguro podrá ser a primer requerimiento, en cuyo caso la indemnización deberá ser pagada al asegurado dentro del plazo que establece la póliza, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago”.

Se ha señalado recientemente para conceptualizar esta modalidad de Pólizas:

“Lo que distingue una póliza a primer requerimiento dice relación con su ejecutabilidad, es decir, que para obtener el pago de la indemnización, el siniestro no debe ser sometido a proceso de liquidación alguno.

*De esta manera, entonces, el asegurador al momento de emitir una caución a primer requerimiento, sabe o debe saber, que ante el requerimiento del asegurado, estará obligado a pagar la indemnización solicitada, una vez cumplidos los requisitos establecidos en el Condicionado de la Póliza”.*¹³

A mayor abundamiento, la misma CMF ha emitido el Oficio Circular N° 972, de enero de 2017, con el objeto de precisar los alcances de esta modalidad:

“En atención al carácter imperativo y excepcional del inciso final del artículo 583 del Código de Comercio, los seguros de garantía o caución a ‘primer requerimiento’, corresponden a aquellos en que la compañía se obliga al pago del monto reclamado que no exceda del monto asegurado, dentro del plazo establecido en la póliza, a la mera solicitud del asegurado, sin que proceda exigir que el requerimiento contenga mayor información que la identificación de la póliza, del asegurado y el monto reclamado”

La Circular incluso agrega que:

“(…) en caso de nulidad o resolución del contrato por la causal de errores, reticencias o inexactitudes del afianzado o tomador, por las características de los seguros de caución, no son oponibles al asegurado”.

En vistas de todo lo expuesto, una vez hecho el requerimiento de pago, la aseguradora no lo puede cuestionar; vale decir, se excluye la discusión sobre la producción del siniestro, no cabe exigir del asegurado o beneficiario de la Póliza, que acredite el incumplimiento del obligado principal, como tampoco correspondería pronunciarse –en esa instancia- acerca de la nulidad o resolución del contrato garantizado producto de irregularidades que emanen del tomador.

III.- REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES DISCUSIONES.

¹¹ Artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones: “Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, que no cuenten con recepción definitiva y que celebren contratos de promesa de compraventa en los cuales el promitente comprador entregue todo o parte del precio del bien raíz, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador”

¹² En conformidad con el artículo 58 del DFL 251 que los obliga a constituir garantía (mediante boleta o póliza) y registrarla en la CMF.

¹³ MOLINA ZALDÍVAR (2015) p. 726.

Pese a las normas transcritas, las circulares y la doctrina citada, lo cierto es que ha sido controvertida la forma de ejecutar estas Pólizas, existiendo todo tipo de discusiones, pronunciamientos y variadas acciones judiciales iniciadas en múltiples sedes y procedimientos, que vale la pena revisar para entender mejor su aplicación práctica.

1.- Discusiones sustantivas: La procedencia de la indemnización.

Por lo general, las discusiones las han iniciado los asegurados de estos contratos, quienes proceden a reclamar judicialmente su pago –ya sea ante un Juez Ordinario o un Árbitro- en virtud a lo dispuesto en el artículo 543 del Código de Comercio.

Las principales excepciones esgrimidas por las Compañías Aseguradoras para denegar el pago de la indemnización solicitada o exigir nuevos antecedentes, que hemos podido revisar, podrían resumirse en las siguientes.

1.1.- En *primer lugar*, se ha reclamado –como fundamento para no indemnizar- que el contrato de garantizado, ha sido modificado sin dar aviso oportuno a la aseguradora, lo que importaría un agravamiento del riesgo, en los términos de los mismos Condicionados Generales, los que repiten lo establecido en los artículos 524 N° 5 y 526 del Código de Comercio:

“El asegurado, o contratante en su caso, deberá informar al asegurador los hechos o circunstancias que agraven sustancialmente el riesgo declarado, y sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, dentro de los cinco días siguientes de haberlos conocido, siempre que por su naturaleza, no hubieren podido ser conocidos de otra forma por el asegurador”.

Es decir, las aseguradoras han reclamado tanto a título de excepción (tal como se ve de las causas IVL Ltda.¹⁴ y Servicio de Salud Chiloé¹⁵) como a través de una acción de nulidad (causa Plaza El Alba/Delta¹⁶), que la modificación del contrato entre asegurado y afianzado, produciría efectos también en los riesgos que el asegurador habría aceptado cubrir en base a la póliza emitida.

Lógicamente, y como es de prever, la carga de la prueba recae sobre la Aseguradora, quien debe acreditar –ahora en sede judicial- (i) que esa modificación del contrato efectivamente existió, (ii) que esa modificación reviste tal entidad que agrava los riesgos a los que se comprometió asegurar (y no los disminuye, como arguye el asegurado en el juicio IVL Ltda.) y, muy especialmente, (iii) que esa modificación no le fue comunicada en forma oportuna¹⁷.

En esta línea, se ha decretado que:

“corresponde a la empresa aseguradora, en conformidad al artículo 1698 del Código Civil, acreditar el agravamiento del riesgo que le imputa a la demandante, por un aviso tardó del siniestro”¹⁸

En consecuencia, sólo de cumplirse con esa carga de prueba, y en aplicación de las reglas generales, a modo de excepción o como acción, la Compañía de seguros se podría ver exonerada de su deber de indemnizar.

¹⁴ INVERSIONES E INMOBILIARIA IVL LTDA CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2019).

¹⁵ SERVICIO DE SALUD CHILOÉ CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2016): Se tramitó en primera instancia bajo el Rol C-6542-2014, ante el 3er Juzgado Civil de Santiago, para luego ser confirmada la sentencia del grado tanto por la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 12715-2015) como la Corte Suprema (Rol 49670-2016) que rechazó los recursos por manifiesta falta de fundamento.

¹⁶ ASEGURADORA PORVENIR S.A. CON INMOBILIARIA Y CONSTRUCTORA PLAZA EL ALBA S.A. Y DELTA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A. (2018) En causa sobre designación de Juez Árbitro y en donde se anuncia la interposición de una acción de nulidad de las Pólizas por falta de objeto.

¹⁷ Así, por ejemplo, lo dispuso la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso SERVICIO DE SALUD CHILOÉ CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2016): *“Que, analizada la prueba aportada al proceso por la demandada, no se encuentra acreditado que la asegurada SERVICIO DE SALUD CHILOÉ, haya informado el acaecimiento del siniestro tardíamente, sino que por el contrario de conformidad a la carta de fojas 40 se acredita que se informó sobre este tópico a la aseguradora con fecha 14 de junio de 2013.”*

¹⁸ SERVICIO DE SALUD CHILOÉ CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2016).

1.2.- En un *segundo orden de ideas*, se ha cuestionado la existencia del incumplimiento, o bien, la “no producción del siniestro” por falta de antecedentes, tal como sucedió, por ejemplo en la ya referida causa Servicio de Salud Chiloé¹⁹, como también en el caso Deutsche Hausbau²⁰, en donde –a propósito de un intento de embargar pólizas de correcto uso de anticipo- la Corte decretó:

“Tercero: Que en las condiciones anotadas, sin perjuicio de la falta de antecedentes para establecer que el siniestro se configuró en la hipótesis pactada en el contrato de seguro, lo cierto es que lo cuestionado en autos es el embargo trabado sobre los supuestos fondos retenidos producto de la liquidación de las Pólizas, lo que de ser efectivo se trataría de dineros de propiedad del ejecutante”

En resumidas cuentas, el asegurado de dichas Pólizas no fue capaz de acreditar que efectivamente el afianzado usó incorrectamente los anticipos cubiertos por ese seguro, de manera que no se produjo siniestro alguno que las active.

Aquí la conclusión ineludible es que este tipo de controversia ha significado *trasladar* la discusión acerca de la efectividad y entidad del incumplimiento a una disputa entre la Compañía y su Asegurado, cuestión que en el origen de este tipo de póliza, se busca evitar.

Es así como se ha publicado que *“en caso de existir una discrepancia o disputa respecto del cumplimiento o no de la obligación tomador y asegurado deberán concurrir ante un árbitro o la justicia ordinaria, quien será finalmente el llamado a determinar si existió o no incumplimiento de la obligación garantizada.”*²¹

1.3.- En *tercer lugar*, como se discute en el proceso AVLA/CMF²², se ha cuestionado por las Compañías de Seguros la eventual “*colisión*” que se generaría entre –por una parte- la ejecución inmediata y –por el otro- la *liquidación* el contrato afianzado.

Por ejemplo, en materia de obras públicas se ha esgrimido como excepción para no indemnizar el monto total asegurado, que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, obligaría a las entidades públicas a *liquidar* los contratos antes de proceder al cobro de las garantías respectivas²³.

De igual forma, como se desprende de los casos Santander²⁴, JUNAEB²⁵ y VCGP-Astaldi²⁶, se ha esgrimido que una “*ejecución inmediata*” afectaría el denominado el principio de indemnización del artículo 550 del Código de Comercio²⁷, norma que es imperativa en los términos del Artículo 542

¹⁹ En donde se cuestiona por el asegurador si efectivamente se usaron anticipos retenidos o corresponden a otros cubiertos en las Pólizas anteriores.

²⁰ INMOBILIARIA DEUTSCHE HAUSBAU S.A. CON EMPRESA CONSTRUCTORA BARRIO ORIENTE S.A.” (2017).

²¹ GONZÁLEZ-CASTILLO (2018) pp. 71-91.

²² AVLA SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A. CON COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO” (2021).

²³ Decreto N° 75 de fecha 2 de febrero de 2004, que establece el Reglamento de Obras Públicas. Su artículo 99 dispone: “*La boleta o documento de garantía que entregue el contratista para el fiel cumplimiento del contrato, será remitido a la Dirección de Contabilidad y Finanzas y quedará en su poder hasta la liquidación final, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 177”.*

²⁴ BANCO SANTANDER CHILE CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020), que corresponde a una apelación presentada por la aseguradora en contra de una sentencia arbitral dictada por el profesor Marcelo Nasser Olea en Arbitraje tramitado en el Centro Latinoamericano de Mediación y Arbitraje del Seguro y Reaseguro ARIAS-LATAM.

²⁵ JUNAEB con CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020).

²⁶ ORSAN SEGUROS Y CRÉDITOS DE GARANTÍA S.A. CON VCGP-ASTALDI INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA (2020).

²⁷ Artículo 550. “*Principio de indemnización. Respecto del asegurado, el seguro de daños es un contrato de mera indemnización y jamás puede constituir para él la oportunidad de una ganancia o enriquecimiento”*

del mismo cuerpo legal²⁸ (lo que por ende implica su prevalencia por sobre lo que se haya estipulado en un Condicionado General).

Se afirma en esta línea que el asegurado reportaría un enriquecimiento ante el caso de que formule su requerimiento de pago por el total del monto asegurado, en circunstancias de que la obra está muy avanzada.

De hecho, así mismo se ha planteado recientemente:

“(…) al tener que pagar el asegurador la indemnización sin poder oponer excepciones, sin poder exigir demostración del incumplimiento de las obligaciones garantizadas ni el monto del perjuicio que ese incumplimiento produce en el patrimonio del asegurado, resulta entonces inaplicable la regla consistente en que la indemnización no pueda exceder del menoscabo que haya sufrido el patrimonio del asegurado como consecuencia del siniestro²⁹”

1.4.- Finalmente, queremos destacar al proceso JUNAEB³⁰, en donde la discusión, además del principio de indemnización ya reseñado, ha tomado también un camino distinto.

Centrándose ya en la naturaleza jurídica de estas pólizas, la demandada lo que ha hecho es cuestionar que el seguro suscrito sea o no efectivamente *“pagadera a la vista”*, como reclamó la entidad demandante.

Se alegó por la Compañía demandada que su Condicionado General (POL 1 2013 1716, cuya comercialización hoy se encuentra prohibida), pese a titularse *“de ejecución inmediata”*, lo único que haría sería eximir del proceso de Liquidación, existiendo lo que denomina *“un proceso de configuración de siniestro”*.

En el Informe en Derecho acompañado como prueba de primera instancia, se explica que ese artículo del Condicionado General establece que debe indemnizarse *“el perjuicio que sufra el asegurado y no la suma máxima que cada Póliza señala como límite de indemnización”*, agregando que el mismo Condicionado *“contempla un mecanismo que permite obtener certeza jurídica sobre la ocurrencia del siniestro y el monto de la pérdida”*.

En consecuencia, esta no sería una póliza *pagadera a la vista* y la Aseguradora bien podría someter el pago a revisión y ajuste.

