



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS • SECCIÓN CHILENA

REVISTA CHILENA
DE
DERECHO DE SEGUROS

Año 22 Nº 29 – Santiago de Chile – 2021-2022

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Año 22 N° 29 – Santiago de Chile – 2021-2022

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/>

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA Y EL SEGURO DE CAUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO DEL ARTÍCULO 583 INCISO FINAL DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	p. 7.
<i>Marcelo Nasser Olea</i>	
CLÁUSULA DE CONTROVERSIA EN EL SEGURO DE CRÉDITO COMERCIAL. APROXIMACIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA	P. 22.
<i>Jorge Soto Yáñez</i>	
EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO EN LAS DECISIONES DEL FCA TEST CASE ON BUSINESS INTERRUPTION INSURANCE	P. 46.
<i>Pedro Cunill D.</i>	
EL BENEFICIARIO EN LOS SEGUROS DE DAÑOS.....	P. 68.
<i>Oswaldo Contreras Strauch</i>	

EDITORIAL

Por tercer año consecutivo presentamos un nuevo número 100% *online* de la *Revista Chilena de Derecho de Seguros* disponible gratuitamente en el sitio web de Aida Chile.

Si bien el mundo parece ir dejando atrás la pandemia del Covid-19 aun abundan los litigios por la interpretación de las pólizas de interrupción de negocios y otras materias asociadas a la pandemia. De igual manera, aun cuando localmente han disminuido notoriamente los desórdenes en áreas urbanas que causaron tanta destrucción a la propiedad pública y privada como consecuencia de lo que se denominó el “estallido social”, los litigios relacionados a dichos eventos todavía se mantienen. En rigor, los efectos de la pandemia y del “estallido social” están lejos de terminar para el mercado asegurador.

Pero eso no quiere decir que no existan más problemas. A las dificultades logísticas asociadas a la pandemia se debió una escasez y un alza importante en los valores de repuestos y refacciones automotrices, que trajo como consecuencia una imposibilidad material de dar cumplimiento oportuno a las reparaciones de vehículos y un alza sostenida en los valores de los seguros automotrices, con las consecuentes reacciones de los organismos de protección al consumidor y del regulador sectorial.

Asimismo, el mercado de los seguros de salud se apronta para una posible mutación esencial en las condiciones de los seguros complementarios de salud como consecuencia de la eventual desaparición o mutación esencial en las condiciones en que hasta hoy se financian las prestaciones mediante las Isapres. Esta eventualidad probablemente requerirá un rediseño del aseguramiento de salud y accidentes, para adecuarlo a las nuevas realidades y riesgos.

Pero también hay buenas noticias. La ley N° 21.521 o “Ley Fintech introdujo en el país el concepto de “seguro paramétrico” agregándolos al artículo 11 del D.F.L. N° 251. Para evitar una aproximación peligrosa al *wagering* y un desapego absoluto al interés asegurable, el legislador tuvo cuidado de exigir que “las variables y riesgos deberán ser demostrables y claramente medibles a través de procedimientos objetivos y el riesgo deberá ser asegurable conforme a las reglas generales”. La misma norma incorporó los conceptos de “seguros inclusivos” (en conformidad a lo que el Estado de Chile ha suscrito en diversos cuerpos normativos de carácter internacional), “microseguros”, y “seguros masivos”. El regulador, sin embargo, está aún en deuda para la regulación final o definitiva de estas materias, pese a que el legislador le ha encomendado expresamente que dicte la normativa correspondiente.

Marcelo Nasser Olea
Director

Roberto Ríos Ossa
Presidente

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA Y EL SEGURO DE CAUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO DEL ARTÍCULO 583 INCISO FINAL DEL CÓDIGO DE COMERCIO

SURETIES UPON DEMAND, ESPECIALLY THOSE UNDERTOOK BY BANKS (BONDS) AND THE CONTRACT OF INSURANCE REGULATED IN ARTICLE 583 PARAGRAPH 3 OF THE CHILEAN COMMERCIAL CODE

Marcelo Nasser Olea*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad analizar la boleta bancaria de garantía y el seguro de caución a primer requerimiento como garantías abstractas o independientes y la improcedencia del normal derecho a poner excepciones frente a cobros abusivos, sin perjuicio del derecho del banco o del asegurador para poder obtener tutela jurisdiccional por otros medios.

Palabras clave: Boleta bancaria de garantía, garantías, seguro de caución a primer requerimiento, garantías independientes.

ABSTRACT: This paper analyses what is known in Chile as “boleta bancaria de garantía” which is an unconditional guarantee issued by a Bank similar to a performance bond, and its similarities with the contract of insurance regulated under article 583 paragraph 3 of the Commercial Code, which is also a guarantee payable on demand (in this case by an Insurer), as they both constitute independent guarantees for the debtor cannot oppose exceptions to payment to the beneficiary.

Keywords: performance bond, sureties upon demand.

I. Mitos y realidades sobre el origen de la boleta bancaria de garantía

Por su fuerte arraigo en la práctica mercantil, y acaso por las dificultades técnicas que presenta el tratar de encuadrarlas en un arquetipo negocial determinado, no han sido pocos los autores nacionales que se han abocado al estudio de la boleta bancaria de garantía desde hace ya bastante tiempo¹.

En la obra nacional que nos parece más acabada sobre esta materia, Caprile explica que la boleta bancaria de garantía habría surgido “ante la prohibición impuesta por el D.L. 559 de 26/09/1925 a los bancos de otorgar avales o fianzas bancarias”². Agrega que, por medio de una

* Universidad de los Andes (Chile), Facultad de Derecho.

¹ Para un completo panorama de las opiniones de Varela Varela, Somarriva Undurraga, González Saavedra, Puelma Accorsi, Winter Iguait, y Caprile Biermann, véase AEDO (2008) pp. 298-308. Véase un completo panorama sobre la naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía al año 2002 en CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 46-130.

² CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 21-24. Este autor atribuye la prohibición a las recomendaciones de la Misión Kemmerer, lo que tiene mucho sentido si es que se verifica que la misma medida fue tomada en los Estados Unidos después de la crisis de 1929 como muestra BASTIN (1993) p. 262. Es importante señalar que la prohibición fue eliminada y hoy los bancos pueden otorgar fianzas simples y solidarias, en moneda nacional,

reforma a la Ley General de Bancos en 1931, se consagró la inembargabilidad de los depósitos dados en garantía a los bancos, lo que aparentemente terminaría por configurar el carácter de garantía autónoma y a primera demanda de la boleta bancaria, rasgo que la identificaría preferentemente³.

Contreras, también en un trabajo del año 2002 explica de forma bastante completa el origen de las boletas bancarias de garantía e identifica sus principales características⁴. En ese mismo tenor, Prado recoge la doctrina de que la boleta bancaria de garantía habría nacido en Chile de la “práctica y de las costumbres comerciales por razones muy concretas”⁵.

Para algunos podría resultar sorprendente que en el año 1926, vale decir mucho antes de la reforma legal del año 1931 a que hacían referencia tanto Caprile como Contreras, el jurista nacional Victorio Pescio ya describía esta modalidad de garantía con bastante naturalidad, calificando su uso como “frecuente”, como si se tratase de una forma bastante corriente en la práctica nacional⁶, lo que parece indicar que la doctrina tradicional sobre el origen de esta garantía en Chile no debe considerarse tan pacífica y acaso debería reescribirse con un mayor grado de profundidad.

II. Concepto y regulación de la boleta bancaria de garantía en Chile. Crítica y su comparación con el seguro de caución a primer requerimiento

Para comprender ciertas clases de seguro de caución —particularmente el seguro de caución a primer requerimiento—, resulta ineludible detenerse en algunas particularidades de la boleta bancaria, sus fundamentos jurídicos básicos y sus efectos.

Lo anterior se hace más patente si se aprecia que algunas normas vigentes en el país consideran que ciertas pólizas de seguro de caución a favor del Estado deben operar con la misma facilidad de cobro que las boletas de garantía, tornándolas, desde un punto de vista normativo, en instrumentos prácticamente fungibles⁷.

Dada la manera en que se organiza, regula y fiscaliza el mercado bancario chileno, parece forzoso recurrir primeramente a la normativa existente en el país —muy a pesar de su notoria deficiencia técnica— con el fin de dar un vistazo general, pero jurídico-técnico, a la boleta bancaria de garantía.

La facultad de los bancos para emitir boletas bancarias de garantía se encuentra actualmente en el artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos que dispone: “Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: Emitir boletas o depósitos de garantía, que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen”⁸.

El asunto está detalladamente tratado en la *Recopilación Actualizada de Normas* (conocida

con sujeción a las normas y limitaciones que imparta la CMF, tal como indica en artículo 69 N° 11 de la Ley General de Bancos.

³ Sobre el carácter autónomo y a primer requerimiento de la boleta bancaria de garantía, CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 109 ss., y pp. 127 ss.

⁴ CONTRERAS (2002) pp. 36 ss.

⁵ PRADO PUGA (2011), p. 531.

⁶ PESCIO, VICTORIO (1926) p. VI. “En las propuestas públicas se acostumbra igualmente exigir fianza (?) consistente en una boleta, digamos, o en un depósito en un banco a la orden de la institución que solicita los servicios por medio de propuestas”.

⁷ Véase el artículo 96 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas (D.S. N° 75 MOP o también RCOP) que establece que el contratista cuyo contrato se acepta deberá presentar como garantía de fiel cumplimiento del contrato “una boleta bancaria o bien una póliza de seguro, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del D.F.L. MOP N° 850 de 1997 (...) siempre que el pago de ésta no esté sujeto a condición alguna distinta de la mera ocurrencia del hecho o siniestro respectivo”. su turno la POL 1 2014 0065⁷ dispone que “para los fines de hacerla efectiva, se ceñirá en todo a las mismas normas y procedimientos que corresponderían en caso de que la garantía estuviera constituida por una boleta de garantía bancaria, entendiéndose que los derechos del Asegurado serán los mismos que correspondan a un beneficiario de tal boleta, en los términos establecidos en el artículo primero de la presente póliza”.