El razonamiento esbozado fue recogido por la sentencia de primera instancia del 29 de Agosto de 2019, rechazando la demanda deducida por JUNAEB, considerando que la Póliza no contemplaría la expresión de *“a primer requerimiento”*, y concluyéndose enseguida que no se encontraría acreditado el incumplimiento de sus afianzados.

Más allá de lo que los Tribunales superiores resuelvan (pues la sentencia fue objeto de recursos), lo cierto es que esta disputa en la actualidad se encuentra –más o menos- solucionada, tanto al haberse prohibido el Condicionado General utilizado, como también en base al Oficio Circular N° 972 antes transcrito, en adición a lo resuelto con gran claridad en casos recientes como el de Santander³¹, ya mencionado.

2.- Acciones de Nulidad y acciones declarativas.

Ha sido posible constatar que en algunas ocasiones, los intervinientes ya no solo oponen excepciones en contra de una acción judicial destinada a obtener el cumplimiento de este tipo de contratos.

²⁸ Artículo 542. *“Carácter imperativo de las normas. Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en éstas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario”*

²⁹ ARTIGAS CELIS(2019) p. 94.

³⁰ JUNAEB con CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020).

³¹ BANCO SANTANDER CHILE CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020).

Por el contrario, han sido también las propias aseguradoras las que han iniciado acciones destinadas, esta vez, a aclarar en sede judicial si procede o no una indemnización, e incluso, de ser procedente, a que se realice un ajuste de la indemnización.

2.1.- Así, primeramente debemos referirnos a un caso antiguo, citado y analizado por el señor González Castillo en su publicación, también ya citada³², en donde el asegurador pidió la rescisión del contrato de seguros, por cuanto se habría demostrado un incumplimiento doloso del afianzado:

“negó el pago de la póliza aduciendo, entre otros motivos, la omisión (dolosa) de informaciones que la constructora y SERVIU habrían debido otorgarle, y que por lo mismo los seguros de garantía serían nulos pues los hechos dolosos y personales no podrían ser objeto de seguro”.

Dicha demanda, indica la publicación mencionada, fue rechazada, por cuanto:

“Por definición, el seguro (de garantía) cubre el incumplimiento de obligaciones, sea que dicho incumplimiento provenga de culpa, dolo u otro hecho imputable al deudor afianzado y es precisamente el incumplimiento doloso o fraudulento de la obligación garantizada el caso más evidente de incumplimiento, el que por ende autoriza al acreedor beneficiario a hacer efectiva la póliza”.

2.2.- Otra alternativa que se ha podido revisar, corresponde a una acción declarativa de mera certeza³³ y en subsidio de resolución de contrato, en donde actualmente se está pidiendo a un Juez Árbitro que declare en su sentencia si acaso una serie de cartas y antecedentes entregados por un asegurado, corresponden a un siniestro cubierto y, luego, en la afirmativa, cuál es el monto indemnizatorio que correspondería pagar.

Lo anterior se fundaría en el hecho de que el asegurado no habría sido claro en constatar el incumplimiento al requerir al pago, junto con además no proporcionar antecedentes suficientes como para determinar la Póliza que efectivamente debiera activarse.

Siendo un proceso judicial relativamente nuevo, y por ende, vigente: noticia en desarrollo.

3.- Algunas cuestiones procesales.

Desde una perspectiva procesal, también se han originado ciertas discusiones que son interesantes de revisar.

3.1.- Por un lado, surge la interrogante si acaso el afianzado o tomador del seguro, puede intervenir en el juicio que un asegurado inicia en contra de la Compañía, por rechazo de cobertura o negativa de pago.

Es decir, ¿puede el afianzado –a quien se le imputa el incumplimiento del contrato- *hacerse parte* en este juicio e intentar probar, quizás conjuntamente con la Aseguradora, como tercero coadyuvante, que el incumplimiento reclamado por el asegurado no es tal?

De lo que se ha podido revisar, podemos mencionar el caso Sandvik³⁴ en donde el afianzado intentó comparecer en un proceso de designación de juez árbitro iniciado por el asegurado, en contra de la Compañía Aseguradora, y en donde se anunció la interposición de una demanda arbitral de cobro de indemnización.

³² GONZÁLEZ-CASTILLO (2018): Cita el caso Segundo Juzgado Civil de Concepción, 31 de julio de 1999, Rol N° 80.602-99, cons. 28°. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de julio de 2000, Rol N° 858-97.

³³ ORSAN SEGUROS Y CRÉDITOS DE GARANTÍA S.A. CON VCGP-ASTALDI INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LTDA. (2020).

³⁴ SANDVIK CHILE S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2016).

El Juzgado Civil que conocía de la solicitud de designación de Árbitro, rechazó la solicitud, indicando que esa comparecencia debería realizarse ante el Juez Árbitro que resulte nombrado y no en esa oportunidad procesal:

“Teniendo en consideración en primer lugar, que el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, para comparecer como tercero en un juicio, exige un interés actual en su resultado, y atendido que los presentes autos tienen sólo por propósito la designación de un Juez Arbitro, sin vislumbrarse por ello que se encuentre comprometido un derecho por parte de la peticionaria, lo que podría acontecer en el juicio arbitral propiamente tal, se rechaza la solicitud”.

Si bien dicha resolución fue apelada por ese afianzado, ese recurso no siguió adelante con su tramitación, de modo que no existió un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones respectiva.

3.2.- Otra discusión, aún más interesante, dice relación con la institución del “beneficiario”, regulado en el artículo 513, letra c): *“el que, aun sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro”*, y su legitimación activa.

En el caso IVL Ltda.³⁵, el asegurado y demandante fue una empresa Inmobiliaria, en circunstancias de que la Póliza establecía que el beneficiario –y por ende, titular de la indemnización– era una persona jurídica distinta, en la especie, un Banco.

El Tribunal de primera instancia rechazó la acción, considerando que la Inmobiliaria efectivamente carece de legitimación activa para demandar, por cuanto –en su criterio– sólo el beneficiario de la indemnización podría reclamar el pago y percibir la indemnización garantizada.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó dicha resolución. Con todo, dicha sentencia cuenta con un voto de minoría en donde –de entre muchas consideraciones– señala (i) que nada obsta a que el asegurado *reclame* la indemnización, sin perjuicio de que luego el beneficiario puede *percibirla*, y (ii) que la Aseguradora debió cuestionar la falta de legitimación activa al momento de recibir el requerimiento de pago, o durante esos 30 días para pagar, cuestión que no hizo, y (iii) que bastaría con una cesión de derechos posterior por parte del beneficiario, para subsanar la legitimación activa, cuestión que obra en el proceso.

Este proceso actualmente se encuentra hoy pendiente de admisibilidad ante la Corte Suprema. Sin embargo, su contenido es de especial interés para despejar si acaso puede el asegurado –distinto del beneficiario nominado en la Póliza– formular el requerimiento de pago en este tipo de seguros, como también, si basta con una cesión de derechos posterior para subsanar el problema.

3.3.- Podemos, en *tercer lugar*, hacer mención de las medidas prejudiciales precautorias que los afianzados han presentado, buscando que el Juez Civil Ordinario decrete u ordene la abstención del cobro de la Póliza y/o del pago por la Aseguradora.

Tal es el caso del proceso Martifer³⁶, quien, anunciando procedería a interponer una demanda de resolución del contrato garantizado, pidió al Tribunal que no se siga adelante con el proceso de cobro de la Póliza de Garantía. Esta solicitud fue rechazada por el Tribunal al considerar que:

“se trataría [la póliza] de garantías incondicionales e irrevocables”, y que la determinación de la base fáctica para exigir su cobro, (...) escapa a la competencia de este tribunal de acuerdo a la cláusula arbitral contenida en el mismo contrato”.

De igual modo, destaca el caso Delta³⁷, en donde la medida prejudicial precautoria tuvo por objeto que no se cobren estas Pólizas por cuanto se iniciaría un proceso concursal de reorganización judicial, en los términos y fundada en el artículo 58 de la Ley N° 20.720.

³⁵ INVERSIONES E INMOBILIARIA IVL LTDA CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2019).

³⁶ MARTIFER METAL CHILE SPA CON VCGP ASTALDI INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA (2019).

³⁷ DELTA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN CON BANCO BILBAO VISCAYA Y OTROS (2017).

Esta medida sí fue concedida. Empero, con posterioridad y acogiendo escritos de reposición de algunos beneficiarios de esas garantías, el Tribunal decretó alzar la medida prejudicial, sin perjuicio de fundarse en un criterio procesal vinculado al efecto de una resolución que decreta la Reorganización:

“la empresa deudora se encuentra con protección financiera concursal, ya que con fecha 5 de diciembre de 2016 se dictó la Resolución de Reorganización, careciendo de sentido, por consiguiente, mantener las medidas prejudiciales precautorias”.

4.- Procesos sancionatorios o disciplinarios ante la CMF.

Otro camino adoptado por, en este caso, los asegurados, ha sido el de presentar reclamos ante la CMF en su calidad de autoridad sectorial, solicitando que el asegurador –ante una negativa de pago- sea sancionado por infringir las normas del Código de Comercio y demás disposiciones aplicables.

En efecto, en virtud de lo dispuesto en el DL N° 3538 de 1980 que crea la CMF (Ley N° 21.000), esta entidad ha sancionado y multado a algunas Aseguradoras, estimando infringido el artículo 583 del Código de Comercio, al negar el pago o requerir mayores antecedentes; siendo esta una de las razones por las que se ha emitido la Circular N° 972 del año 2017.

Actualmente, algunos de estos procesos han sido sometidos a conocimiento de la Corte de Apelaciones, a partir de la interposición de –primero, reposiciones ante la misma CMF y luego-reclamos de ilegalidad, buscando la reducción o exoneración de la multa sancionatoria impuesta, como lo es el caso AVLA/CMF³⁸.

De todos modos, han existido casos en donde la misma CMF ha estimado no pronunciarse sobre eventuales incumplimientos del contrato de seguros, al carecer de atribuciones.

Ello ocurrió, por ejemplo, en el caso Plaza El Alba S.A.³⁹, se resolvió lo siguiente por la CMF:

“(....) ante la discrepancia de opinión entre de la compañía de seguros y de la asegurada, este Servicio (la CMF) carece de atribuciones para resolver en sede administrativa a la presentación de ésta ni su petición consignada en el petitorio de su presentación en cuanto a ordenar a la compañía de seguro el pago de la indemnización que ha estimado conforme a su interpretación de las condiciones del seguro (....) por lo que para resolver sus diferencias con ella le asiste el derecho a recurrir al juez o árbitro que resulte competente conforme a las disposiciones de la póliza y de la ley, quien resolverá en un procedimiento de carácter jurisdiccional acerca de la efectividad de la situación alegada en su reclamación”

Esa resolución fue confirmada por la Corte, en donde se consideró que:

“[está] absolutamente alejada de su ámbito de competencia discutir cláusulas contractuales provenientes de una relación jurídica determinada, ni menos ordenar que se paguen pólizas; en especial cuando sobre su contenido hay versiones contrapuestas acerca de su cumplimiento, lo que está expresamente entregado a la justicia arbitral, de acuerdo a las cláusulas de solución de conflictos, en ellos pactadas”

Es decir, si bien en principio no existiría claridad si acaso puede la CMF pronunciarse o no acerca de un reclamo formulado por el asegurado, lo concreto, a juicio de quien suscribe y como parece desprenderse de la resolución citada, es que las pretensiones que sustentan ese reclamo, sean estrictamente infraccionales, y no se extiendan a obtener una indemnización por rechazo de cobertura:

³⁸ AVLA SEGUROS Y GARANTÍA CON COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2021).

³⁹ INMOBILIARIA Y CONSTRUCTORA PLAZA EL ALBA S.A. CON CMF. En donde se impugna la resolución Ord. 9027 del 9 de Abril de 2018 a resolución exenta n° 1501 del 23 de Abril de 2018, ambas de la CMF, mediante reclamo de ilegalidad por parte del asegurado; reclamo que fue a su vez rechazado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol 159-2018, y luego confirmado por la Corte Suprema, encontrándose firme y ejecutoriada

para eso, corresponde el procedimiento jurisdiccional establecido en el artículo 543 del Código de Comercio.

Si el asegurado pretende que la CMF sea quien declare la obligación de indemnizar, resulta más que probable que esa petición se rechace por estas consideraciones.

5.- El rechazo casi unánime de los Recursos de Protección.

5.1.- Recibida una solicitud de pago y ante las inminentes acciones de reembolso que se puedan ejercer, una estrategia que han adoptado principalmente los afianzados ha consistido en la interposición de Recursos de Protección ante las Cortes de Apelaciones competentes, pidiendo por lo general que las Aseguradoras se abstengan de continuar con el proceso de pago de la indemnización sino una vez se aclare el incumplimiento que se denuncia.

El sustento fáctico es prácticamente el mismo en todas las acciones de protección: el afianzado reclama que no ha incurrido en ningún incumplimiento, de manera que no es procedente que el asegurado haga el requerimiento de pago a la Compañía de Seguros.

5.2.- Por su parte, los derechos fundamentales presuntamente afectados son los que varían, destacando –como siempre- el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución (Planet Office SpA⁴⁰ o Constructora W Ltda.⁴¹ por ejemplo); aunque también se ha denunciado la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales del Artículo 19 N° 3, en cuyo caso se reclamaba que no puede una Compañía de Seguros determinar cuándo ha existido un incumplimiento contractual y cuándo no (Mobelhouse⁴²), y la libertad de realizar actividades económicas del artículo 19 N° 21 (Constructora W Ltda.⁴³)

A mayor abundamiento, ya se han podido ver nuevos recursos de protección en donde lo que se reclama es la imposibilidad de cumplir el contrato, alegando la causal eximente de responsabilidad por caso fortuito, fundándose el afianzado en la pandemia del COVID-19 (Planet Office SpA⁴⁴).

De todos modos, hay que destacar que los asegurados también han adoptado la estrategia constitucional (Parque Casanova SpA⁴⁵), reclamando –esta vez- que la indemnización denegada por la Aseguradora, ya formaría parte de su patrimonio, de manera que se está nuevamente afectando su derecho de propiedad.

5.3.- Pues bien, en forma prácticamente unánime, todas las Cortes del país han declarado inadmisibles estos recursos, estableciendo que al no existir derechos indubitados en favor del recurrente, no le corresponde a la Corte pronunciarse.

En efecto, y con justa razón, resulta que el recurso de protección no es la vía idónea para resolver este tipo de asuntos, siendo un asunto de lato conocimiento que debe someterse a conocimiento de los Tribunales Ordinarios o Arbitrales, por aplicación del artículo 543 del Código de Comercio.

5.4.- De lo que hasta aquí se ha podido revisar, existen pocos casos en donde se han –primero- admitido a tramitación y –segundo- acogidos.

Por ejemplo, existe un caso donde se admitió a tramitación un recurso de protección del asegurado Servicio de Salud Ohiggins⁴⁶, en el que se negó el pago al encontrarse el afianzado sujeto

⁴⁰ PLANET OFFICE SPA CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020).

⁴¹ CONSTRUCTORA W LTDA. CON AVLA SEGUROS Y CRÉDITOS S.A. (2018).

⁴² MOBELHAUS SPA CON CONSTRUCTORA ECHAVARRI HERMANOS LIMITADA (2020).

⁴³ CONSTRUCTORA W LTDA. CON AVLA SEGUROS Y CRÉDITOS S.A. (2021).

⁴⁴ PLANET OFFICE SPA CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020).

⁴⁵ INMOBILIARIA TOWHOYSE PARQUE CASANOVA SPA CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020).

⁴⁶ SERVICIO DE SALUD O'HIGGINS CON AVLA SEGUROS Y CRÉDITOS S.A. (2018).

a reorganización concursal (“*nos encontramos impedidos de efectuar pagos en virtud de la ejecución de pólizas garantías entregadas por la referida Empresa, hasta que haya cesado el periodo de Protección Financiera Concursal*”).

Lamentablemente –para efectos de esta publicación- en dicho proceso se omitió pronunciamiento por cuanto, durante su tramitación, la Compañía pagó la indemnización reclamada, perdiendo oportunidad la acción constitucional.

De igual modo, en caso Capas Ltda.⁴⁷, el afianzado reclamó que el “*acto administrativo*” de reclamo de la indemnización, por parte de una entidad gubernamental asegurada, no habría sido válidamente emitido, al no cumplir con los requisitos que la Ley de Bases del Administración del Estado dispone a su respecto.

Por lo anterior, y en lo que interesa, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema que confirmó la sentencia, acogió el recurso sólo respecto del asegurado, pero lo rechazó al estimar que la aseguradora no incurrió en acto ilegal o arbitrario alguno⁴⁸.

6.- Otras Alternativas.

Para finalizar, dada la estructura y funcionamiento de estas Pólizas, debemos también referirnos a algunas otras alternativas judiciales que eventualmente se pueden presentar para los intervinientes.

En primer lugar, siendo esto evidente al tratarse de un principio de los seguros de caución, nos referimos a las acciones de reembolso en contra de los afianzados que han incurrido en un incumplimiento cubierto por la Póliza, por parte de los aseguradores.

Estas constituyen la gran mayoría de las intervenciones judiciales en las que participan las Compañías que emiten este tipo de Póliza, tratándose –por lo general- de cobros en juicio ejecutivo de las Contrafianzas emitidas, como también, su intervención ya como acreedores en procedimientos de Reorganización Concursal.

En un segundo orden de ideas, resulta interesante evaluar si es que las Compañías de Seguros han iniciado acciones de reembolso en contra de –ahora- sus propios asegurados, en aquellos casos en donde se ha determinado que correspondía indemnizar un monto menor al reclamado; o bien, que se inicien acciones criminales por delito de fraude al seguro, en caso se logre acreditar y determinar un intento de obtener ganancias ilegítimas a través de este mecanismo, al amparo del artículo 470 N° 10 del Código Penal.

A la fecha, y de lo que en esta investigación se ha podido constatar, no existen acciones criminales en este sentido.

IV.- CONSIDERACIONES FINALES.

Son diversas las acciones judiciales que todos los intervinientes han iniciado con ocasión de la ejecución y pago de estas Pólizas.

Como ha sido posible constatar, desde las demandas ordinarias de cobro interpuestas por parte de los asegurados y las respectivas excepciones opuestas en esos juicios, hasta las acciones de nulidad de la misma Aseguradora, pasando por medidas precautorias y hasta alzamientos de embargos, existen múltiples discusiones que –en su mayoría- actualmente se encuentran pendientes de resolución.

⁴⁷RENATO FUENTEALBA EN FAVOR DE SOCIEDAD DE CAPACITACION CAPAS LTDA EN CONTRA DE FONDO DE SOLIDARIDAD E INVERSION Y OTROS.

⁴⁸“(…) *no habiendo ejecutado la recurrida Sociedad Aseguradora de Créditos Continental S.A., acción alguna de las que se le imputan, tal es así, que a la fecha de este recurso sigue en su poder el monto de lo garantizado, razón por la que no se puede estimar que haya acto o hecho arbitrario o ilegal que se le pueda atribuir, razón por la que también se desechará el recurso a su respecto.*”

Es importante, entonces, destacar que los Tribunales de Justicia que están conociendo de estas discusiones deben pronunciarse de manera fundada y uniforme al resolverlas, siempre guardando las diferencias particulares que cada caso presenta.

Dicho lo anterior, sí podemos destacar que la jurisprudencia ha sido suficientemente clara en establecer que no es procedente que un afianzado pueda recurrir de protección para lograr que tanto el asegurado como la Compañía de Seguros, se abstengan a seguir adelante con el procedimiento de pago de la indemnización.

De igual modo, resulta interesante atender a la especial diferencia que se denota de aquellas Pólizas emitidas con anterioridad tanto a la Reforma del Código de Comercio del año 2013, como a la Circular de la CMF aquí referida.

Su Condicionado General es distinto al actual, y por ende, la interpretación y aplicación del mismo, como hemos visto, también lo es, existiendo aparentemente un espacio para determinar el monto de la indemnización de perjuicios que pueda proceder.

Finalmente, y en vistas de lo analizado, resulta meridianamente claro que la CMF sólo puede pronunciarse acerca de las eventuales infracciones que una Compañía de Seguros pueda incurrir; pero en caso alguno esta autoridad puede ordenar el cumplimiento forzado del contrato ni menos condenar a una Compañía a indemnizar, por cuanto –como se encuentra adecuadamente resuelto por sentencia firme y ejecutoriada- esa no es una de sus atribuciones.

BIBLIOGRAFIA

- ARTIGAS CELIS, Francisco (2019): “Riesgos y seguros de caución para grandes proyectos”, *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, N° 27, pp. 78-96.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (1999) *Jurisprudencia sobre Seguros. Recopilación y Análisis*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FARAGGI, y otros (1985): *El Seguro de Garantía* (Santiago , Compañía Reaseguradora Bernardo O'Higgins S.A.).
- GONZÁLEZ-CASTILLO, Joel (2019): “El Seguro de Caución o de Garantía”, *Revista de derecho* (Concepción), v. 86(243), pp. 71-91.
- MOLINA ZALDÍVAR, Carlos (2015): “Artículo 583”, en *Ríos Ossa, Roberto (edit) “El Contrato de Seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio”*.
- MOLINA, Carlos (2015): “Artículo 583”, en: *RÍOS, Roberto, (edit): El Contrato de Seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Thomson Reuters, La Ley).

JURISPRUDENCIA CITADA

- ASEGURADORA PORVENIR S.A. CON INMOBILIARIA Y CONSTRUCTORA PLAZA EL ALBA S.A. Y DELTA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A. del 18° Juzgado Civil de Santiago (2018) Rol C-31568-2017, sobre designación de Juez Árbitro.
- AVLA SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A. CON COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo del año 2021. Rol 136 – 2020. (Reclamo de ilegalidad artículo 71 D.L. N° 3.538).
- BANCO SANTANDER CHILE CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020). Corte de Apelaciones de Santiago , sin fallar aún. Rol 10649-2020 (Recurso de apelación contra la sentencia definitiva).
- CONSORCIO GENERAL DE SEGUROS S.A. CON SERVIU (1999) 2° Juzgado Civil de Concepción, 31 de julio de 1999, Rol N° 858-97.

CONSTRUCTORA W LTDA. CON AVLA SEGUROS Y CRÉDITOS S.A. (2018): Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 53.792 – 2018.

DELTA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN CON BANCO BILBAO VISCAYA Y OTROS (2017): 21° Juzgado Civil de Santiago, 12 de enero de 2017. Rol C-28.289-2016 (Procedimiento concursal de reorganización).

INMOBILIARIA DEUTSCHE HAUSBAU S.A. CON EMPRESA CONSTRUCTORA BARRIO ORIENTE S.A. (2017): Rol de Corte de Apelaciones 7.554-2017.

INVERSIONES E INMOBILIARIA IVL LTDA CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2021): Corte Suprema. Sin resolver (recurso de casación en el fondo).

INMOBILIARIA TOWHOYSE PARQUE CASANOVA SPA CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de agosto 2019. Rol 74.796 – 2019 (Protección).

INMOBILIARIA Y CONSTRUCTORA PLAZA EL ALBA S.A. CON CMF (2018): Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 159-2018.

JUNAEB CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, sin fallar aún. ROL 11921-2020 (Recurso de apelación contra la sentencia definitiva).

MARTIFER METAL CHILE SPA CON VCGP ASTALDI INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA (2019): 17 de mayo de 2019 Rol C-12.622-2019, del 2° Juzgado Civil de Santiago. Medida precautoria.

MOBELHAUS SPA CON CONSTRUCTORA ECHAVARRI HERMANOS LIMITADA (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de febrero de 2020. Rol 12.215-2020 (Recurso de protección).

ORSAN SEGUROS Y CRÉDITOS DE GARANTÍA S.A. CON VCGP-ASTALDI INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA (2020): . Corte de Apelaciones de Santiago, sin fallar aún. Rol 7.220-2020 (Recurso de apelación contra resolución que falla incidente).

PLANET OFFICE SPA CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de julio de 2020. Rol 63.054-2020 (Recurso de Protección).

SANDVIK CHILE S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2016): 29 de Junio de 2016. Rol C-12.805-2016, del 16° Juzgado Civil de Santiago (Designación de árbitro).

SERVICIO DE SALUD CHILOÉ CON CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. (2016): Corte Suprema, 24 de octubre de 2016 (recurso de casación en el fondo).

SERVICIO DE SALUD O'HIGGINS CON AVLA SEGUROS Y CRÉDITOS S.A.(2018): 3 de diciembre 2018, Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol 4.306-2018 (Protección).

SOCIEDAD DE CAPACITACIÓN CAPAS LTDA. CON DE FONDO DE SOLIDARIDAD E INVERSIÓN Y OTROS (2016): Corte Suprema, 23 de febrero de 2016. Rol 36.768-2015 (Apelación protección).