⁸ La historia completa de esta norma, vigente desde 1925 en CAPRILE, BIERMANN (2002) pp. 21-24.

como “RAN”), emanada de la llamada Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) hoy Comisión para el Mercado Financiero (CMF)⁹. Este cuerpo normativo define la boleta bancaria de garantía, en su capítulo introductorio, como una:

“caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el ‘tomador’ a favor de otra persona llamada ‘beneficiario’ que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario”. Agrega la misma disposición que “en esta operación se distingue la existencia de tres partes: el tomador de la boleta de garantía que puede ser depositante o deudor del importe de la misma y que no necesariamente será el que contrajo la obligación que cauciona la boleta; el beneficiario de la boleta y el banco emisor del documento”.

Tres cosas deben llamar inmediatamente la atención de esta forma de entender la boleta bancaria de garantía por parte de la autoridad sectorial que la crea y regula. La primera, ya advertida por Aedo¹⁰, es que la RAN considera que la boleta bancaria de garantía es una especie de “caución”. De hecho, en el tratamiento de la boleta bancaria, la RAN recurre a la palabra “caución” o a alguna variante adjetivada de ella nada menos que en 10 oportunidades, y no sólo en la disposición citada más arriba.

En lo que toca a este problema terminológico, Aedo ha señalado que el recurso a la voz “caución” de la regulación sectorial denotaría por sí mismo el carácter “accesorio” de la boleta bancaria, pues las cauciones tienen en el Código Civil la accesoriidad como “nota distintiva”. Para demostrarlo cita a Somarriva quien señalaba “no todas las garantías son cauciones, pero todas estas son garantías”¹¹. Este supuesto carácter accesorio de la boleta bancaria de garantía, sin duda, se opone al carácter autónomo que debe exigirse comercialmente a este instrumento mercantil¹², lo que demuestra que el uso preferente o especializado de las palabras “caución” o “garantía” en el ordenamiento chileno no debe ser tomado muy en serio, además de adolecer de dificultades históricas insalvables.

La segunda cuestión es que la RAN establece que en esta operación bancaria de garantía aparecen “tres partes”, acaso descuidando el uso que debe darse a la expresión “parte”, que es un concepto técnico, vale decir, no vulgar.

Según se aprecia, la autoridad sectorial ha determinado que el beneficiario es una de esas “partes” de la “operación” lo que, con un análisis jurídico menos rudimentario, no puede afirmarse con tanta soltura. En efecto, el beneficiario de una boleta bancaria de garantía es acreedor, pero carece de la calidad de parte del contrato de garantía. En efecto, el beneficiario de una garantía de esta clase no ha manifestado su voluntad negocial y sólo es el titular del crédito documentario, tal como ocurre, por ejemplo, con el beneficiario en el seguro de garantía o caución¹³ aunque también esto ocurre en los seguros de fallecimiento y en otros seguros en que ni el asegurado ni el tomador son designados beneficiarios. Una cosa muy distinta es el papel del beneficiario en la relación de valuta que, en los negocios abstractos, debe quedar precisamente anonimizada, ajena a la garantía propiamente dicha.

La cuestión de considerar algunos contratos de garantía como negocios tripartitos no es nueva. De hecho, en el seguro de caución (aunque esto también se ha predicado del seguro de crédito), existen autores que afirman precisamente que se trata de “contratos tripartitos”, descuidando con ello ciertos aspectos técnicos que se identifican con la fase de formación del consentimiento y con las

⁹ La Ley N° 21.130 modifica el artículo 67 de la Ley N° 21.000 y, en la práctica, unifica la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), subrogándolas en una única Comisión para el Mercado Financiero (CMF).

¹⁰ AEDO (2008) p. 301.

¹¹ AEDO (2008) p. 296.

¹² Para el carácter autónomo de la boleta bancaria de garantía, véase CAPRILE BIERMANN (2002), pp. 121 y ss.

¹³ CAPRILE BIERMANN (2002) p. 36, probablemente siguiendo la disposición normativa, también califica como “parte” al beneficiario de una boleta bancaria.

manifestaciones de voluntad¹⁴. Un efecto importante de esta calidad de parte atribuida por la RAN al beneficiario de una boleta bancaria de garantía, es que el consentimiento del beneficiario de la boleta es necesario para prorrogar la vigencia del plazo del instrumento¹⁵, lo que supone integrarlo al negocio, aunque no participe de éste directamente.

III. Tipos de boleta bancaria de garantía. Obligaciones garantizadas y oportunidad de pago

El párrafo 1.1. de la RAN 8-11 determina que existen dos “maneras de obtener” que un banco emita una boleta bancaria de garantía.: “La primera es que se obtenga la emisión de una boleta con la constitución de un depósito de dinero en el banco por parte del tomador. La otra es que el banco la emita con cargo a un crédito otorgado al tomador, quien suscribe un pagaré u otro título de crédito a favor del banco”.

En la primera de las tipologías en que el tomador solicita su emisión contra dinero previamente depositado en el banco otorgante, según señala la misma RAN, resulta más correcto hablar de un “depósito en garantía”. En la segunda forma, se evita la inmovilización de un capital y, en cambio, el tomador se obliga a pagar dicha cantidad en los términos que se pacten, debiendo suscribir un determinado título de crédito que opera como una especie de contragarantía a favor del banco. Aunque la regulación no lo señale, nos parece que nada obsta para que el que hace el depósito o suscribe el pagaré u otro título sea un tercero distinto del tomador mismo.

En cuanto a su autonomía, la misma RAN se encarga de disponer que la obligación del banco respecto del beneficiario es independiente no sólo de la obligación garantizada, y por ello es pagadera cuando el tomador “la demande”, sino que es independiente de la circunstancia de que el tomador haya o no hecho el depósito o del hecho de haberse gestionado el crédito a su favor. Así, desde que la boleta es emitida, la obligación del banco es descrita como “incondicional”, lo que equivale a que no quepa oponer excepciones a su cobro.

Las boletas bancarias sirven para garantizar obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. La RAN dispone, sin embargo, una importante excepción pues no pueden garantizarse por medio de una boleta bancaria las obligaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1° de la Ley N° 18.010¹⁶.

La cuestión es relevante puesto que, enfrentadas al seguro de caución (respecto del que la boleta bancaria de garantía usualmente constituye la garantía alternativa), el instrumento bancario tiene un ámbito de aplicación algo más extenso. En efecto, la boleta bancaria de garantía sirve para garantizar obligaciones dar una cantidad de dinero que no sea de aquellas de la Ley N° 18.010, que es una posibilidad que el seguro de caución no contempla ya que está reservada legalmente para el

¹⁴ Esta calificación de “tripartita” es sólo aceptable respecto de la operación económica del seguro de caución, pero no desde su tipología contractual. Sobre esto MOLINA (2015), p. 715 primero sostiene que en el contrato participan “el tomador, el asegurado y el asegurador”, pero luego en la p. 716 señala con más detalle que el vínculo jurídico (sin llegar a calificarlo de vínculo contractual) entre el asegurador y el asegurado nace desde que se emite la póliza; en similar sentido CONTRERAS (2014).

¹⁵ RAN 8.11 N° 1.2.5. “Esa prórroga podrá constar en la misma boleta o bien en un documento anexo que dé cuenta de la nueva fecha de vencimiento. Cuando se proceda de esta última forma, deberán indicarse los datos necesarios para identificar la boleta a que corresponde la prórroga otorgada. Este documento en que consta el mayor plazo de vigencia, deberá presentarse junto con la boleta respectiva, al momento de hacerla efectiva o cancelarla”.

¹⁶ RAN 8-11 N 1.2.2. “Las empresas bancarias pueden emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dinero derivadas de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sea para cumplir su objeto o la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, con exclusión de las obligaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1° de la Ley N° 18.010. Dentro de este concepto se comprenden las que tengan por objeto garantizar la devolución de los anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer”.

seguro de crédito¹⁷.

La normativa dispone que el banco debe pagar la boleta de garantía “al beneficiario en la oportunidad en que éste lo demande, observando solamente, cuando así se hubiera estipulado, el aviso previo de 30 días o del plazo que para el efecto se haya establecido” (RAN 8.11 N° 1.1). La disposición citada es de la mayor importancia pues de ella se colige que el beneficiario es quien, mediante un simple requerimiento gatilla el pago a su favor, sin que corresponda al banco calificar la procedencia o no de la disposición patrimonial a que está obligado, y sin que pueda inmiscuirse en la calificación del incumplimiento denunciado.

En este sentido, la boleta bancaria es una especie de reformulación moderna de un negocio romano bancario abstracto llamado *receptum argentarii*, el que se caracterizaba por su carácter de obligación de garantía independiente y a primer requerimiento pagadera a un tercero nominado¹⁸, aunque innova en que establece un límite temporal marcado con la caducidad cuando el beneficiario no la cobra dentro de su plazo de vigencia (RAN 8-11 N° 1.2 letra c y RAN 8.11 N° 1.2.5). Finalmente, la extinción de la obligación principal no figura entre las causas de extinción ni de caducidad de la boleta bancaria de garantía, razón por la cual se puede decir con propiedad que se trata de una especie de garantía autónoma, esto es, una garantía cuya validez y subsistencia que no depende de la subsistencia (y ni siquiera de la existencia, podría afirmarse) de la obligación subyacente para mantener sus efectos plenos¹⁹.

IV. El problema de la naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía. Se trata de una garantía personal

Ya en el año 1926, Pescio, autor normalmente eclipsado por opiniones posteriores de juristas que de algún modo repiten lo que él mismo antes afirmaba, reconocía que “en las propuestas públicas se acostumbra igualmente exigir fianza (?) consistente en una boleta, digamos, o en un depósito en un banco a la orden de la institución que solicita los servicios por medio de propuestas”²⁰. El uso del signo de interrogación, puesto entre paréntesis por el autor, denota que ya desde ese entonces se dudaba de cuál era la verdadera naturaleza jurídica de estas garantías.

Habiendo ya debatido sobre este tema numerosos autores nacionales, Winter definió la boleta bancaria de garantía como “un documento emitido por un banco (banco emisor) a solicitud y por cuenta de un cliente (tomador), en virtud de la cual el banco se obliga a pagar a la persona a cuyo favor se extiende (beneficiario) una cierta cantidad de dinero contra la sola presentación del documento a cobro”²¹. Esta última definición, bastante célebre en el país, no aporta muchas novedades sobre el tipo negocial que es lo que finalmente definirá la naturaleza jurídica de la boleta bancaria²².