**LOS SEGUROS Y LAS RELACIONES DE CONSUMO.
LA FIGURA DEL TERCERO EXPUESTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.
LA ACCIÓN DIRECTA DE LAS VÍCTIMAS CONTRA LAS ASEGURADORAS ***

Fernando Shina **

INTRODUCCIÓN

A.La universalidad de la ley 24.240.

i) Introducción. La simple lectura del art. 1 de la LDC alcanza para comprender que la ley de defensa del consumidor es un estatuto con la pretensión universalista de incluir y beneficiar a la mayor cantidad de personas posibles.

En nuestra opinión, no se trata de una ley diseñada para proteger a los usuarios y consumidores sino que debemos entender que ese sentido proteccionista sobrepasa el interés particular de los consumidores como clase y adquiere un sentido social. La ley 24.240 es, en definitiva, una ley de protección de la sociedad de consumo.

Una sociedad de consumo es un inmenso conglomerado humano que describe una organización, de tipo capitalista, cuya característica central es el consumo masivo de los bienes y servicios (demanda) que masivamente se producen (oferta) para ser comercializados *libremente*; es decir: con la menor intervención oficial (mercado).

A pesar de que el empresariado nacional, siempre corto de iniciativas y muy poco competitivo, siempre vio a la LDC como una nefasta manifestación del Estado reglamentario que, al proteger a los consumidores de los bienes y servicios (ByS), inevitablemente iba a perjudicar al sector de la producción.

Esa mirada corta, que aún conservan algunos doctrinarios, impide comprender que la Ley de Defensa del Consumidor tiene una finalidad que excede el proteccionismo individual y no se agota en evitar individualismos inevitables. Se trata, por el contrario, de una ley fundamental que regula las complicadas relaciones de la oferta y la demanda de ByS y su distribución en el mercado en los términos más libres y más equitativos que sea posible. Las leyes que regulan las relaciones de consumo son indispensables en todos los ordenamientos jurídicos porque los Estados organizados necesitan que exista un equilibrio sustentable entre quienes producen y quienes consumen los bienes

* Este artículo fue publicado previamente en el Sistema Argentino de Información Jurídica. Id SAIJ: DACF180181.

** Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Actualmente se desempeña como Auxiliar Letrado de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos – 2002-2004). Es Profesor invitado de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho el Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor del Curso de Posgrado sobre Defensa del consumidor en Pontificia Universidad Católica Argentina. En 2017 publicó, Estatuto del Consumidor, Bogotá, Editorial Astrea SAS - Universidad del Rosario; y Tutela Judicial del Consumidor, Buenos Aires, 20XII Grupo Editorial. En 2016 publicó (junto con Silvio Battello) Fundamentos para la protección del Consumidor, San José, CR, Editorial Jurídica Continental. En 2016 publicó Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea. En 2015 publicó Código Civil y Comercial concordado, Buenos Aires, Astrea. En 2014 publicó Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea. En 2009 publicó La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos, Buenos Aires, Editorial Universidad. Puede ser contactado en fernandoshina@gmail.com.

y servicios que circulan en el mercado. Se calcula que, a nivel mundial, cerca de 2 mil millones de personas (aprox. el 30% de la población mundial) gastan en sus consumos aproximadamente U\$ 20 mientras que alrededor de 4 mil millones de personas pasan su jornada con apenas 2 dólares (aprox. el 55% de la población mundial)¹.

Esto quiere decir, sin que sea razonable oponer mayores debates, que el problema no es de consumo sino de falta de consumo o de falta de acceso al consumo, situación que aún padecen miles de millones de personas en la aldea global. Entre nosotros, Lorenzetti, tiempo atrás, reflexionaba acertadamente: *“Hemos señalado que la cuestión del paradigma del acceso es trascendente en la reformulación del Derecho Privado. El funcionamiento del mercado actual presenta una falla estructural, puesto que es incapaz para satisfacer a un grupo de gente que queda excluido, cuya magnitud es variable. Esa falla produce uno de los problemas centrales del orden económico nacional y global: se producen riqueza y bienes, pero una gran parte de la población no puede gozar de ellos”*².

Es por estas razones que la ley de defensa del consumidor asume una condición universal y de orden público: el consumo de ByS es mucho más que un contrato o una relación entre proveedores y consumidores; se trata de una cuestión de Estado. Las leyes intervencionistas, como la que estamos examinando, buscan templar estas asimetrías atroces, antes que beneficiar a grupos particulares.

El sentido universal de la LDC tiene distintas manifestaciones. En primer lugar, se incluye en la categoría de usuarios y consumidores a sujetos que no forman parte del contrato, rompiendo de esta forma con una regla ancestral : el efecto relativo de los contratos establecido en el art. 959 CCyC.³

ii) El tercero expuesto a la relación de consumo (El bystander). No podemos referirnos al principio de la universalidad del derecho del consumidor sin hacer un recorrido evolutivo por las distintas normas –vigentes, modificadas y derogadas– que participaron en la formación y actual vigencia de la figura del tercero expuesto a la relación de consumo.

En primer lugar, nos sentimos obligados a señalar que el sujeto expuesto es una de las instituciones jurídica más importantes de nuestro ordenamiento y que, muy lamentablemente, el legislador reformista, seguramente presionado por muy poderosos grupos de la economía real (Compañías de seguros, particularmente) hizo enormes esfuerzos por aplazarla.

El *bystander* es, ni más ni menos, un sujeto que sin ser parte de un contrato de consumo está expuesto a las consecuencias de ese contrato celebrado entre terceros; la sola condición de estar expuesto a esa contratación ajena le da derechos que puede invocar.

En suma; el bystander hace trizas el efecto relativo de los contratos al permitir que quien no es parte invoque derechos propios de los contratantes. En sus días de doctrinario, Ricardo Lorenzetti

¹ *En el mundo la sociedad de consumo la integran 1.728 millones de personas, el 28% de la población mundial: 242 millones viven en los Estados Unidos (el 84% de su población), 349 millones en Europa Occidental (el 89% de la población), 120 millones en Japón (95%), 240 millones en China (apenas el 19% de su población), 122 millones en India (12%), 61 millones en Rusia (43%), 58 millones en Brasil (33%) y sólo 34 millones en el África subsahariana (el 5% de la población). En total en los países industrializados viven 816 millones de consumidores (el 80% de la población) y 912 millones en los países en desarrollo (sólo el 17% de la población del Tercer mundo). Mientras los 1.700 millones de consumidores gastan diariamente más de 15.000 pesos (20 euros), hay 2.800 millones de personas que tienen que vivir con menos de 1.500 pesos (2 euros) diarios (lo mínimo para satisfacer las necesidades más básicas) y 1.200 millones de personas viven con menos de 700 pesos (1 euro) diarios en la extrema pobreza.*

Ver: <http://www.profesorenlinea.cl/geografia/PoblacionEconomiaSocial8U1.htm>, Captura: 4-08-2018.

Estos informes son compatibles con cifras que se manejan desde los organismos internacionales más prestigiosos del mundo. Ver: NACIONES UNIDAS (2016).

² LORENZETTI. (2009) p. 19.

³Art. 959 CCyC. *Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.*

sostenía sin filtros: *El Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó al sugerir la imputación por daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca, que han celebrado contrato alguno con el consumidor...*⁴ El tercero expuesto ni siquiera es el consumidor directo o indirecto; es un tercero ajeno al contrato que, sin embargo, tendrá el mismo derecho a la indemnidad que tiene el contratante.

iii) Las normas en juego. Antes de meternos de lleno en el tema, es necesario pasar rápida revista por las normas, vigentes y derogadas, relacionadas con este sujeto que, indistintamente, vamos a llamar *tercero expuesto* o *bystander*.

- a.-El art. 1 de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361;
- b.- El art. 1 de la ley 24.240, reformado por la ley 26.994;
- c.-El art. 1094 del Código Civil y Comercial.
- d.- El art. 1096 del Código Civil y Comercial.

iv) El art. 1 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361. Esa norma establecía una formulación muy amplia para definir el universo de sujetos que debían ser considerados usuarios o consumidores. El texto legal, en su segundo párrafo, disponía: *Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.*

La universalidad de esta norma impedía que hubiera una relación jurídica que no fuera, en simultáneo, una relación de consumo. En su momento, la doctrina nacional intentó explicar la extensión - admitimos que un poco exagerada - de la norma desarrollando argumentos de tipo constitucional. Así, se sostuvo que: *“El art. 42 de la Const. Nacional, se refiere a los derechos de los consumidores y usuarios ‘en la relación de consumo. Entendemos que es lo correcto, pues la tutela no va dirigida a un sector de la población, sino a toda persona que halle en ese supuesto”*⁵.

Pero, más allá de los entusiasmos y las exageraciones iniciales que esta figura suscitó en la doctrina, lo cierto es que la noción de tercero expuesto estuvo desde sus orígenes destinada a romper las fronteras estrechas del contrato para llenarlo de contenido social. *“En nuestra opinión, el texto constitucional adopta esta expresión no porque dude de que existe un contrato, ya que hay una oferta y una aceptación, sino para referirse, con una visión más amplia, a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios...La ley 26.361, con criterio amplio, incorpora la expresión ‘relación de consumo’*⁶”

A pesar de la aparente exageración del texto no estamos seguros de que la norma, aún bajo esa formulación extrema, estuviera equivocada. De lo que sí estamos seguros es que aquel enunciado era mejor que el actual.

Más allá de afinidades personales, la figura del tercero expuesto nunca fue bien vista por buena parte de la doctrina nacional y, mucho menos, por los poderosos proveedores de bienes y servicios (particularmente las aseguradoras). Estos grupos siempre pensaron que la norma marcaba un avance en materia de responsabilidad que tarde o temprano los iba a perjudicar.

No caben dudas que la inclusión de un sujeto abstracto denominado *‘expuesto a la relación de consumo’* aumenta los límites en los que se desarrolla la teoría general de la responsabilidad porque incrementa –y mucho -las posibilidades de que las víctimas de accidentes tramiten un reclamo contra sujetos que, en principios, no tienen ninguna vinculación jurídica. *“Por otra parte, la exposición a una relación de consumo en rigor no constituye ninguna regla de legitimación, legítima a todos frente a*

⁴ LORENZETTI. (2009) p. 61.

⁵FARINA (2009) p. 21.

⁶ FARINA (2009) p. 21.

un daño cuya causalidad se acredite ocasionada por algún objeto, actividad o cosa que pueda ser denominada producto; claro está sin que se tal término encuentre precisión en alguna fuente del sistema jurídico”⁷. Tiene razón Santarelli, la noción de tercero expuesto, dada su extensión, legitima a un amplio universo de sujetos para que sean titulares de eventuales acciones de responsabilidad contra proveedores de bienes y servicios.

Sin embargo, esto no obedece a una mera exageración legislativa porque no puede soslayarse que uno de los pilares que sostiene a esta rama del derecho es, justamente, facilitar el acceso a la justicia de los usuarios. Y, por añadidura, facilitar también la reparación de los daños con independencia de que exista una responsabilidad contractual o extracontractual.

La tutela real de los derechos fundamentales del consumidor exige la reparación de los daños, con fundamento en el principio genérico de no dañar a otro.

En días que hoy parecen muy lejanos, pero que no lo son tanto, el jurista Lorenzetti expresaba un pensamiento que merece ser analizado: *“El principio genérico de no dañar a otro tiene rango constitucional, conforme lo ha señalado la doctrina en forma coincidente. Esta afirmación tiene una gran importancia en dos aspectos los ámbitos de responsabilidad y la tipicidad”*⁸. Desde luego, coincidimos con el autor y pensamos que las víctimas de accidentes de tránsito también son beneficiarias del derecho genérico a no ser dañadas.

Lorenzetti avanza con esta idea sosteniendo: *“Esta mudanza responde a la necesidad de dar respuesta a nuevos intereses merecedores de tutela, con lo cual la responsabilidad dejó de girar alrededor del acto ilícito para admitir progresivamente la regla de que se responde cada vez que se lesiona un interés merecedor de protección”*⁹. Volvemos a coincidir con esta reflexión; y, en ese orden, pensamos que la figura del bystander, precisamente, unifica los ámbitos de responsabilidad en torno a la noción de un daño injustamente padecido y que, como tal, merece tutela y resarcimiento.

El citado autor culminaba su idea señalando que: *“La aplicación del principio genérico de no dañar a otro como cláusula general de responsabilidad, la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, la admisión de actos ilícitos atípicos, el resarcimiento de los nuevos intereses individuales y colectivos, son reglas apropiadas en la responsabilidad extracontractual en el derecho del consumo”*¹⁰.

Esto es, exactamente, lo que justificaba la amplitud del universo de sujetos tutelados que proponía la figura del tercer expuesto: la indemnización basada en el deber genérico de no dañar y en una ilicitud atípica que obliga a las compañías de seguros a ofrecer el resarcimiento a las víctimas del accidente. Esto último, desde luego, sin perjuicio de la acción de regreso que siempre conservarían para repetir lo pagado de su propio cliente si la repetición fuera procedente.

v) El bystander y el mayor acceso a la justicia. Por otra parte, y en adición a argumento desarrollado en el antecedente, cabe agregarse que el verdadero acceso a la justicia consiste en, no solo permitir que el usuario se queje sino alentararlo, desde el Estado, a que lo haga.

La organización internacional de Naciones Unidas sostiene que es inherente al derecho del consumidor la creación, por parte de los Estados, de procedimientos –judiciales y administrativos - que faciliten y estimulen los reclamos de los usuarios. En ese sentido, las Directrices para la para la protección del consumidor, tanto en su primera formulación del año 1985 como en la última reforma del pasado mes de julio de 201, sostienen la necesidad de aceptar los mecanismos públicos para hacer reclamos apropiados. Así, en el punto F. n° 37 en el acápite denominado *“Solución de controversias y compensación*, se establece: *Los Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los*

⁷ SANTARELLI (2013) p. 53.

⁸ LORENZETTI (2003).

⁹ LORENZETTI (2003).

¹⁰ LORENZETTI (2003).

consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los casos transfronterizos. Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. Tales procedimientos deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja. Los Estados Miembros deben facilitar a los consumidores el acceso a vías de recurso que no supongan costos o demoras ni impongan cargas excesivas para el valor económico en juego y que, al mismo tiempo, no impongan cargas excesivas o indebidas a la sociedad y las empresas”¹¹.

La directiva de Naciones Unidas es clara: los Estados deben asegurar el acceso de los consumidores a la justicia, facilitar los reclamos y ampliar la base para que las víctimas obtengan indemnizaciones.

Es clave para la buena marcha de las relaciones de consumo que existan muchas quejas de usuarios enojados y procedimientos ágiles que las contengan. El instituto del bystander va en esa dirección; en definitiva, todos sus secretos se resumen en la creación de una hiperbólica legitimación activa para efectuar reclamos. Por supuesto que la hipótesis podía limitarse aplicando los principios generales del derecho, tales como el abuso de derecho o la buena fe. No era necesario derogar la norma; era suficiente que se aplicara con equilibrio y coherencia dentro del ordenamiento jurídico. Pero, lo cierto es que las corporaciones empresarias más poderosas no querían - y no quieren - ni oír hablar del tercero expuesto a la relación de consumo como sujeto de derecho. El legislador reformista cumplió con obediencia ese reclamo.

vi) El art. 1 de la Ley de defensa del consumidor luego de la reforma de la ley 26.994. Luego de la reforma de la ley 26.994, el segundo párrafo del art 1 de la LDC quedó redactado así: *Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*

La irreductible a maquinaria del lobby empresario -en complicidad con el progresismo apócrifo y regresivo de cierta escuela - borró de un plumazo la última oración del art. 1 de la LDC que incluía, como sujeto consumidor, al tercero expuesto a una relación de consumo. Fin del bystander. ¿Fin del bystander?

vii) Los casos dudosos. Antes de seguir adelante con nuestro desarrollo, vale la pena recordar que en el derecho del consumidor las dudas siempre se resuelven en el sentido más favorable al consumidor. Ese principio general, que originariamente estaba contenido en el art. 3 de la LDC fue reforzado por el art. 1094 del CCyC que dispone: *Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.*

Por lo tanto, si en un caso concreto existieran dudas acerca de si un sujeto es un tercero o un consumidor se deberá optar por asignarle la condición de usuario. La idea de protección del sujeto es más próxima a la Constitución Nacional que aquella que la restringe o anula; por eso, la duda -fáctica o normativa - siempre beneficia al usuario o consumidor: *“El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aún derogatorios de normas generales”*¹².

¹¹ NACIONES UNIDAS (2016).

¹² LORENZETTI. (2009) p. 50.

El Derecho del consumidor ha logrado una centralidad protagónica dentro de nuestro ordenamiento jurídico y el código Civil y Comercial, a pesar de algunos yerros, asume esa centralidad. Por eso pensamos que la eliminación del bystander, o su confusa limitación, marca un inaceptable retroceso de esa tendencia tan saludable.

viii) El bystander en el nuevo Código Civil y Comercial. A pesar de que la figura del *tercero expuesto* quedó severamente debilitada luego de la modificación que le impuso la ley 26.994, el *bystander* aún subsiste en nuestro ordenamiento.

El **Libro III, Título III, Capítulos 1 a 4, artículos 1092 a 1122** del Código Civil y Comercial regula los contratos de consumo y entre allí incluye una nueva versión del bystander. Resulta esclarecedor, para entender la regresión que este instituto tuvo analizar detenidamente los fundamentos ofrecidos la Comisión Redactora en ocasión de presentar el anteproyecto del que sería el Código unificado hoy vigente.

Al referirse al contrato de consumo y particularmente al sujeto consumidor que la ley debe proteger, la Comisión Redactora expone una larga reflexión que vamos a fraccionar en cuatro apartados para facilitar su comprensión:

“a.- *Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del "consumidor expuesto", incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor*¹³”. En primer lugar, para la Comisión legislativa, la figura del tercero expuesto llega a nuestro derecho a partir de la experiencia del Código de Consumo de Brasil. Nuestro derecho lo incluye sin limitaciones equiparando al bystander con el consumidor. Es decir: para nuestro derecho, en su primera versión (Ley 26.361) existía una absoluta identidad entre el tercero expuesto y el sujeto directo del acto de consumo.

“b.- *Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable*”¹⁴. La Comisión interpreta que esa confusión entre el sujeto de consumo y el sujeto expuesto al acto de consumo se debió a una mala traducción del art. 29 del Código de consumo brasileiro

“c.- *En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud*”¹⁵. En este apartado queda claramente establecido que nuestros legisladores no comparten el criterio amplio que la Ley 26.361 le había dado al bystander vernáculo. El temor de la Comisión era que esa universalidad de la noción de ‘consumidor’ convirtiera a todos los sujetos en eventuales usuarios y consumidores amparados por una legal netamente proteccionista, de orden pública y de marcada intervención oficial. Para los redactores del Código esta amplitud resultaba incompatible con un sistema legal más equilibrado.

“d.- *Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable*”¹⁶. Finalmente, en un párrafo de antología, le Comisión revela cuáles fueron los verdaderos motivos que la llevaron al aplazamiento de la figura

¹³ ZANNONI, y otros (2015) p. 318.

¹⁴ ZANNONI, y otros (2015) p. 318.

¹⁵ ZANNONI, y otros (2015) p. 318.

¹⁶ ZANNONI, y otros (2015) p. 318.

del tercero expuesto: privilegiar a las compañías de seguros aún al costo de perjudicar a millones de víctimas de accidentes. Ese y no otro fue el motivo de la restricción del bystander tal como lo habíamos conocido a partir de su creación por la Ley 26.361. Es vergonzoso, pero cierto.

Vamos a analizar los aspectos más relevantes de estas reflexiones que son, ni más ni menos, los antecedentes más directos que hay sobre las nuevas normas.

a.-La definición de consumidor y los recursos idiomáticos. En primer lugar, la Comisión Redactora explica el artículo el art. 1 de la LDC, luego de la modificación de la ley 26.361, ofrecía una definición excesivamente amplia del universo integrado por los usuarios y consumidores. Hay en ello una posición ideológica que puede ser compartida o rechazada. No estamos de acuerdo con la propuesta restrictiva del reformista y mucho menos con los argumentos que se ofrecieron para concretar esa modificación tan regresiva para los derechos del consumidor. Veamos esta cuestión más detenidamente. Para la Comisión Redactora del CCyC la excesiva amplitud que había asumido la figura del *tercero expuesto* se debió, no a una cuestión de política legislativa del anterior legislador, sino a una traducción defectuosa del artículo 29 del Código de del Consumidor de Brasil (Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general).

De acuerdo a este peculiar argumento, luego de varios años de vigencia de la figura del bystander (Ley 26.361) nos venimos a enterar que todo el revuelo que este instituto había ocasionado no se debía a su concepción revolucionaria de la teoría contractual clásica sino a un defecto de traducción idiomático. Esta idea es, además de frágil en su contenido, un tanto cínica porque intenta disimular los verdaderos motivos que determinaron la restricción de la figura que estamos analizando.

El art. 1 de la LDC, en su versión más amplia, era una norma buena. Su intención era lograr que un mayor número de personas recibieran los amparos de una ley que protege a un sujeto colectivo que es universal. El art. 1 de la LDC protegía a todos los ciudadanos del mercado expuestos al consumo y no hay en esa concepción un error de traducción o una exageración legislativa, sino una lectura sociológica distinta.

En sus días de notable jurista Lorenzetti, explicaba con entusiasmo las bondades del bystander: *“Debe interpretarse que se trata de personas que están expuestas, sin tener la finalidad de consumidor, incluyendo a las víctimas de un daño derivado de productos, de publicidades, de prácticas comerciales. En estos casos la relación de consumo es un hecho lícito o ilícito que está vinculado causalmente con un daño sufrido por una persona. De este modo se acepta una figura similar al bystander, como se lo conoce en el Derecho anglosajón”*¹⁷.

El bystander es una persona que resulta ser víctima de una relación de consumo ajena, pero causalmente vinculada al daño que sufre. Esa es la clave de la figura del *tercero expuesto*: la relación causal entre el daño padecido y el hecho dañoso. Desgraciadamente, los reformistas dejaron de lado una regla jurídica básica: lo único importante a la hora de encender responsabilidades y repartir indemnizaciones es la vinculación causal entre el hecho dañoso y el daño padecido por la víctima¹⁸.

El bystander, por más amplio que el concepto resultara para algunos juristas, es un sujeto que padece un daño antijurídico causalmente vinculado con la persona a quien dirige su reclamo.

b.- Los motivos reales que limitaron la legitimación del tercero expuesto. La Comisión Redactora del Anteproyecto del CCyC señalaba que en Brasil la figura del bystander se utiliza como una noción referida a las prácticas comerciales abusivas concretas y no como una noción general. Así, según lo explicara la Comisión Legislativa, el malentendido se ocasionó por un defecto en la

¹⁷ LORENZETTI. (2009) p. 50.

¹⁸ LÓPEZ MESA (2013) p. 375 sostiene: *“La relación de causalidad, o nexo causal entre la conducta del responsable y el daño causado, es la base de la responsabilidad civil. Si no se puede trazar un nexo de causalidad adecuada entre la antedicha conducta y el daño acreditado, no queda más que la resignación cristiana de la víctima, pues ella no puede obtener resarcimiento de quien no se halla unido al daño por un nexo adecuado de causalidad”*.

traducción de las normas que rigen en Brasil (Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general)¹⁹.

Ese tratamiento general fue, según la Comisión, el principal defecto de nuestro art. 1 de la LDC. Por eso dice: *“Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable... Por el contrario, nuestro art. 1 de la LDC no contenía esa limitación haciendo que la norma fuera de una amplitud insostenible. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud”*²⁰.

Para nosotros esta argumentación no es sostenible porque, por más que el art. 1 de la LDC no lo dijera, no hay ni puede haber dudas acerca de que se refería a un sujeto que había padecido una práctica abusiva (antijurídica) que, además, estaba causalmente vinculada con el daño sufrido. Es una obviedad decir que nadie puede reclamar por un daño que no esté causalmente emparentado con un hecho. Sin relación causal entre el hecho y el daño no hay reparación ni en Brasil ni en Argentina.

No es verdad que el problema del *tercero expuesto* propuesto en el viejo art. 1 de la LDC tuviera alguna relación con la traducción del código brasileiro. El dilema real no es idiomático, sino que recae sobre la extensión de la legitimidad activa que la ley les otorga a las personas para que ellas sean titulares de derechos. Nuestro legislador reformista quiso restringir esa legitimación y quitársela al tercero expuesto.

Una vez que descartamos que la restricción se haya debido a la intención del legislador de corregir error idiomático sólo nos resta descubrir el motivo real que motivó la decapitación del bystander propuesto por el art. 1 de la LDC. Y ese motivo es reconocido por el propio legislador: el bystander representaba una amenaza para las compañías de seguros.

En efecto, la modificación del art. 1 de la LDC se debió exclusivamente a la conveniencia de un poderoso sector empresario que ejerció la presión suficiente para lograr su objetivo. El propio legislador lo admite con una inocencia que nos sorprende muy negativamente: *“Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador”*²¹.

A buen entendedor, pocas palabras.