Más modernamente otros autores han ingresado al debate sobre la naturaleza jurídica de este instrumento mercantil. Así, para Prado²³, se trata de una “garantía autónoma incondicional e irrevocable”, lo que afirma con cita a un fallo de la Excma. Corte Suprema de 11 de enero de 1947. Con todo, si se revisa ese fallo se puede apreciar que la Corte realmente no se hace cargo de la cuestión de fondo, más allá de declarar que se trata de una garantía lícita²⁴ y hoy, acaso, sería más conveniente citar un fallo redactado por el propio profesor Prado, hoy Ministro de la Excma. Corte Suprema que

¹⁷ Para el objeto de las obligaciones que son susceptibles de ser garantizadas por seguros de crédito *versus* el objeto de las obligaciones susceptibles de ser garantizadas por medio de seguros de caución, véase *infra*.

¹⁸ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2018) p. 61; CARVAJAL (2005) pp. 127-147.

¹⁹ La RAN dispone que las causas de extinción de la boleta bancaria de garantía se reducen a que “el beneficiario la hace efectiva o que el tomador la devuelve al banco, dentro del plazo de validez que se le ha dado...”.

²⁰ PESCIO, VICTORIO (1926) p. VI.

²¹ WINTER IGUALT (1995) p. 15.

²² AEDO BARRENA (2008) p. 299, apunta, con razón, que “tal vez el aspecto más importante de la boleta bancaria de garantía dice relación con la determinación de su naturaleza jurídica”.

²³ Con alguna historia nacional con relación a la Ley N° 13.305 véase PRADO PUGA (2011), p. 533.

²⁴ PRADO PUGA, ARTURO (2011), p. 534.

razona: “En nuestro ordenamiento, este último presenta la característica, de ser una garantía autónoma, incondicional e irrevocable, a menos que se convenga lo contrario y es intransferible por endoso, salvo el endoso en comisión de cobranza (art. 18, Ley N° 18.092 . Aunque nacida de la práctica y de las costumbres bancarias nacionales, la boleta bancaria presenta afinidad con aquellas pactadas ‘a primera demanda’ o a ‘primera solicitud’ como las que existen en el campo del comercio internacional (Carta de crédito *Stand-By*) generadas a partir de las nuevas modalidades de garantías, admitidas en su aplicación a través de reglas uniformes compiladas por la Cámara de Comercio Internacional. En ellas basta atender la reclamación de beneficiario de la garantía, sin que medie proceso judicial previo, para hacer efectivo su importe. El carácter autónomo y abstracto de esta garantía -distinto de la fianza- rígidamente accesoria por su naturaleza (art. 2354 de nuestro Código Civil) o de la cláusula penal (Art. 1536), impide que se puedan oponer excepciones al beneficiario por parte del banco en orden a disputar el incumplimiento del contrato que la origina y asienta o que se pueda oponer al cumplimiento tardío o defectuoso. Esta dirección independiente obedece a lo que en el ámbito del derecho anglosajón se denomina ‘Primero Pague y luego discuta’ cuya justificación obedece al objetivo propio que cumple toda boleta de esta naturaleza fruto del ejercicio de la autonomía contractual. Cuarto: Que como se advierte, en la especie, los riesgos del incumplimiento de la obligación garantizada se transfieren del acreedor que es beneficiario de la boleta bancaria, al deudor quien es el tomador de la boleta misma, el cual tendrá que iniciar las acciones judiciales en un juicio de lato conocimiento en caso que se haya efectuado un cobro indebido de la boleta”²⁵.

Por su generalidad arquetípica, lo más simple e intuitivo es identificar la boleta bancaria de garantía con una garantía personal. Así, por ejemplo, lo hace Caprile²⁶. En efecto, no resulta complejo verificar que en esta modalidad de garantía se presenta la persona de un tomador que solicita a un fiador profesional (el banco) que preste determinada garantía obligándose al pago de una cantidad de dinero –y sólo de dinero– a un tercero beneficiario quien no es parte del contrato sino que acreedor de una obligación subyacente (ordinaria pero no exclusivamente contractual).

Pero como señalábamos, la posibilidad de considerar a la boleta bancaria de garantía como una garantía personal no es la única. Erróneamente se suele atribuir a Varela Varela (y varios años más tarde a González Saavedra), la doctrina que postula que la boleta bancaria de garantía es un “depósito que permite perfeccionar una prenda de dinero”²⁷ a favor de un tercero beneficiario. La verdad es que, como ocurre en numerosas ocasiones, esta doctrina fue expuesta mucho antes por Pescio quien señalara, con apoyo jurisprudencial que “tales operaciones no pueden considerarse como una fianza que es una caución personal, sino más bien, como una prenda o garantía real, prenda de un carácter especialísimo, puesto que el acreedor se constituye deudor de una suma de dinero y no en tenedor de una especie determinada de propiedad de otro. La Corte de Apelaciones de Iquique, también así lo ha considerado según referencia del fallo publicado con el N° 32 de la Gaceta de los Tribunales de 1921, pág. 182”²⁸. Pescio inaugura en el país la teoría que sostiene que una boleta de garantía no es una caución personal sino que, más bien consiste en una prenda “de carácter especialísimo”²⁹.

Sin embargo, pensamos que a pesar de que la doctrina de la prenda especial de dinero resulta atractiva, no hay espacio para afirmar que la boleta de garantía constituye una garantía real desde que,

²⁵ ICAFAL INGENIERIA Y CONSTRUCCION CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACION REGION DEL MAULE (2015).

²⁶ CAPRILE BIERMANN (2002) p. 126.

²⁷ GONZÁLEZ SAAVEDRA (1962) p. 7; Por su parte, AEDO (2008) p. 299 apunta que esta es la teoría de VARELA VARELA de 1948 que, según CAPRILE BIERMANN, BRUNO (2002), p. 50 sería “la teoría mayoritaria en nuestra doctrina”.

²⁸ PESCIO (1928) p. VI.

²⁹ PESCIO (1928) p. VI.

ciertamente, no existe entrega ninguna de dinero al acreedor³⁰, tal como lo sostuvieran Puelma³¹, y años más tarde el ya citado Caprile³². Hoy, vigente el artículo 14 de la Ley N° 20.190 sobre constitución de prendas especiales sin desplazamiento, la negativa a la tesis de la prenda de dinero se debe, además apoyar en la falta de formalidades de su constitución.

V. Las garantías de cumplimiento parangonables a la boleta de garantía y al seguro de caución a primer requerimiento: *performance bonds* del Common Law y *Garantievertrag* alemán

Si bien la terminología no resulta demasiado familiar en nuestro sistema³³, existen en el tráfico mercantil y son particularmente célebres en el mundo anglosajón, unos documentos llamados *surety bonds*. Dentro de esa categoría, aparecen una serie de instrumentos que permiten asegurar el cumplimiento de las más diversas clases de obligaciones.

Entre los que más nos interesan, por su cercanía temática con este estudio, en el Derecho Anglosajón existen unos instrumentos llamados *bid bonds* (que nosotros identificamos como las garantías de “seriedad de la oferta”), y los denominados *performance bonds* que, como su nombre lo indica, consisten en garantía de “correcta ejecución”. Se suele atribuir al Derecho alemán, además, la existencia de garantías promisorias voluntariamente independientes fundadas en los parágrafos § 780 y § 781 del BGB³⁴.

Actualmente en los Estados Unidos, como consecuencia de la exigencia de la llamada *Ley Miller* (y mucho antes, en 1894, la *Ley Heard* o *Heard Act*)³⁵, se solicitan al licitante que resulta adjudicatario (*bidder*) toda clase de garantías documentarias (*bonds*) para garantizar el cumplimiento de contratos que involucren proyectos de construcción federales de más de US\$ 150.000. También existen leyes estatales que siguen este mismo modelo para cantidades menores.

Esta legislación exige estos dos tipos de instrumentos de garantía de cumplimiento de obligaciones, similares, por no decir idénticos desde el punto de vista económico (aunque no jurídico), al modelo seguido en Chile por el seguro de caución a primera demanda o a primer requerimiento³⁶. Obviamente que los *Performance Bonds* no surgen como una especie de “invento” exclusivo del *Common Law*, sino que aparecen y se estructuran sobre la base de varios siglos de historia de garantías promisorias bancarias abstractas que pueden identificarse tanto en los sistemas continentales como anglosajones. Además de los datos históricos de la antigüedad que hemos provisto más arriba, particularmente el *receptum argentarii*, no puede soslayarse el llamado “contrato autónomo de garantía” desarrollado por la doctrina alemana en el Siglo XIX, con una fuerte recepción jurisprudencial en la Europa Continental³⁷.

No es un misterio que es el derecho anglosajón, probablemente por la supremacía moderna de las relaciones jurídicas internacionales con compañías inglesas y estadounidenses (o la imposición de sus ordenamientos jurídicos y sus jurisdicciones), el que ha perfilado el aseguramiento del cumplimiento en sus formas más modernas. Tal como sucede con la mayoría de las garantías abstractas, la naturaleza jurídica de un *performance bond* es compleja y ha causado importantes

³⁰ Para la entrega (en propiedad, además) del dinero al acreedor como elemento constitutivo de la prenda de dinero, SOMARRIVA (1943) p. 230. Véase nota 28.

³¹ PUELMA ACCORSI (1971).

³² CAPRILE BIERMANN (2002).

³³ CONTRERAS (2014) p. 480 se refiere con algún detalle a ellos.

³⁴ Con importante aparato bibliográfico y crítico, sobre este asunto véase SIRGADO DÍAZ (2014) p. 63

³⁵ FIEDLER (1945) pp. 22 y ss.

³⁶ FRANKLIN (1980) pp. 567-586. La Ley Miller exige, en general, dos garantías: Un *performance bond* a favor del Gobierno Federal, por separado, un *payment bond* para responder a los proveedores de mano de obra y de materiales. Véase *Miller Act Statute* 40 U.S.C 3131-3134.