Para nosotros, por motivos estrictamente jurídicos, nos parece razonable y justo que las víctimas de accidentes de tránsito tengan acción directa contra las compañías aseguradoras. Pero el punto no radica en la extensión del término consumidor sino en que atropellar a una persona es un acto dañoso y antijurídico que legitima la reacción jurídica de la víctima. En ese orden, cabe recordar que el artículo 1716 del CCyC dispone: *“La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código”*.

En la nueva concepción de la reparación de daños, la fuente de la obligación indemnizatoria no surge de la condición de usuario sino del daño mismo. Fernando Ubiría explica muy bien esta situación que se acentuó a partir de la vigencia del código unificado: *En suma, tal como propiciaba la doctrina, el daño se ha convertido en el ‘núcleo’ del sistema normativo de manera expresa, en su centro de gravedad, pues por su intermedio se concreta la protección más completa posible de intereses que hacen a la dignidad del ser humano*²².

¹⁹ ZANNONI, y otros (2015) p. 318.

²⁰ ZANNONI, y otros (2015) p. 318.

²¹ ZANNONI, y otros (2015) p. 318.

²² UBIRÍA (2015) p. 15.

Para Lorenzetti la cuestión es todavía más aguda, pues concluye que la idea de daño, como núcleo de una remozada teoría general de la responsabilidad, ha modificado la noción de antijuridicidad: *En cuanto a la tipicidad, se ha producido una mudanza relevante: de la antijuridicidad formal y típica, a la antijuridicidad material, y de allí a la introducción de una cláusula general de responsabilidad. Un análisis del derecho comparado muestra sistemas basados en una tipicidad rígida y otros prácticamente sin tipicidad, las diferencias se van diluyendo en el campo de las soluciones concretas*²³.

La antijuridicidad material significa, ni más ni menos, que el daño es lo antijurídico y la obligación de no dañar una fuente de responsabilidad general

Y, volviendo al tema que examinamos, no parece incierto sostener que la mejor manera de acceder a la reparación integral es permitir la posibilidad de que las víctimas de accidentes puedan demandar directamente a la compañía de seguros del tomador de la póliza. Ello, por más que el único vínculo jurídico y causalmente relevante entre el accidentado y la compañía de seguros sea el daño.²⁴ Por más que, como es obvio, las compañías de seguros se opongan a perder este inusual e inexplicable privilegio que tienen en Argentina.

Además, tampoco debe olvidarse que el titular de un seguro (automotor) lo tomó precisamente para beneficiar a un tercero que no conoce y que, desde luego, es ajeno al contrato que celebra con la aseguradora

Por otra parte, tampoco debe perderse de vista que el seguro automotor para cubrir eventuales daños causados a terceros es obligatorio conforme lo dispone el art. 68 de la ley 24.449. Este dato no constituye una cuestión menor, pues solamente la existencia de un tercero expuesto a eventuales daños determina la obligatoriedad del seguro. Esto significa que sin ese tercero, al que el sistema determinó que hay que proteger, la obligatoriedad de este seguro perdería todo sentido.

No hay motivos reales que sirvan para explicar porque una ley (24.449) establece que el contrato de seguro automotor es obligatorio para cubrir daños a terceros y luego no se le permite a ese tercero la legitimación activa necesaria para que exija el derecho que la ley le ha acordado.

En esa incongruencia incurre con preocupante obstinación la CSJ. Recientemente, esta terquedad quedó expuesta en el caso *Díaz v Evangelista* (12-06-2018) en cuyo considerando 9) el Tribunal dispuso que: *El seguro obligatorio de responsabilidad civil para automotores tiene, como muchas otras instituciones jurídicas, una finalidad social que excede el interés individual de los particulares que se encuentran vinculados por el contrato de seguro. Ahora bien, una mera referencia a la “función social del seguro”, tal como la que realiza la Cámara Civil en los fallos plenarios “Obarrio” y “Gauna” —en los que se funda la sentencia recurrida— no autoriza per se a los jueces a sustituir a las autoridades administrativas y declarar inoponible al damnificado la franquicia pactada entre aseguradora y asegurado cuando ella fue contratada de acuerdo con las normas emitidas por la Superintendencia.*²⁵ Esto significa que en nuestro sistema conviven simultáneamente una ley que le asigna derechos a las víctimas de accidentes y un criterio pretoriano que lo limita antojadizamente y que en muchos casos convierte a la ley 24.449 y al sentido común en letra muerta.

La concepción amplia del tercero expuesto que proponía el art. 1 de la LDC antes de la reforma le ponía fin a esa absurda situación tan perjudicial para las víctimas como conveniente para

²³ LORENZETTI (2003).

²⁴ “Esta concepción, desde luego, da por terminado el ancestral principio del efecto relativo de los contratos. Ese es uno de los principales de la irrupción del derecho del consumidor en nuestro ordenamiento jurídico: la desaparición del efecto relativo de los contratos como principio general predominante. Como decía Lorenzetti tiempo atrás: *El Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó al sugerir la imputación por daños al ... que no han celebrado contrato alguno con el consumidor...*” LORENZETTI (2009) p. 61.

²⁵ DÍAZ CON EVANGELISTA Y OTROS (2018).

las compañías aseguradoras²⁶. Y ese fue el único motivo que determinó la reforma derogativa que la ley 26.994 le impuso a la figura del tercero expuesto: mantener indemne el interés y la renta de las empresas aseguradoras.

ix) Un bystander vaciado de contenido. Ahora sí veamos cómo quedó configurado el *bystander criollo* luego de las correcciones *idiomáticas* que le hizo la ley 26.994.

En primer lugar, vamos a examinar el artículo 1096 del CCyC que dispone: *Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.*

La norma establece que los sujetos protegidos de las prácticas abusivas son: *‘todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no...’* Sinceramente no se aprecia en esta fórmula alguna diferencia conceptual con lo que proponía el viejo art. 1 de la LDC cuando establecía que era consumidor quien: *... de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo...*

Decir *todas las personas expuestas* a las prácticas comerciales es exactamente lo mismo que decir *cualquier persona expuesta* a una relación de consumo. No parece que la nueva traducción propuesta por el legislador sea verdaderamente superadora de la anterior. El art. 1096 del CCyC incluye el mismo universo de personas que incluía el modificado art. 1 de la LDC. La diferencia no hay que buscarla no en el universo de sujetos sino en las condiciones requeridas para que ese grupo pueda ser titular de una acción.

En ese orden, el artículo 1.096 CCC dice que los expuestos a la relación de consumo tendrán acción si son afectados por informaciones insuficientes o publicidades engañosas. Esto significa que habrá bystander o tercero expuesto a la relación de consumo siempre que la cuestión involucre informaciones defectuosas o publicidades engañosas.

Por los motivos antes señalados (privilegiar a las compañías de seguros) se limitó la figura del *bystander* a las situaciones previstas en los artículos 1096 a 1103 del CCyC. Empero, los legisladores no explicaron porque se protege a las personas contra los efectos nocivos de una publicidad engañosa que anuncia un desinfectante para baños y se le restringe la tutela a quien es atropellado por un automóvil.

En síntesis, bajo el nuevo sistema normativo el *tercero expuesto* existe pero el legislador quiso que su participación sea mucho más limitada; es decir, no quiso que entorpeciera los negocios de las aseguradoras que operan en el país. Empero, como hecho positivo hay que señalar que el *bystander*, como sujeto indeterminado y ajeno a la contratación directa de bienes y servicios, sigue vivo dentro de nuestro ordenamiento. En el tópico siguiente se hará una propuesta doctrinaria tendiente incorporar la acción directa de las víctimas de accidentes contra las aseguradoras.

B.La acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las aseguradoras.

i) Introducción. A pesar de lo dicho en los tópicos anteriores, vamos formular una idea para solucionar la enorme injusticia que supone que las víctimas de un accidente de tránsito no tengan acción directa contra las aseguradoras. Para ello, y con dosis equivalentes de convicción y optimismo, vamos a proponer una interpretación innovadora del art. 1027 del CCyC. Esta norma, según pensamos, le abre las puertas a la acción directa que proponemos.

²⁶ “Es sabido que, en Argentina, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no se reconoce acción directa al damnificado en el contrato de seguro contra la aseguradora, quien sólo puede hacerla comparecer a juicio catándola en garantía, según lo previsto en el artículo 118 de la Ley de Seguros. A la luz de los nuevos enunciados de la ley 26.361 el tercero beneficiario y el damnificado, sin formar parte de la relación de consumo que se concibe originariamente entre el asegurado y quien contrató los servicios de cobertura de riesgos, se encuentran alcanzados y amparados por el microsistema protectorio del consumidor de seguros, y por ende merecen idéntica tutela por parte del Estatuto del Consumidor”. MOYKENS (2013) p. 482.

Esta interpretación, que sin dudas favorece a las personas que sufrieron accidentes de tránsito, debería ser receptada favorablemente en los tribunales porque está basada en los siguientes fundamentos:

a.- Es congruente con el art. 1 del CCyC, en tanto respeta la mayor cercanía que los usuarios y consumidores tienen a la Constitución Nacional y, sobre todo, la mayor cercanía que las víctimas de accidentes de tránsito tienen a los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos. Como bien señalaba Lorenzetti unos años atrás: *La responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se ha basado en la mudanza de una serie de paradigmas: "de responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización" del "daño a la propiedad" al "daño a la persona", del daño individual al daño colectivo, de la reparación a la prevención*²⁷.

b.- También es congruente con el art. 2 del CCyC en tanto se protege a la persona y sus derechos fundamentales por sobre otros derechos, también de rango constitucional, pero de menor jerarquía. Esta interpretación armónica de los derechos en juego es compartida por buena parte de la doctrina vernácula. Lidia Garrido, por caso, postula que: *El Código Civil y Comercial toma muy en cuenta los tratados en general y en particular los de derechos humanos y todos los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Se establece así una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado, situación ampliamente reclamada por la doctrina argentina, como ya lo hemos expresado. Se protege a la persona humana y los intereses de incidencia colectiva a través de los derechos fundamentales que son reflejados en normas particulares. Se receptan ciertos valores y principios, como el de la constitucionalización del derecho privado, el respeto a una sociedad multicultural, la ética de los vulnerables y el paradigma no discriminatorio*²⁸.

c.- La interpretación del art. 1027 que proponemos también es congruente con la regla de progresividad de los derechos fundamentales. Ello así porque la figura del *tercero expuesto* estaba regulada en forma amplia en el ordenamiento y aceptada favorablemente por los tribunales, razón por la cual la modificación del art. 1 de la LDC no implica el aplazamiento o la regresión de un derecho que afecta directamente a la persona.

En ese orden de ideas, Sahián sostiene que: *Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad es la de "no regresividad" o "prohibición de retroceso", en virtud de la cual no pueden admitirse retracciones ni fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos sociales establecidos en los tratados de derechos humanos*²⁹.

Es que, como dice este autor, la reducción o restricción de derechos asignados a la persona (como lo era el reconocimiento de la figura del *tercero expuesto* como titular de derechos) es contraria a la política que deben seguir los Estados que, como el argentino (art. 75, inc. 22 CN), asumen compromisos internacionales con los DDHH³⁰.

ii) El art. 1027 CCyC y la teoría general del contrato. La norma que vamos a examinar y de la que aún la doctrina no se ha ocupado demasiado, tomó el lugar del viejo art. 504 del Código Civil derogado. Sin embargo, las normas presentan importantes diferencias. En primer lugar, difiere su ubicación sistemática dentro del código. Vélez Sarsfield optó por poner la estipulación en favor de

²⁷ LORENZETTI (2003).

²⁸ GARRIDO CORDOBERA (2018).

²⁹ SAHIÁN (2017).

³⁰ *A priori, la derogación o reducción de derechos vigentes contradice el compromiso estatal asumido al suscribir los tratados de derechos humanos. Es que, la no regresividad está implícita en los pactos de derechos humanos como deber negativo inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales.* SAHIÁN (2017).

terceros en la parte general de las obligaciones mientras que el Código vigente la ubicó dentro de la teoría general del contrato³¹.

La nueva organización sistemática nos parece más acertada porque la estipulación está contenida dentro de un contrato; el acuerdo es la fuente de la obligación exigible por el tercero beneficiario. La estipulación en favor de un tercero es, necesariamente, una relación contractual.

El artículo vigente tiene derivaciones muy importantes que resultan aplicables al contrato de seguros. Es por eso que, en primer lugar, vamos a dejar sentado que lo establecido en el art. 1027 es una regla indisponible que no puede ser alterada por la voluntad de las partes ni renunciada por la parte que se beneficia con sus efectos.

iii) Análisis del texto legal. Primero veamos a examinar el texto legal completo: *Art. 1027. Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.*

La norma regula la introducción de terceros (beneficiarios) a un contrato celebrado entre personas con las que no tiene ninguna vinculación jurídica. Por ese motivo sostenemos que el art. 1027 constituye una ruptura de la teoría general del contrato en la medida que determina una excepción al efecto relativo de los contratos.