³⁷ Por ejemplo, las numerosas sentencias de la Corte de Casación Italiana (Sección Civil) que asimilan los seguros de caución y crédito (*assicurazioni fideiussoria*) a este contrato en ROSSETTI (2012) pp. 450 y ss.

problemas de interpretación. Como afirma Dalby, en un interesante intento por deconstruir este instrumento, esta clase de documentos se originan en el Siglo XIX y son conocidos en el sector de la construcción como formas de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del proponente (“*the bidder can and will complete the contract*”), o como manera de asegurar el correcto uso de anticipos (*advanced payments*), entre otras situaciones similares³⁸.

La naturaleza jurídica del *performance bond* fue descrita jurisprudencialmente en el derecho anglosajón por Lord Denning. Este magistrado sentenció que se trata de un instrumento promisorio autónomo a primera demanda, cuya característica no sería la de una garantía o *surety* propiamente dicha (que es típicamente accesoria), sino que consiste en lo que denomina una “*virtual promissory note*”, muy similar a la carta de crédito, cuya característica esencial es la autonomía respecto de la transacción subyacente.

Esta autonomía abstracta, que obviamente deriva de una ficción jurídica o “abstracción”, cesa si se ha acreditado claramente al pagador un fraude³⁹, lo que equivale a señalar que, en esta modalidad de garantías, la *exceptio doli* si es una posibilidad que el directamente obligado tiene excepcionalmente su disposición, lo que supone una independencia menos extrema que la que presenta la aboleta bancaria y el seguro de caución a primer requerimiento del derecho chileno.

Por su parte, las “*promissory notes*” son promesas de pago incondicional internacionalizadas por las prácticas del comercio, y que reciben un tratamiento similar a los “*Bills of Exchange*” bajo las disposiciones del artículo 77 de la “Convención de Ginebra sobre “*Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes*” de 1930, y el artículo 3 de la “*United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes*” de 1988, vale decir, como títulos abstractos y a primera demanda con prohibición de oponer excepciones (artículo 30 de la Convención). Se trata de instrumentos mercantiles naturalmente negociables, salvo que se exprese lo contrario, como lo expresan los artículos 13, 17 y 27 N° 2 de la referida Convención.

Por la dureza de sus efectos en cuanto título autónomo, las Cortes internacionales han exigido de estas promesas de pago independientes claridad total en su contenido. Si falta esta claridad, se ha fallado que no es posible mantener la ficción de abstracción y las sentencias rechazan la autonomía del *performance bond*. En ese escenario de ausencia de claridad, el negocio debe considerarse como una garantía accesoria y dependiente⁴⁰, vale decir, se retorna a la regla general de la que la abstracción es la excepción.

La cuestión pareciera desconectada de la realidad nacional más que nada por la terminología utilizada y por las disquisiciones jurisprudenciales que han perfilado la naturaleza de estos instrumentos en el tiempo. Pero un análisis cuidadoso arroja que los *performance bonds* —con algunas distinciones jurídicas relevantes—, son los instrumentos que más se asemejan a nuestros seguros de caución a primer requerimiento del artículo 583 inciso final del Código de Comercio y, en

³⁸ DALBY (2010) pp .105-106.

³⁹ DALBY (2010), pp. 105 y 107. La cita de Lord Denning está completa en EWAN OWEN ENGINEERING V BARCLAYS BANK INTERNATIONAL LTD., “*So, as one takes instance after instance, these performance guarantees are virtually promissory notes payable on demand. So long as the Libyan customers make an honest demand, the banks are bound to pay and the banks will rarely, if ever, be in a position to know whether the demand is honest or not. At any rate they will not be able to prove it to be dishonest. So they will have to pay. All this leads to the conclusion that the performance guarantee stands on a similar footing to a letter of credit. A bank which gives a performance guarantee must honour that guarantee according to its terms. It is not concerned in the least with the relations between the supplier and the customer; nor with the question whether the supplier has performed his contracted obligation or not; nor with the question whether the supplier is in default or not. The bank must pay according to its guarantee, on demand, if so stipulated, without proof or conditions. The only exception is when there is a clear fraud of which the bank has notice...*”.

⁴⁰ MARUBENI HONG KONG AND SOUTH CHINA LTD V MINISTRY OF FINANCE OF MONGOLIA (CA 13 Apr 2005). Una simple carta del Ministro de Finanzas de Mongolia (quien tenía facultades para ello) no puede constituir un *Performance Bond* sino una garantía secundaria si su contenido no resulta claro para constituir una verdadera garantía autónoma.

su caso, a las boletas bancarias de garantía, aunque con la relevante salvedad que presenta la posibilidad de oponer directamente la *exceptio doli* para la entidad pagadora, sí y sólo sí se ha acreditado con claridad un fraude y ese fraude es “líquido” o evidente. Algo similar ocurre con la promesa abstracta del Derecho alemán y con el contrato abstracto de garantía del que da cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en numerosos fallos.

Ciertamente que la influencia del *Common Law* en el resto del mundo ha hecho que, más allá de la cuestión terminológica, esta forma de asegurar el cumplimiento de las obligaciones se imponga en el comercio internacional. De hecho, si centramos el asunto sólo en la modernidad y suprimimos del análisis las garantías abstractas romanas como el *receptum argentari* y las algunas modalidades de *promissory notes* del derecho anglosajón, la afirmación de Fernandez Masía en cuanto a que “el nacimiento de las garantías independientes se produjo varios años antes, el interés de la doctrina comenzó realmente a partir de la revolución iraní de 1979”⁴¹, podría llegar a comprenderse.

Así, nuestro derecho de la construcción y otras ramas del tráfico en que suelen exigirse garantías personales, obviamente imbuidos de esta forma de aseguramiento de las obligaciones han incorporado una manera similar de proveerse de un fiador profesional para el caso de incumplimiento legal y contractual. Pero obviamente que, en un escenario legislativo diverso, se aprecia con bastante claridad que se ha echado mano a instituciones jurídicas y de uso común en el tráfico mercantil mundial predominante, fusionándolas o adaptándolas a instituciones vernáculas o tradicionales como las estipulaciones a favor de terceras personas, las pólizas de seguro, la emisión de títulos valores y medios de pago etc.

Así, por ejemplo, en la regulación de la boleta de garantía se expresa que ella debe ser pagada al beneficiario “en la oportunidad que éste lo demande”⁴², y en el seguro de caución la ley prohíbe al asegurador invocar toda clase de excepciones para condicionar o diferir el pago.

VI. El problema del dolo del acreedor requirente

Como se ha adelantado, y por lo demás no es novedoso en los títulos abstractos, el problema del dolo en el cobro de una boleta bancaria de garantía resulta un asunto de la máxima importancia. Igual cosa, y por las mismas razones ocurre con el dolo del asegurado/beneficiario de un seguro de caución a primer requerimiento. La expresión latina *fraus omnia corrumpit* significa, en términos simples, que el fraude todo lo vicia y es un adagio jurídico bastante conocido. Funciona como el cimiento de las sanciones y castigos del dolo en los ordenamientos jurídicos⁴³.

En nuestro medio, el inciso final del artículo 44 del Código Civil define dolo como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. La elasticidad del concepto permite ubicarlo como elemento de la responsabilidad civil contractual 1558 y extracontractual, pero también como uno de los supuestos fácticos de la voluntad viciada que deriva en la nulidad relativa del acto o contrato (artículos 1458, 1459, 1558, 2316, 2317 inciso 2° del Código Civil, entre otros).

Más allá de sus múltiples apariciones en el ámbito del Derecho (no sólo Civil), todo dolo supone, como señalaba el jurista Labeón, una maquinación destinada a engañar o defraudar a otro⁴⁴. En el Derecho Romano clásico, el dolo (*scientia dolo malo*) podía dar lugar a una restitución *in*

⁴¹ FERNANDEZ MASÍA (2014) pp. 105-108.

⁴² RAN 8-11 N°1.1.

⁴³ Sobre este principio (acaso inconvenientemente asociado a D. 49.14.45pr.), véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA(1991) pp. 11 y ss.: “...es de toda evidencia que la moral -tanto cristiana o laica- cuanto el Derecho Positivo, repugnan el fraude de modo de que existe coincidencia entre ellos ya sea porque la norma positiva recoge la norma moral y la hace suya, sea porque el Derecho Positivo exige de sí, se requiere de una sanción del acto fraudulento” con contexto histórico particularmente en Cuyacio.

⁴⁴ D. 4.3.1.2 Ulp. *ad Ed.* “...itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. labeonis definitio vera est”. Un comentario general de esta definición en ZIMMERMANN(1996) pp. 665 y ss.

*integrum*⁴⁵ decretada por el Pretor a favor del perjudicado, con lo que se mandaba, básicamente, volver las cosas al estado anterior al fraude. Esta modalidad parajurisdiccional muy conveniente, más de fuerza que de jurisdicción (*magis imperium quam iurisdictio*) se mantuvo como remedio único hasta la creación de una acción especial de dolo en carácter de acción residual de fecha desconocida, pero muy seguramente del Siglo I antes de Cristo (*actio de dolo*)⁴⁶, con la cual el afectado pudo someter el asunto a un juicio contra el causante o contra quien hubiera reportado provecho.

Desde el punto de vista de la defensa, mucho antes de la creación de la acción de dolo, este vicio daba lugar a una excepción a favor del afectado (*exceptio doli* o *replicatio doli*), ofrecida en el Edicto Pretorio. Este mecanismo procesal funcionaba, además, como una excepción general o residual a falta de otra excepción típica que sancionara o permitiera defenderse de cualquier conducta fraudulenta, aun cuando ya hemos visto que el Pretor creó negocios abstractos, como el *receptum argentari*, que quedaron fuera de ese ámbito de protección.

Cuando el legislador determina que el pagador —por ejemplo, un banco o un asegurador— no puede oponer ninguna clase de excepción al acreedor (o que la oposición de excepciones no puede impedir o condicionar el pago), naturalmente existe un incentivo latente para que el beneficiario pueda obtener dinero fácil, rápido y a primer requerimiento, aun cuando esté perfectamente consciente (*scientia dolo malo*) que la obligación subyacente esté perfectamente cumplida, haya dejado de existir, o incluso si ha dejado de ser exigible por cualquier motivo.

Cuando ha decaído la obligación principal, por ejemplo, porque fue íntegramente cumplida por el tomador de una boleta bancaria de garantía o de una póliza de caución a primer requerimiento, o cuando la obligación principal fue transigida, compensada o remitida por el acreedor, lo razonable y prudente sería inferir que la garantía debe consecuentemente caducar. Así ocurren en el caso que nos presenta la fianza en el artículo 2381 N° 3, la prenda en el artículo 2401, y, finalmente, la hipoteca en el artículo 2434, todos del Código Civil.

Pero el problema es que, por razones que probablemente rozan la mera utilidad o necesidad mercantil, que son conceptos emparentados con los milenarios conceptos jurídicos universales de *utilitas* y *necessitas*, este mecanismo no funciona así en las garantías abstractas más intensas en que se impide oponer toda clase de excepciones para diferir o condicionar el pago.

El asunto no es nada de nuevo. Con razón recordaba Gayo que las excepciones “fueron creadas para que pudieran defenderse los demandados, pues a menudo sucede que alguien está vinculado por el Derecho Civil, y sin embargo resulta inicuo condenarle”⁴⁷. Y ya sabemos que las garantías abstractas tienen una vida independiente y jurídicamente desconectada de la obligación garantizada o subyacente, lo que se manifiesta en la privación del derecho del garante de oponer excepciones, aun cuando esto resulte absurdo e inicuo, por ejemplo, cuando al garante se le exige pagar igualmente pese que ha caducado la obligación caucionada o esta se encuentra cumplida.

Quien cobra dolosamente una garantía a primer requerimiento (y para esto es indiferente que nos situemos en el siglo II, en el siglo VI o en el siglo XXI), cobra a quien está vinculado obligacionalmente por el Derecho y sólo en tal sentido es “verdadero” acreedor *ex iure civili*. Pero resulta bastante obvio que en estos casos la pretensión de cumplimiento es notoriamente inicua aunque la ampare el Derecho. Así, hoy en día sigue siendo cierta esa máxima del jurista Gayo, quien enseñaba que “si yo estipulé de ti un dinero que te he de prestar, y luego no te lo entrego, es cierto que ese dinero lo debes por causa de la estipulación, pero como es inicuo que seas condenado por ello, se te concede una excepción de dolo”⁴⁸.

El problema que presentamos aparece como una de las causas más importantes para que, en ciertos momentos históricos relevantes como el de la recopilación del *Corpus Iuris* en el siglo VI, se haya repugnado de las garantías independientes. La cuestión ha sido abordada entre nosotros por

⁴⁵ Contra D’ORS, ÁLVARO (1991) p. 418.

⁴⁶ D’ORS (1991) p.436.

⁴⁷ GAI. 4.116.

⁴⁸ GAI 4.116a.

Carvajal quien ha mostrado cómo el Emperador Justiniano en su “lucha contra los negocios abstractos” repudió “por injusto y absurdo los extremos a que se puede llegar mediante el empleo del *receptum* con fines fraudulentos en el cobro de deudas inexistentes”⁴⁹. Este relato da cuenta de una conducta viciosa o dolosa frecuente, acaso generada por el incentivo a cobrar a un deudor solvente que no puede oponer excepciones, aunque sepa a ciencia cierta que nada debe.

La situación es tan actual como paradójica. Por una parte, el requirente es *verdadero* acreedor pues ostenta la titularidad de una garantía autónoma. Pero, al mismo tiempo, se trata de un falso acreedor, pues la obligación subyacente caducó. Nos permitimos usar la expresión “falso acreedor” para el caso del que cobra dolosamente una garantía abstracta pues, aun cuando su nombre y crédito aparece documentalmente en el título, la *realidad* de las cosas muestra que nada se le debe. No se puede dudar de que la conducta descrita puede subsumirse en una actitud dolosa que conduce a un enriquecimiento injusto. Pero el legislador, por razones de las más variadas índoles, ha resuelto privarle a este sujeto deudor de su natural derecho a oponer excepciones.

Habiéndose constatado que el sistema de garantías independientes ha sido diseñado *ex profeso* de una manera aparentemente injusta, es entonces necesario preguntarse acerca de los efectos que produce el dolo del acreedor que somete la garantía a cobro en esta clase de situaciones, como ocurre cuando el beneficiario de una póliza de seguro de caución a primer requerimiento la ejecuta pesar de que sabe que la obligación asegurada no ha sido incumplida. O peor aún, cuando le consta que la obligación se encuentra extinguida. En ambos casos, este asegurado actúa “*scientia dolo malo*”.

Esta situación no es tan extraña a la práctica, por lo que resulta forzoso preguntarse si frente al cobro indebido (llamado generalmente *unfair call*), el Derecho debe preferir la ficción que conlleva todo título abstracto, o si es posible que, excepcionalmente, el garante requerido pueda oponer al asegurado requirente una eventual *exceptio doli*, entendiendo este concepto no sólo desde un punto de vista técnico (una excepción perentoria correspondiente en un proceso judicial) sino que también la simple negativa prejudicial o el condicionamiento del pago.

La discusión anterior es de la máxima importancia y presupone despejar algunas dudas fundamentales, comenzando por averiguar si la “excepción de dolo” tiene siquiera cabida en el ordenamiento jurídico vigente en Chile y, si ello es así, cuáles son las diversas formas en que debe o puede oponerse. Como ha mostrado últimamente entre nosotros Lazo⁵⁰ se trataba, como su nombre lo indica, de un mecanismo procesal y por ello, al menos en puridad, se trata de un concepto técnico y denotaba una defensa usada en juicio con fines generales desde mucho antes de la creación de la *actio de dolo* para evitar ser condenado a una prestación injusta o que hubiese sido obtenida mediante fraude⁵¹. Pero tal parece que la privación del derecho a oponer excepciones al que se refiere el legislador en el artículo 583 inciso final del Código de Comercio debe entenderse más ampliamente que como una sola defensa judicial.

Con referencias a la doctrina y jurisprudencia europea, así como al origen histórico de esta excepción, entre nosotros Aedo ha concluido que es posible construir una excepción de esta clase en el ordenamiento jurídico chileno “en la medida que el deudor puede, bien paralizar la pretensión del acreedor, bien someterla a control jurisdiccional, cuando su ejercicio es contrario a la buena fe”⁵². Como se aprecia, la *exceptio doli* en concepto de este autor, con quien coincidimos, incluye la paralización no jurisdiccional del crédito.

Coincidimos con Aedo en que es posible encontrar formas de la excepción de dolo en el

⁴⁹ CARVAJAL(2005) p. 131.

⁵⁰ LAZO (2019) p. 52, “Acerca de la redacción original de la *exceptio doli* las fuentes no nos proporcionan datos, de modo que cualquier conjetura al respecto carecería de una base de apoyo suficiente”. Para la conexión del supuesto desaparecimiento de la *exceptio doli* con el decaimiento de la estipulación y su subsunción histórica en el requerimiento de la buena fe contractual, véase ZIMMERMANN(1996) p. 674.

⁵¹ AEDO (2019) p 84 n° 35 “la *exceptio doli* se traducía en una excepción de carácter general, que favorecía al demandado frente a cualquier acción contraria a la buena fe, aunque no sea engañoso, en tanto se entiende, según D. 17,2,3,3, que la buena fe es contraria al fraude y al dolo

⁵² AEDO (2019) p. 84 y p. 89.

ordenamiento jurídico nacional. De hecho, excepcionalmente existen casos en que el legislador la ha concedido de forma expresa como, por ejemplo, ocurre con el artículo 535 del Código de Comercio que dispone que “el asegurador no está obligado a indemnizar el siniestro que se origine por dolo o culpa grave del asegurado o del tomador en su caso, salvo pacto en contrario para los casos de culpa grave”. Esta norma legitima a la compañía demandada a oponer la excepción de dolo frente a la acción de cumplimiento, debiendo probar los supuestos según las reglas generales. Lo mismo ocurre en el caso del artículo 598 del Código de Comercio, en cuanto se dispone que el “siniestro causado dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar”⁵³.

Si bien no se trata de una excepción general y perfectamente típica de dolo a la manera en que la ofrecía el Edicto Pretorio (*exceptio doli generalis*) en la antigüedad, pensamos que es posible construirla con carácter de perentoria⁵⁴ con la finalidad de hacer decaer una pretensión injusta⁵⁵ o repugnante a la equidad natural⁵⁶.

En otras palabras, si bien no nos parece que en Chile exista una *exceptio doli* general y típica, puede construirse sobre la base de las posibilidades procesales que otorga el sistema del Código de Procedimiento Civil.

Pero si el legislador impide oponer toda clase de excepciones, muy probablemente no será posible ni oponerla en juicio ni paralizar los efectos del pago de manera extrajudicial. Así, aunque la excepción de dolo exista o pueda construirse dogmáticamente frente al fraude o al enriquecimiento ilícito, no parece posible invocarla para enervar la pretensión contenida en la demanda de cumplimiento de una garantía independiente, sea que se trata de una boleta bancaria o de un seguro de caución a primer requerimiento.

En efecto, no parece posible que el asegurador de garantía pueda usar esta excepción contra el requirente de un pago a primera demanda, así como tampoco puede oponerla cualquier otro que resulte obligado por otras garantías abstractas absolutas. La razón es muy simple: El legislador, con todos los antecedentes sobre la mesa —y muy particularmente la posibilidad de que se produzcan cobros abusivos—, decidió libremente privar de toda clase de excepciones a la persona del requerido, como se lee con notoria claridad del artículo 583 inciso final del Código de Comercio. Una interpretación contraria vulnera no sólo el tenor literal de la norma, sino que también su espíritu revelado en la ficción de independencia frente a la relación subyacente.

Pero una cosa muy distinta es que el requerido al pago de una garantía independiente (un asegurador de caución a primer requerimiento, un banco que debe pagar una boleta bancaria de garantía, o incluso quien pudiera verse afectado con ello, como el tomador) no pueda tomar la iniciativa mediante la solicitud de medidas precautorias ordenadas por la justicia que impidan la celebración de negocios jurídicos respecto del mismo título abstracto, impidiendo judicialmente su cobro, o por medio de la tutela de emergencia constitucional cuando se aleguen derechos preexistentes e indubitados. Eso, claramente no está prohibido por el legislador y la jurisprudencia es fecunda en esta materia. Incluso, a nuestro juicio, siempre debe considerarse posible frente a un cobro doloso abrir la vía penal por el delito especial de fraude al seguro, en los casos en que se cumplen los verbos rectores del artículo 470 N° 10 del Código Penal.