El artículo se refiere a tres sujetos; a saber: a) el beneficiario; b) el promitente; y c) el estipulante.

a.- ¿Quién es el beneficiario? El párrafo primero de la norma se refiere al beneficiario determinado o determinable: *Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable...*

La norma distingue dos categorías de personas que pueden ser las beneficiarias de la estipulación a su favor. En primer lugar, el texto legal menciona al sujeto previamente identificado y determinado por el promitente. En segundo lugar, el art. 1027 dispone que también puede ser beneficiario un sujeto, a priori indeterminado, pero que en el futuro podrá ser determinado (el sujeto indeterminado pero determinable).

Es este último sujeto el que nos importa destacar porque esta persona indeterminada es, en la interpretación que proponemos, el peatón anónimo que resultó accidentado en un siniestro automotor. En el momento de sufrir el accidente ese transeúnte desconocido se convierte en el sujeto determinado y beneficiario del contrato.

Conforme esta interpretación, el caminante callejero es uno de los sujetos más destacados que resultan incorporados al contrato de seguros. Es fácil advertir que nuestra intención es lograr que las víctimas de accidentes de tránsito tengan legitimación activa suficiente para demandar, en forma directa, a la empresa aseguradora sin tener que pasar por el engorroso sistema procesal de la citación prevista en los artículos 90 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

³¹ Sabedor de estas críticas, el nuevo Código ubica certeramente a la estipulación a favor de tercero en la teoría general del contrato, dentro de la sección dedicada a la incorporación de terceros, en donde se consagran dos normas generales (arts. 1027 y 1028), que se integran junto a otras dedicadas a la aplicación especial de la figura, tales como las relativas a los contratos de donación, cesión, fideicomiso y renta vitalicia. HERNÁNDEZ (2015) p. 28.

b.-¿Quién es el promitente? Este sujeto es quien cede al beneficiario los derechos que había acordado con el estipulante. El art que examinamos dispone que. ...*el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante.* El promitente, entonces, es el titular de una póliza que será cedida al beneficiario indeterminado. Dicho de otro modo: el promitente es el titular de la póliza que será cedida al sujeto indeterminado en el preciso momento en que éste se convierta en la víctima del accidente.

c.- ¿Quién es el estipulante? Es el sujeto con quien el promitente ha celebrado el contrato de base que beneficia al tercero. El estipulante es, sin dudas, la compañía de seguros. En nuestro desarrollo, el asegurador establece una doble vinculación jurídica. Veamos. En primer término, establece una vinculación contractual con el titular de la póliza; y, en segundo término, ese contrato determina la existencia de una segunda vinculación jurídica con la víctima del daño que deberá reparar integralmente, si correspondiere según las circunstancias fácticas en las que ocurrió el siniestro.

d.-La aceptación y el rechazo del beneficiario Conforme lo establecido por la norma, el beneficiario puede aceptar o rechazar el beneficio asignado en la norma. Para entender cómo funciona la aceptación y el rechazo debemos considerar que el sujeto beneficiado puede ser determinado (identificado desde la celebración del contrato) o indeterminado pero determinable.

El beneficiario indeterminado es la víctima del siniestro quien, a partir de ese hecho, se convierte en el beneficiario directo un contrato, derecho que recibe por la cesión efectuada por el promitente al suscribir la póliza.

Por lógica, la víctima del siniestro no podrá ni aceptar ni rechazar este beneficio hasta que no se convierta en el titular del derecho. O sea: únicamente podrá repudiar la cesión luego de haber sufrido el accidente. Sin embargo, sería nulo y sin ningún valor que renuncie a su derecho de accionar en forma directa a la empresa asegurada que le garantiza cobrar su resarcimiento. La renuncia no sería válida porque –sin dudas - violaría las prescripciones contenidas en los arts. 988, 1117, 1094 y demás concordantes del Código Civil y Comercial, y del artículo 3 y 37 y demás concordantes de la ley 24.240. Dicho en otras palabras: cualquier renuncia al derecho de convertirse en cesionario de los beneficios establecidos en el art. 1.027 CCyC sería nula por abusiva.

e.-La revocación del estipulante. Uno de los párrafos del artículo 1027 CCyC dice: *El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitentes si éste tiene interés en que sea mantenida.*

Esta parte del artículo pone en juego dos cuestiones. Primero, el estipulante no puede recibir la aceptación antes de que ocurra el siniestro que transforma al sujeto indeterminado en beneficiario. En segundo lugar, para revocar la estipulación deberá contar con la aceptación del promitente (cuando éste tenga interés en mantener el beneficio).

Esto significa que la revocación está sujeta a una serie de condiciones:

(i) El estipulante debe ejercer la revocación con posterioridad al suceso dañoso. En el ejemplo propuesto, la compañía de seguros debería revocar el beneficio en el mismo momento que debe hacerse cargo de los gastos que supone ese mismo beneficio;

(ii) En segundo término, para que la revocación sea eficaz se requiere que la víctima del suceso no acepte el beneficio luego de sufrir el accidente. Sería, pensamos, una renuncia inverosímil, o forzada; nadie espontáneamente renuncia a la posibilidad de demandar a un deudor solvente. Por tanto, sería una renuncia abusiva y viciada de nulidad. (art. 988 del CCyC y 37 de la LDC).

(iii) Que el promitente, luego de ocurrido el accidente, autorice esa revocación. Nos parece impensable que el prominente quiera desobligar al asegurador justo cuando tiene que pagar la indemnización para la cual fue contratado. Desde luego, si esa renuncia apareciera como una cláusula del contrato, ella sería nula conforme las disposiciones que regulan las cláusulas abusivas. (arts. 988, 989, 1117, 1122 del CCyC y 37 de la LDC).

iv) Reflexiones críticas. Frente a la interpretación que proponemos del art. 1027 CCyC pronosticamos resistencias de todos los sectores interesados en restringir los alcances de esa norma.

En primer lugar, habrá que vencer la resistencia de la propia Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial que, como antes explicamos hizo todos los esfuerzos necesarios para evitar que exista una acción directa de las víctimas de accidentes contra las aseguradoras. Por el contrario, para nosotros la creación de una acción directa es un imperativo de justicia que, inexplicablemente, sigue demorado con argumentos inverosímiles. En segundo lugar habrá que vencer una resistencia aún más obstinada: la de la Corte Suprema de Justicia que, cada vez que puede, deja ver que no está dispuesta, en sentido figurado, a soltarle la mano a las compañías aseguradoras.

A todo esto, es bueno recordarle, sobre todo a los señores magistrados, que en Argentina se producen miles de muertes por año en accidentes de tránsito. Según datos de la organización **Luchemos por la Vida**, las muertes ocurridas en ocasión de accidentes automovilísticos en el año 2014 alcanzaron el vergonzoso número de 7613 personas. Esa cifra trepa a 175.050 personas si se contabilizan los últimos 23 años. Si se incluyeras en esa muestra los accidentes que dejaron víctimas sobrevivientes, la magnitud de este desastre se mediría por millones.³²

Es indudable que el contrato de seguro de automotor tiene trascendencia social que supera el mero interés individual de los contratantes. Por eso dirigimos todos nuestros esfuerzos a incrementar los derechos de las víctimas de accidentes.

v) Las víctimas de accidentes como usuario del servicio. La teoría de Waldo Sobrino. Por su parte, este reconocido autor nacional llega a idénticas conclusiones que las nuestras, pero partiendo de un presupuesto distinto. En efecto, para nuestro querido amigo Waldo la víctima no es un tercero expuesto a la relación de consumo sino que es, lisa y llanamente, un consumidor de servicios asegurativos. Y, como tal, le corresponden todos los derechos y las acciones que tiene frente al contrato del seguro el propio³³.

Dicho en otros términos para Sobrino la víctima es una de los sujetos comprendidos en el art. 1 de la LDC y el art. 1092 del CCyC. La idea, muy acertada, del autor es que un sujeto que no es parte de un contrato de consumo puede ser parte de la relación de consumo; el sólo hecho de ser integrante de esta *relación* jurídica que es mucho más amplia que la noción de *contrato* le da los mismos derechos que le corresponden al contratante. Así, Sobrino explica que *“Si bien la Ley 24.240 hacía mención al contrato de consumo, es menester resaltar que la Ley 26.361 modificó dicha posición. En efecto, la Ley 26.361 y el Código Civil y Comercial, introdujeron la noción de relación de consumo. De esta forma, el art. 1 de la Ley 24.240...y el art. 1092 del Código Civil y Comercial..., establecieron que son considerados consumidores: quien es parte de una relación de consumo...quien no es parte, pero como consecuencia de una relación de consumo, utiliza bienes o servicios...Como consecuencia de ello, una persona que no es parte de la relación contractual, igualmente puede integrar la relación de consumo, en carácter de consumidor”*.³⁴

El planteo de Sobrino es correcto de principio a fin. También para nosotros es evidente que cuando el art. 1092 del CCyC define a los consumidores incluye a quienes utilizan servicios *‘como destinatario final*. Las víctimas de accidentes de tránsito son los destinatarios finales de los servicios asegurativos que, obligado por el art. 68 de la Ley 24.449, tomó el titular de la póliza. *“La otra pauta legal para estudiar si la Víctima de un accidente de tránsito puede ser considerado un consumidor es el análisis respecto de la calidad de destinatario final...Es menester resaltar que la pauta respecto*

³² Los datos fueron tomados de las estadísticas publicadas por la organización Luchemos por la Vida en: <http://www.luchemos.org.ar/es/estadisticas/muertosanuales>.

³³ *Por tanto, luego de estas breves disquisiciones, nos abocamos al desarrollo del presente Capítulo, en el sentido que la Víctima de una Accidente de tránsito, es un consumidor.* SOBRINO (2018) p.427.

³⁴ SOBRINO (2018) pp. 428-429.

del destino final, en principio, se la suele interpretar a través del prisma del lucro, de manera tal que si quienes forman parte de la relación de consumo no lucran con el bien o servicios, es que pueden ser considerados como consumidores. En este punto corresponde señalar que ni el propio asegurado, y – menos aún – la víctima de un accidente de tránsito pueden lucrar con el seguro obligatorio de responsabilidad civil”³⁵.

La construcción lógica de Sobrino no tiene fisuras. La víctima de un accidente de tránsito reúne en su desdichada persona todos los elementos para ser considerada como usuaria de los servicios asegurativos contratados por el titular de la póliza. Veamos: a) Los arts. 1 de la LDC y 1092 del CCyC definen al consumidor como el destinatario final del uso de un bien o servicio; b) La víctima de un accidente de tránsito es, sin dudas, ese sujeto que hará uso final del e seguro toma por el titular de la póliza; c) Ni la víctima del siniestro ni el tomador lucran con el seguro.

vi) La posición intermedia de Alejandro Chamatropulos. Este destacado autor nacional es otro de los juristas que se ha ocupado del tema, llegando a conclusiones similares. Para Chamatropulos, el damnificado es consumidor directo del seguro, pero limita esa condición a que se trate de un seguro obligatorio. *“Por mi parte, si bien admito la posibilidad de que el tercero pueda ser consumidor, lo hago con argumentos propios y circunscribiendo la protección a los casos de seguros de carácter obligatorio”³⁶.*

La distinción que hace el autor radica en que cuando el seguro es obligatorio pone de manifiesto que el tercero y eventual damnificado es el sujeto que se quiere proteger. Es decir, es el destinatario final de la indemnidad que otorga un seguro. *“La instauración de seguros de carácter obligatorio, sin perjuicio de garantizar indemnidad al asegurado, apuntan fundamentalmente a la protección de terceros damnificados. Son seguros sociales... Como una lógica derivación de mi postura expresada en algún punto anterior..., sostengo que cuando se esté ante seguros de responsabilidad civil de carácter obligatorio, el tercero damnificado, al ser sujeto al cual la norma que lo creó busca fundamentalmente proteger, podrá invocar siempre la existencia de una relación de consumo frente a la aseguradora de su dañador”³⁷.*

vii) Nuestra posición. Desafortunadamente, acierta Chamatropulos cuando sostiene que la tendencia de la Corte Suprema es congruente con la eliminación de la figura del tercero expuesto: *“es importante decir también que la jurisprudencia reiterada de la CSJN de los últimos años pareciera ir tomando partido por la exclusión de estos sujetos como consumidores, aun cuando no resuelva expresamente esto. En precedentes, el Alto Tribunal, al realzar los efectos relativos del contrato de seguro y declarar su oponibilidad frente a los damnificados, deja poco margen para que éstos puedan ser considerados consumidores, solicitando, por ejemplo, la declaración de abusividad de la alguna cláusula del contrato de seguro del cual no fueron partícipes”³⁸.*

Por ese motivo pensamos que nuestra solución, referida a la aplicación del art. 1027 del CCyC, es superadora del debate entre las ideas doctrinarias de Sobrino y las que sostienen Chamatropulos y otros autores.