⁵³ En los dos casos descritos, la excepción de dolo puede ser opuesta contra un tercero de la relación contractual. El citado artículo 535 permite interponerla contra el asegurado y no sólo contra el tomador, y ya sabemos que el asegurado podría no ser parte de la relación contractual. Mucho más claro es el caso del artículo 598, en que es posible interponer la excepción contra el beneficiario de un seguro de fallecimiento —que siempre es un tercero— quien, por ejemplo, ha cometido homicidio en contra de la vida del asegurado.

⁵⁴ D. 44. 1.3. Gai. 1 *ad Ed.*

⁵⁵ MILONE(1970) cit.

⁵⁶ MILONE, FILIPPO (1970) p. 62.

Bibliografía Citada

- AEDO, Cristián (2008): “Las garantías del acreedor frente al Incumplimiento. Especial referencia a la Boleta bancaria de garantía” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N° 2.
- AEDO, Cristián (2019) “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 33, p 84 n. 35.
- BASTIN, Jean (1993) *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago* (trad. de Carmen Gutiérrez Vicen, Ed. Mapfre) .
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002) *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago).
- CARVAJAL, Patricio (2005) “Receptum argentarii (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano”, en *Ars boni et aequi* I, pp. 127-147.
- CONTRERAS, Osvaldo (2002) “El contrato de construcción y sus principales garantías”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, Año 4, N° 9, pp. 36 ss.
- CONTRERAS, Osvaldo (2014): *Derecho de seguro* (Thomson Reuters, Santiago)
- DALBY, Joseph (2010) “A Performance Bond, deconstructed”, en *Business Law International* v. 105, pp. 105-106.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1991) “*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 189.
- D’ORS, Álvaro (1991): *Derecho privado romano* (Eunsa, Pamplona).
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2014), “Las garantías bancarias en el comercio internacional” en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol.47, N° 139, pp. 101-144
- FIEDLER, George (1945) :“The Heard Act and the Miller Act After Fifty Years”, en *Insurance Counsel Journal* N° 12, pp. 22 ss.
- FRANKLIN, Charles (1980) “Problems of the Performance Bond Surety with Casualty Insurance exposures”, en *Forum* N° 16, pp. 567-586
- GONZÁLEZ SAAVEDRA (1962): *La boleta bancaria de garantía* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).
- LAZO, Patricio (2019): “Doctrina puerorum y exceptio doli. Una discusión sobre estrategias interpretativas”, en *REHJ* 41 Valparaíso, pp. 52
- MILONE, Filippo (1970): *La exceptio doli (generalis)* (Roma, L’Erma di Bretschneider).
- MOLINA, Carlos (2015): “Comentario al artículo 582”, en RÍOS, Roberto, (Director): *El contrato de seguros comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Thomson Reuters La Ley, Santiago).
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1971): *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias* (Editorial Jurídica

de Chile, Santiago).

PESCIO, Victorio (1926): *La fianza* (Fischer y Cía Editores, Valparaíso).

PRADO PUGA, Arturo (2011): “Algunos aspectos de la boleta bancaria de garantía”, en VERDUGO, Mario (dir.) *Doctrinas Esenciales Gaeta Jurídica Derecho Comercial*, T. III (Abeledo Perrot, Santiago)

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana María (2018): “La accesoriedad de las garantías en el derecho romano. ¿son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño?”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XL, Valparaíso, p. 61.

ROSSETTI, Marco (2012): *Il diritto delle assicurazioni* (Padova, Cedam).

SIRGADO DÍAZ, Emil (2014): “El negocio jurídico, la abstracción y el derecho civil alemán”, en *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado* N° 6.

SOMARRIVA, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones* (Nascimento, Santiago de Chile).

WINTER IGUALT, Rodrigo (1995): *La boleta bancaria de garantía. Análisis práctico y jurídico* (Instituto de Estudios Bancarios, Santiago).

ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The law of obligations* (Oxford, Clarendon).

JURISPRUDENCIA CITADA

ICAFAL INGENIERIA Y CONSTRUCCION CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACION REGION DEL MAULE (2015): Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 4 de mayo de 2015, Ingreso N° 4573-2015 (Tercera Sala).

EWAN OWEN ENGINEERING V BARCLAYS BANK INTERNATIONAL LTD.

MARUBENI HONG KONG AND SOUTH CHINA LTD V MINISTRY OF FINANCE OF MONGOLIA (CA 13 APR 2005).

CLÁUSULA DE CONTROVERSIA EN EL SEGURO DE CRÉDITO COMERCIAL. APROXIMACIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA*

DISPUTE CLAUSE IN TRADE CREDIT INSURANCE. THEORETICAL AND PRACTICAL APPROACH

Jorge Soto Yáñez **

RESUMEN: Pese a que la mayoría de las pólizas de seguro de crédito comercial contemplan una cláusula de suspensión de cobertura por controversia (o también denominada de “discusión comercial”) y que su aplicación constituye una materia de frecuentes roces entre compañías de seguro y asegurados, existe escasa literatura que refiera a su concepto, naturaleza jurídica o sus alcances. Partiendo de esa base, el presente trabajo busca describir y ahondar en el contenido, características y justificación de esta cláusula, postulando que se trata de una cláusula especial, distinta de las exclusiones y de las condiciones de asegurabilidad. Sumado a lo anterior, se exponen los principales problemas prácticos asociados a la aplicación de la cláusula (mencionando la escasa jurisprudencia vinculada) y las modificaciones que se han introducido en las pólizas a fin de limitar su extensión.

Palabras claves: seguro de crédito, cláusula de controversia, discusión comercial, insolvencia, exclusiones, condiciones de asegurabilidad, liquidador de siniestros.

ABSTRACT: Although most trade credit insurance policies include a suspension of coverage clause in case of dispute, (also known as "commercial discussion") and its application is a cause of frequent friction between insurance companies and insured parties, there is little literature on its concept, legal nature, or scope. Based on said issue, this paper seeks to describe and delve into the content, characteristics, and justification of this clause, suggesting that it is a special clause, different from the exclusions and insurable conditions. In addition, the main practical problems associated with the application of the clause (mentioning the scarcely related law cases) and the amendments that have been introduced within the policies to limit its extension are described.

Keywords: credit insurance, dispute clause, commercial dispute, insolvency, exclusions, insurability conditions, claims adjuster.

* El objetivo de este trabajo es recoger el contenido de mi ponencia en las XII Jornadas Nacionales de Derecho de Seguros celebrada el 18 de noviembre de 2021, en el marco de la exposición del Grupo de Trabajo de Seguros de Crédito y Garantía de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) – Sección Chilena.

** Abogado, Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC). Magister en Derecho de la Empresa LL.M., PUC. Diplomado en Derecho de Seguros, PUC. Diplomado en Liquidador de Siniestros, Escuela de Seguros (Chile). Miembro de AIDA - Sección Chilena. Correo electrónico jasotoy@gmail.com

I.- INTRODUCCIÓN.

Cuando hablamos de controversia en el contrato de seguro, probablemente lo relacionemos con el artículo 543 del Código de Comercio (en adelante, "C.Com.") relativo a la "solución de conflictos" entre contratante, asegurado o beneficiario y la compañía de seguros por disputas asociadas, entre otras materias, a la validez, interpretación o cumplimiento del contrato de seguro. Sin embargo, en el seguro de crédito comercial —que cubre principalmente el riesgo de impago de los créditos originados de operaciones comerciales del asegurado (en adelante, el "Asegurado" o los "Asegurados")—, las controversias pueden generarse también entre el Asegurado y su cliente o comprador —que constituye el deudor del crédito (en adelante, el "Deudor" o "Deudores")— con ocasión de la existencia, validez o cumplimiento de la compraventa de mercadería que sustenta el crédito asegurado¹.

Estas controversias o discusiones comerciales pueden referir a que el Deudor alegue al Asegurado que no está obligado a pagar el crédito (o al menos no su totalidad) debido a que, por ejemplo, los bienes objeto de la compraventa (por ejemplo, mercaderías) no fueron entregados, estos adolecen de problemas de calidad o condición, etc. En dichos casos, las compañías de seguros pueden verse expuestas al riesgo de pagar un crédito derivado de una operación comercial inválida o incumplida y, por tanto, que el Asegurado reciba una indemnización a la cual no tenía derecho, lo cual atentaría contra el principio indemnizatorio de los contratos de seguro de daños².

Para evitar la situación descrita, las compañías de seguros suelen establecer en las pólizas de seguro de crédito comercial que, en el caso de una controversia entre el Asegurado y el Deudor, la compañía de seguros no pagará la indemnización ("suspendiéndose la cobertura") hasta que se reconozca la existencia, validez y monto del crédito, en virtud de una sentencia favorable firme y ejecutoriada que obtenga el Asegurado en contra del Deudor.

Frente a lo anterior, ¿en qué casos la aseguradora debiese invocar la aplicación de esta cláusula? y ¿qué requisitos o características debe cumplir la controversia para gatillar la suspensión de cobertura del seguro?

Pese a la relevancia de la cláusula para este tipo de seguros, no hay regulación legal en Chile sobre su contenido, y la jurisprudencia y literatura es escasa en torno a la misma. En este contexto, el presente trabajo busca contribuir con una aproximación teórica y práctica sobre el alcance y aplicación de la cláusula de controversia, partiendo por una exposición sucinta del seguro de crédito y sus características.

II. CONTEXTO DE LA CLÁUSULA DE CONTROVERSIA.

II.1 El riesgo de impago asociado al crédito comercial.

En términos generales, el seguro de crédito surge a partir de la valoración de los riesgos patrimoniales que realizan las empresas (proveedores) en relación con el impago de sus transacciones comerciales a crédito. Cuando ocurre la falta de pago de dichos créditos, se originan, naturalmente, consecuencias negativas para la empresa en su calidad de acreedor, como es la falta de liquidez, el incremento de los gastos de gestión (destinados a obtener el pago), inmovilización de recursos, etc., dando lugar a desequilibrios que perjudican la estabilidad económica y financiera de la empresa y que pueden conducirla, incluso, a la quiebra³.

¹ El riesgo asegurado también puede referir al impago de créditos otorgados por el Asegurado al Deudor con ocasión de la prestación de servicios.

² Art. 550 C.Com. 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.

³ CONTRERAS (2020) p. 567.

Una de las formas en que las empresas pueden transferir el riesgo de impago de créditos comerciales es el seguro de crédito, mediante el cual la empresa (Asegurado) recibe una indemnización que representa los perjuicios patrimoniales derivados del impago del crédito por parte de su Deudor.

II.2 Concepto de seguro de crédito.

A nivel comparado, Bastín definía el seguro de crédito como “aquel sistema asegurador que permite a los acreedores, a cambio de una remuneración, estar cubiertos por falta de pago de los créditos que les adeudan determinadas personas previamente identificadas y en situación de incumplimiento de pago”⁴. Por su parte, la doctrina nacional (Molina) ha definido el seguro de crédito como “aquel por el cual el asegurado transfiere al asegurador, el riesgo que emana de la falta de pago de sus créditos, ya sea que esta se produzca por insolvencia o cesación de pago de su deudor”⁵.

La normativa chilena reconoce el seguro de crédito en: (a) el Art. 11 del Decreto con Fuerza de Ley N° 251 (en adelante, “DFL 251”), que lo define como “aquel que cubre los riesgos de pérdida o deterioro en el patrimonio del asegurado, producto del no pago de una obligación en dinero o de crédito de dinero”; y (b) el Art. 579 C.Com. que señala que “por el seguro de crédito el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas que experimente por el incumplimiento de una obligación de dinero”.

Desde ya, podemos anticipar que, una de las diferencias entre la definición de Molina y las definiciones normativas transcritas, refiere a que estas últimas no incluyen expresamente el requisito expreso de “insolvencia” o “cesación de pago” del Deudor”. La discusión sobre este tema — importante para el análisis de la cláusula de controversia—, se menciona en el apartado N° II.4 siguiente.

Por otro lado, las normas citadas dan cuenta que las obligaciones de este seguro son dinerarias, esto es, una especie dentro del género de las obligaciones de dar⁶. A ello, podemos añadir que los seguros de crédito solo pueden ser comercializados por compañías de seguro del primer grupo que tengan por objeto exclusivo cubrir este tipo de riesgos (compañías de seguro de crédito)⁷.

II.3 Eventos que gatillan la cobertura.

El Art. 580 C.Com. regula la procedencia del reclamo de indemnización, señalando que habrá lugar al pago del seguro:

“a) Cuando el deudor haya sido declarado en quiebra (hoy procedimiento concursal de liquidación conforme a la Ley N° 20.720 sobre reorganización y liquidación de empresas y personas) mediante resolución judicial firme.

b) Cuando haya celebrado con sus acreedores, convenios regulados por la Ley de Quiebras (hoy acuerdos de reorganización concursal bajo Ley N° 20.720 ya citada) que le otorguen condonaciones.

c) Cuando habiendo sido demandado ejecutivamente, se establezca que el deudor no posee bienes suficientes para solucionar la deuda o que, por su ocultamiento, se haga imposible la prosecución del juicio.

d) Si el asegurado y el asegurador acuerdan que el crédito resulta incobrable.

e) En los demás casos que acuerden las partes”.

⁴ BASTIN (1993) p. 81.

⁵ MOLINA (2015) p.696.

⁶ Para Artigas (citando a Achurra y Molina), las obligaciones de dinero deben ser amparadas por el seguro de crédito, y las demás obligaciones (distintas al pago de dinero) deber ser garantizadas mediante el seguro de caución. ARTIGAS (2019) pp. 86 y 87.

⁷ Art. 11 DFL 251.

Para Molina, el citado Art. 580 C.Com. hace referencia a los casos en los cuales el legislador presume que el asegurado sufre una pérdida o deterioro en su patrimonio, conforme al cual tiene derecho a ser indemnizado por el seguro de crédito contratado⁸.

Por su parte, amparándose en la letra e) del Art. 580 del C.Com., la práctica aseguradora (incluyendo el mercado chileno) incluyen en las pólizas de seguro como causal que habilita el reclamo de la indemnización la denominada “mora prolongada” o “insolvencia presunta”, la cual considera configurado el siniestro cuando el impago del crédito se extiende por un período de tiempo relevante⁹ (que excluye los simples “atrasos comerciales” o situaciones de falta temporal de flujo financiero) sin la exigencia de haberse producido la liquidación u otra situación de insolvencia “definitiva” del Deudor¹⁰. En este sentido, la mora prolongada se vincularía al riesgo de falta de pago oportuno del crédito y sustentaría el interés del Asegurado de contratar el seguro.

II.4 Requisito de insolvencia del Deudor y el debate doctrinal.

Uno de los aspectos que ha suscitado análisis en la doctrina refiere a si, para que exista cobertura bajo el seguro de crédito basta el incumplimiento de la obligación de pago de dinero (o mero no pago) o si es necesaria la insolvencia del Deudor.

A diferencia de la ley española de contrato de seguro —legislación utilizada como referencia en la reforma al C.Com. en el año 2013— que incorpora la exigencia de la insolvencia definitiva de los deudores bajo el seguro de crédito¹¹, la ley chilena no incluyó expresamente esta exigencia en el citado Art. 579 C.Com. y Art. 11 del DFL 251.

Pese a lo anterior, la mayoría de la doctrina nacional¹² - tomando como base la definición española y la tradición comparada del seguro de crédito¹³ - se inclina por considerar debe acreditarse por el Asegurado la insolvencia o cesación de pagos del Deudor para que exista cobertura (no siendo suficiente el mero vencimiento de la obligación)¹⁴.

⁸ MOLINA (2015) p.702.

⁹ En los modelos de pólizas que se utilizan en Chile habitualmente se considera como causal de pago de la indemnización cuando transcurren 120 días desde la notificación del siniestro (como en la póliza POL420200064, etc.). En otros casos, el plazo es de 12 meses del vencimiento original del crédito o prorroga, ACHURRA (2005) p. 201.

¹⁰ ARTIGAS (2019) pp. 83.

¹¹ Art. 69, Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, España, señala que “por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato a indemnizar al asegurado por las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de su deudor”.

¹² ACHURRA (2005) p. 187; ARELLANO (2013) p. 264; MOLINA (2015) p. 696.

¹³ Para Bastín las primeras aseguradoras de crédito en Europa, a mediados del siglo XIX, pagaban por cada siniestro desde el mismo momento en que se producía el impago o incumplimiento de la obligación garantizada, pero desaparecieron rápidamente, principalmente por quiebra. Varios aseguradores sobrevivientes en lugar del simple impago la cobertura se extendió a la insolvencia definitiva del deudor, esto es, su quiebra liquidada lo que disminuyó los siniestros; pero, lo hicieron a la par de la demanda por estos seguros que indemnizaban años después del impago del crédito cubierto. Las aseguradoras, entre indemnizar el asegurador ante el simple impago del crédito a su vencimiento (incumplimiento de la obligación, lo que Bastín llama “seguro-protesto”), o, por el contrario, indemnizar al concluirse la liquidación de la quiebra del deudor (“seguro-insolvencia definitiva”), encontraron finalmente una especie de término medio, cual es la hoy famosa insolvencia presunta, también llamada “mora prolongada”. ARTIGAS (2019) p. 83.

¹⁴ El requisito de insolvencia ya estaba mencionado en algunos pronunciamientos de la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero - “CMF”), por ejemplo, en Oficio N° 2.831 de 16 de mayo de 1967 señalaba que el seguro de crédito a la exportación tenía características distintas a los otros seguros, ya que “tiene su origen principalmente en la naturaleza misma del riesgo asegurado, la insolvencia del deudor, que exigen que la entidad aseguradora sea altamente especializada en la materia”. DICTAMENES SVS (p. 442). Asimismo, la Norma de Carácter General N° 306 (“NCG 306”) de la CMF contempla una referencia a la insolvencia al señalar: “(...) En el caso de que la solicitud de prórroga sea rechazada, la factura se deberá

Sin embargo, para cierta doctrina (Goldenberg) el seguro de crédito no comprende ni puede ser reconducido a una exigencia de “insolvencia”, puesto que no es posible argumentar una sinonimia entre la “insolvencia” y el requisito de “incumplimiento” del Art. 579 del C.Com. Al respecto, Goldenberg señala que las causales indicadas en el Art. 580 C.Com. no comprenden ni pueden referir a una situación de insolvencia puesto que, a partir de la normativa concursal de la Ley 20.720, ninguno de los supuestos ahí contemplados se estructura sobre la base de la insolvencia definitiva del deudor¹⁵. Sumado a lo anterior, Vásquez señala que en los artículos antes referidos no se hace referencia a la noción de insolvencia en estos preceptos, ni tampoco es posible llegar a tal intelección por analogía o deducción¹⁶.

No ahondaremos en esta discusión, sino que exponemos este antecedente debido a que será relevante a la hora de analizar la cláusula de controversia.

II.5 Tipos de seguro de crédito.

Otro punto relevante a considerar en relación a la cláusula de controversia refiere a que ésta se enmarca usualmente en los seguros de crédito comercial, los cuales cubren créditos originados a consecuencia de una compraventa mercantil de bienes muebles (o mercaderías) o prestación de servicios a crédito (en adelante, “Seguros de Crédito Comercial”). Estos créditos generalmente constan en facturas con vencimiento a plazo¹⁷.

Dentro de los Seguros de Crédito Comercial, se distingue el seguro de crédito doméstico¹⁸ y el seguro de crédito a la exportación¹⁹, aplicándose a estos dos tipos de seguros la cláusula de controversia, ya que ambos aseguran créditos originados de operaciones comerciales.

A su vez, el Seguro de Crédito Comercial se distingue del seguro de crédito financiero, entendido como aquel que cubre los créditos originados de una operación crediticia pura y simple, tales como mutuo de dinero, una transacción bursátil, etc. otorgada por una entidad bancaria o financiera a sus clientes²⁰. Dado que estos créditos asegurados no se originan a partir de operaciones comerciales, la cláusula de controversia no es habitualmente incluida en estas pólizas.

considerar como un siniestro en proceso de liquidación por determinarse la posible existencia de insolvencia y se deberá calcular una reserva de siniestros en proceso de liquidación (...)”.