Nuestro argumento no hace distinciones entre seguros voluntarios u obligatorios, ni si el damnificado es o no es destinatario final de la relación o si el titular de la póliza es o no es consumidor de seguros. En la medida que se den los requisitos de la estipulación en favor del tercero éste tendrá acción directa contra la compañía aseguradora.

Nuestro argumento apunta a desafiar el criterio que actualmente sostiene la Corte Suprema ofreciendo un acercamiento distinto para lograr que las víctimas de accidentes tengan acción directa

³⁵ SOBRINO (2018) pp.434-435.

³⁶ CHAMATROPULOS (2016) p. 87.

³⁷ CHAMATROPULOS (2016) pp. 87-88.

³⁸ CHAMATROPULOS (2016) p. 89.

contra las compañías de seguros. Ello asumiendo una realidad incontrastable: en reiteradas ocasiones la CSJ se ha pronunciado en contra de las víctimas de accidentes favoreciendo a las empresas aseguradoras³⁹.

Veamos tres ejemplos emblemáticos de esta situación:

En el considerando 9) del caso Buffoni (abril de 2014) la Corte Suprema dijo:

*“Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil)”*⁴⁰.

Y el mismo criterio quedo consolidado en el caso Flores (6 de junio de 2017), cuando el considerando 10 de este bochornoso fallo establece:

*“Que, al respecto, cabe reiterar que los contratos efectos entre las partes contratantes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros, excepto en los casos previstos en la ley. Es por ello que aquellos deben ser interpretados en su integridad, lo cual excluye toda exégesis aislada de una cláusula o expresión del negocio. Se impone el deber de observar el lazo íntimo que une a todas las cláusulas, pues no resulta aceptable fraccionar lo convenido únicamente para acatar las estipulaciones que favorecen al tercero damnificado y desechar otras que ponen límites a la obligación del asegurador”*⁴¹.

viii. Epílogo. Ya para terminar este tópico nos gustaría aclarar que la única divergencia que nos separa del pensamiento Sobrino es de estrategia jurídica y no la forma en que ambos pensamos el asunto. El problema es que, hasta ahora, el argumento de considerar a la víctima como un usuario de los servicios asegurativos contratados por el asegurado no es receptado favorablemente por la doctrina especializada y por el Supremo Tribunal.

Es por eso que, en forma complementaria, proponemos llegar al mismo objetivo utilizando, como antes explicamos, la figura de la estipulación en favor del tercero contemplada en el art. 1027 del CCyC. Además, y como suele decir nuestro entrañable amigo Waldo, *no son argumentos excluyentes sino complementarios*. Es decir, quien intente el relamo directo de víctimas contra aseguradoras podrá optar por el camino propuesto por Sobrino, que es el más completo y formal, y complementarlo con la propuesta subsidiaria que surge de la interpretación del art. 1027 del CCyC que hemos propuesto en los párrafos que preceden.

Por si quedaba alguna duda del criterio de la CSJ, en junio de 2018 volvió a expedirse con mayor rigurosidad y con mayor regresividad a la hora de regular las relaciones entre los usuarios y las compañías de seguros. Así, en los autos Díaz, Graciela vs. Evangelista, Jorge, dijo:

“11) Sin perjuicio de lo expuesto en el considerando anterior, es de recordar que el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil; actuales arts. 957 y 959 del Cód. Civil y Comercial). Por lo tanto, la víctima de un daño es un tercero con relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, desde que no fue parte de ese contrato (arg. art. 109 de la ley 17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la victim, pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto

³⁹ El lector interesado en profundizar este tema puede consultar dos artículos doctrinarios que hemos publicado tiempo atrás: *El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, y Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial.*

⁴⁰ BUFFONI CON CASTRO (2014).

⁴¹. FLORES CON GIMÉNEZ (2013).

en las normas aplicables. En consecuencia, si la víctima, en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, desea invocar el contrato de seguro en su beneficio y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribir su reclamo a los términos de la póliza (arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil; actuales arts. 1021 y 1022 del Cód. Civil y Comercial; Fallos 337:329; 338:1252)⁴².

Esto quiere decir que, a partir de junio de 2018, según esta Corte Suprema, el contrato de seguro es un acuerdo paritario. Pero, los dislates supremos no terminan ahí, porque en el considerando siguiente (n° 12) resolvió el conflicto entre los derechos de la víctima y el derecho de propiedad de las compañías aseguradoras:

... 12) Desde esa perspectiva, debe recordarse que la propiedad tiene protección constitucional (art. 17, Constitución Nacional) y que ella se extiende a los derechos que nacen de los contratos (Fallos 137:47; 294:152; 304:856; 331:2006; entre otros). Por ello, la sentencia de cámara, al obligar a la aseguradora a afrontar el pago de los daños sufridos por la víctima más allá de las condiciones fijadas en la póliza autorizada por la Superintendencia, alegando la supuesta desnaturalización de la “función social del seguro”, viola su derecho de propiedad.⁴³

Esto significa que la regla ‘pro homine’, emergente del art. 1 del CCyC y de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, cede, a criterio de esta Corte Suprema, resultando preferible proteger el derecho de propiedad de la compañía asegurada sobre los derechos fundamentales de las víctimas de accidentes de tránsito. Se trata, según nuestro modo de ver, de un nuevo fallo escandalosamente regresivo dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La reseña de los fallos que presentamos nos permite formular una conclusión prácticamente irrevocable. Hasta que no cambie la actual composición de la CSJ, las teorías que sostienen que las víctimas de accidentes son o deben ser considerados como si fueran usuarios de los servicios asegurativos que contrató el agente dañador, no van a prosperar.

Por ese motivo es que pensamos, sobre todo luego del fallo dictado en **Díaz v. Evangelista**, que las víctimas de accidentes de tránsito que quieran demandar en forma directa a las compañías de seguros deberán hacer uso de la herramienta prevista en el art. 1027 del CCyC.

C. Terminaciones.

Se presentan algunas conclusiones con la finalidad de ordenar las ideas presentadas a lo largo de este ensayo:

1. La ley 24.240 no fue diseñada solamente para proteger a los usuarios y consumidores; su finalidad proteccionista sobrepasa el interés particular de los consumidores como clase y adquiere un sentido social. Es, según nuestra opinión, una ley que regula funcionamiento de la sociedad de consumo.

2. La Ley de defensa del consumidor tiene sentido y vocación universal. Esta afirmación tiene distintas manifestaciones. En primer lugar, se incluye en la categoría de usuarios y consumidores a sujetos que no forman parte del contrato, quebrando de esta forma el principio del efecto relativo de los contratos establecido en el art. 959 CCyC.

3. El *bystander* (o tercero expuesto) es un sujeto que, sin ser parte de un contrato de consumo, está expuesto a sus consecuencias. Esa condición le da legitimación activa para reclamar contra un sujeto con el que no está vinculado por una relación contractual. Por ejemplo, la víctima de accidentes de tránsito, invocando su condición de tercero expuesto al contrato celebrado entre la compañía de seguros y el tomador de la póliza, queda legitimada para demandar directamente a la empresa de seguros.

⁴² DÍAZ, GRACIELA VS. EVANGELISTA, JORGE (2018).

⁴³ DÍAZ, GRACIELA VS. EVANGELISTA, JORGE (2018).

4. La figura del *bystander* fue desde siempre muy resistida por el sector empresario en general y, muy en particular, por las aseguradoras que quieren evitar que las víctimas de accidentes de tránsito tengan legitimación para reclamarles indemnizaciones.

5. El *bystander* todavía existe en el Código Civil y Comercial, pero el legislador quiso que sus alcances sean mucho más acotados que los previstos en la Ley 26.361.

6. Lamentablemente, el legislador reformista del Código Civil y Comercial no quiso que esta figura, tan benéfica para las personas, entorpeciera el suculento negocio de las aseguradoras que operan en el país.

7. Sin perjuicio de lo dicho en el antecedente, y como hecho positivo, hay que señalar que el *bystander* sigue vivo dentro de nuestro ordenamiento porque está específicamente contemplado en el art. 1096 del CCyC.

8. En el sistema legal vigente, el tercero expuesto podrá invocar sus derechos en todo lo relacionado con: el trato digno, la libertad de contratar, la información y la publicidad.

9. A lo largo del trabajo, hemos presentado una idea para solucionar la enorme injusticia que supone que las víctimas de un accidente de tránsito no tengan acción directa contra las aseguradoras. Para ello, intentamos realizar una interpretación armoniosa del art. 1027 del CCyC que respete las fuentes establecidas en el art. 1 del CCyC y las pautas hermenéuticas establecidas en el art. 2 del CCyC.

10. Nosotros pensamos que el art. 1027 del CCyC, que regula la estipulación a favor de terceros, le abre las puertas a la acción directa que proponemos.

11. La idea de concebir la acción directa de las víctimas de accidentes, por la vía interpretativa del art. 1027 CCyC es original y superadora de otras ideas doctrinarias que, aun siendo muy interesantes, ya fueron rechazadas por la doctrina del CSJ. En ese sentido, no podemos soslayar que la Corte nunca va a aceptar que las víctimas de accidentes forman parte del contrato que vincula jurídicamente al tomador de la póliza con la compañía de seguros.

11. La Corte Suprema, a partir de la sentencia dada en el caso Buffoni (8/04/2014) en el caso Flores (6/06/2017) y más recientemente en el caso Díaz (12/06/2018) viene sosteniendo con insistencia una posición profundamente regresiva y perjudicial para los derechos humanos de las víctimas de accidentes de tránsito.

12. No vemos con optimismo que en el futuro inmediato ese criterio vaya a cambiar con la actual composición de la Corte Suprema Nacional.

Lo dejamos planteado como un desafío para su estudio más que como respuesta definitiva, atendido el propósito de esta ponencia.

BIBLIOGRAFÍA

CHAMATROPULOS, Alejandro (2016): *Estatuto del Consumidor comentado*, T.1 (Buenos Aires, La Ley).

FARINA, Juan M. (2009): *Defensa del consumidor y del usuario* (Buenos Aires, Astrea).

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. (sf): *La perspectiva constitucional de los contratos* (Buenos Aires, La Ley).

HERNÁNDEZ, Carlos (2015): *Código Civil y Comercial de la Nación*, T. VI (Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni)

LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2013): *Presupuestos de la responsabilidad civil* (Buenos Aires, Astrea).

LORENZETTI, Ricardo (2003): "Fundamento constitucional de la reparación de los daños", en *La Ley. 2003-C -Sección Doctrina*.

LORENZETTI, Ricardo L. (2009): *Consumidores* (Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni).

MOYKENS, Federico R. (2013): *Ley Defensa del Consumidor*, T. II (Buenos Aires, La Ley).

NACIONES UNIDAS (2016): *Directrices para la Protección del Consumidor* (Nueva York y Ginebra).

SAHIÁN, José (2017): Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores (Buenos Aires, La Ley).

SANTARELLI, Fulvio (2013): *Ley Defensa del Consumidor*, T 1 (Buenos Aires, La Ley).

SOBRINO, Waldo (2018): Seguros y el Código Civil y Comercial, T. I (Buenos Aires, La Ley).

UBIRÍA, Fernando (2015): Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

ZANNONI, E. y otros (2015): Código Civil y de Comercio de Argentina (Buenos Aires, Astrea).

JURISPRUDENCIA CITADA

BUFFONI, OSVALDO ORNAR EL CASTRO CON RAMIRO MARTIN (2014): Sentencia de 8 de abril del año 2014, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Recurso de hecho).

DÍAZ CON EVANGELISTA Y OTROS (2018) Sentencia de 12 de agosto del año 2018, Corte Suprema de Justicia de la Nación (s/ daños y perjuicios).

DÍAZ, GRACIELA LUISA CON EVANGELISTA, JORGE DANIEL PASCUAL Y OTROS (2018) Sentencia de 12 de junio del 2018, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

FLORES, LORENA ROMINA EL GIMÉNEZ, MAREELINO OSVALDO (2017): Sentencia de 6 de junio del año 2017, s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación (s/ daños y perjuicios).