¹⁵ El autor concluye que “nos parece que la noción de incumplimiento considerada en el artículo 579 C.Com. para describir el riesgo cubierto no puede ser tomada en sentido técnico (como suele ser interpretado en razón de los artículos 1545, 1556 y 1568 CC), sino a partir de la idea de “falta de pago”, como término flexible indicativo de la improbabilidad que el acreedor pueda obtener una recuperación efectiva del dinero, sea total o parcial, a consecuencia de un riesgo propio del comercio”. Asimismo, que la posibilidad de crear un “seguro de insolvencia”, esto es, la admisibilidad de configurar nuevas causales para el pago por parte de la compañía de seguros en los términos del Art. 580 C.Com. generaría una tensión con la imperatividad contemplada en el Art. 542 del C.Com. GOLDENBERG (2016) p. 34.

¹⁶ VÁSQUEZ (2019) p. 529.

¹⁷ Tirado señala que, en los seguros de crédito comerciales, el asegurador se compromete a pagar una indemnización al asegurado (vendedor) por las pérdidas que pueda sufrir su patrimonio por el incumplimiento de los créditos concedidos a sus compradores para la adquisición de los productos por él fabricados o vendidos. Estos créditos suelen ser a corto plazo. TIRADO (1979) p.664.

¹⁸ Corresponde al aseguramiento de créditos contraídos en el país, es decir, en que el acreedor y el deudor están situados en el mismo país.

¹⁹ Que cubre las operaciones que deben ejecutarse en el extranjero, y cuyos deudores tienen el asiento de sus negocios fuera del país en que ha sido emitida la póliza, y en el cual puede exigirse el cumplimiento de la obligación de pago. MOLINA (2010) p.28.

²⁰ ACHURRA (2005) p. 195. Para Tirado, los seguros de crédito financiero se acostumbra a conceder a medio y largo plazo y su aseguramiento toma en consideración las características de préstamo. TIRADO (1979) p.664.

II.6 Aspectos relevantes de los Seguros de Crédito Comercial.

Finalmente, características de este seguro que son relevantes para analizar la cláusula de controversia, podemos encontrar las siguientes²¹:

a) Por regla general, (i) el Asegurado es el acreedor del crédito, esto es, el vendedor de mercadería o el prestador del servicio, en ambos casos, a crédito, y (ii) los Deudores son personas jurídicas (o personas naturales con giro comercial), que ejercen una actividad lucrativa o no (incluyendo también al Estado y/o instituciones públicas²²).

b) Los Deudores deben estar previamente identificados y analizados por la compañía de seguros. Este análisis suele incluir una revisión financiera y de solvencia patrimonial (como la revisión de balances o estados financieros, participación en el mercado, etc.), comportamiento de pago, demandas, embargos, suspensiones de pagos, procedimientos concursales, así como cualquier tipo de incidencias para juzgar la solvencia actual y futura de los Deudores. Luego de dicho análisis, las compañías de seguro emiten una nota de cobertura o asegurabilidad respecto de dicho Deudor y determinan el monto de la cobertura que tendrán los créditos comerciales otorgados a dicho Deudor (habitualmente a través de un denominado “límite de crédito”)²³. Respecto a este punto, es relevante destacar que las compañías de seguro, por regla general, no analizan ni evalúan los contratos o términos de venta o prestación de servicios que darán origen a los créditos asegurados, ya que el análisis de riesgo (asegurabilidad) de los Deudores lo realizan incluso antes de que se pacten los términos del contrato de compraventa a crédito entre el Asegurado y el Deudor.

c) Una vez denunciado el siniestro, las compañías de seguro inician la cobranza de los créditos siniestrados en sede extrajudicial o judicial. Pagada la indemnización, por disposición de la póliza y el Art. 534 del C.Com., la compañía de seguros se subroga en los créditos del Asegurado en contra del Deudor para obtener el pago de lo adeudado.

d) Por regla general, los Seguros de Crédito Comercial son seguros de “libre pacto” (o también denominados “seguros de grandes riesgos”). Por lo tanto, al cumplirse los requisitos del artículo 542 del C.Com.²⁴ no aplican imperativamente las normas del C.Com.

Ya expuesto el concepto y elementos relevantes del Seguro de Crédito Comercial, a continuación describiremos la cláusula de controversia que es peculiar en este tipo de pólizas.

²¹ El seguro de crédito comercial incluye habitualmente servicios adicionales o conexos a la cobertura de póliza (por ejemplo, (i) el análisis de riesgo, que implica vigilancia permanente de la solvencia de los clientes a los asegurados; y (ii) los servicios de cobranza de los créditos impagos). CONTRERAS (2020) p. 579 y ss.

²² CONTRERAS (2020), p. 574.

²³ Así, Contreras señala que la compañía de seguros de crédito “realiza una serie de estudios que conducen a una clasificación de los clientes actuales y potenciales de los asegurados y que pasa a formar parte de una base de datos que contiene información suficiente sobre empresas y comerciantes individuales, información en la que se registran demandas judiciales, embargos, suspensiones de pago, proposiciones de convenio, quiebras o cualquier tipo de incidencias de importancia para juzgar la solvencia actual y futura de las personas”. CONTRERAS (2020), p.579. Asimismo, Achurra señala que la cobertura para cada deudor o cliente y las condiciones aplicables al seguro de crédito se determinan en un documento complementario de la póliza, que se denomina “anexo de clasificación” ACHURRA (2005), p. 198.

²⁴ Por ejemplo, (i) seguro de daños contratado individualmente; (ii) los asegurados como beneficiarios son personas jurídicas, y (iii) la prima anual convenida supera las 200 unidades de fomento.

III. CLÁUSULA DE CONTROVERSIA.

III.1 Concepto.

Las pólizas de Seguro de Crédito Comercial habitualmente establecen que la cobertura comienza en el momento de la recepción conforme de las mercaderías vendidas o de los servicios prestados al Deudor²⁵.

En línea con lo anterior, las pólizas también exigen que los créditos asegurados tengan el carácter de indiscutidos o no impugnados. Para estos efectos, las pólizas establecen que el asegurador no indemnizará los créditos cuya procedencia o exigibilidad se impugne o discuta por el Deudor, quedando en “suspense la cobertura” hasta que el Asegurado acredite a la aseguradora el reconocimiento del crédito y la exigibilidad de su pago en virtud de una resolución judicial o arbitral firme y ejecutoriada en contra del Deudor (en adelante, la “Cláusula de Controversia”).

A modo ejemplar, las pólizas de Seguro de Crédito Comercial contemplan la siguiente redacción de Cláusula de Controversia:

a) “(...) Suspensión de la cobertura con motivo de la impugnación del crédito.

Cuando el Deudor, o en su caso el garante, discuta o impugne la existencia o la validez total o parcial del crédito alegando el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales del Asegurado o la concurrencia de alguna causa que impida, modifique o extinga la obligación de pago, sea cual fuere su origen, la cobertura del seguro quedará en suspense automáticamente. La suspensión se mantendrá hasta que el Asegurado acredite a la Compañía el reconocimiento y la exigibilidad de su derecho de crédito por resolución judicial o arbitral firme y ejecutoriada, a cuyo efecto deberá iniciar, o seguir en su caso, las acciones judiciales oportunas (...)” [Subrayado es nuestro]²⁶.

b) “(...) En caso de la existencia de una controversia relativa al crédito, la cobertura se suspende hasta que los derechos del Asegurado hayan sido reconocidos por sentencia definitiva y ejecutoriada dictada por un tribunal ordinario o arbitral competente. Se entiende por controversia toda discusión fundada sobre el importe o la validez de los derechos del Asegurado o de su crédito, así como sobre el principio de un pago por compensación sobre la base de los créditos que su Cliente detentare contra el Asegurado. No obstante, podrá la Aseguradora, en consideración a los antecedentes del caso, admitir el Aviso de Impago conforme a la Póliza. En este caso cualquier pago de indemnización tendrá el carácter de provisional en tanto no se cuente con la referida sentencia (...)” [Subrayado es nuestro]²⁷.

c) “(...) Créditos Controvertidos. La Compañía no reconocerá ninguna pérdida mientras el deudor sostenga que se encuentra justificado para retener el pago de parte o la totalidad de una cantidad adeudada o para no cumplir con cualquiera de sus obligaciones con el Asegurado. La decisión de la Compañía sobre esta materia o la del Liquidador de Seguros, cuando corresponda, deberá indicarse por escrito, incluyendo las razones que la fundamentan. Estas controversias deberán resolverse por el Asegurado por arbitraje o por vía judicial antes que pueda exigir indemnización

²⁵ CONTRERAS (2020), p. 570. Sin embargo, debemos hacer presente que también podrían pactarse entre compañía de seguros y Asegurado que la cobertura comience en un momento anterior, por ejemplo, desde la fecha de entrega de la mercadería vendida o prestación de servicios - ACHURRA (2005), p. 202 -, desde la emisión de la factura (o incluso orden de compra), desde el momento que las mercaderías son expedidas en exportación, etc.

²⁶ Por ejemplo, el Art. 3 del Condicionado General POL420200064. En términos similares, el Art. 4 de los Condicionados Generales POL420170210 y POL420180027 señalan que: “La Compañía no reconocerá ninguna pérdida mientras el deudor sostenga que se encuentra justificado para retener el pago de parte o la totalidad de una cantidad adeudada o para no cumplir con cualquiera de sus obligaciones con el Asegurado (...) Serán de cargo del Asegurado, los gastos que guarden relación con disputas sobre el monto de la deuda o la entrega o calidad de la mercadería”.

²⁷ Art. 13 del Condicionado General POL420131771. En similares términos, cláusula 4.3.1 del Condicionado General POL420180132.

alguna por parte de la Compañía, a menos que sea evidente para la Compañía que la disputa sólo es una maniobra destinada a retardar la quiebra o insolvencia del deudor (...)” [Subrayado es nuestro]²⁸.

De los ejemplos de cláusula antes citado, podemos desprender que la compañía de seguros no indemnizará al Asegurado en aquellos casos en que el Deudor discuta o impugne la existencia, validez o exigibilidad del crédito (o la operación mercantil subyacente que sustenta y da origen al mismo), quedando en suspenso el pago de la indemnización en favor del Asegurado hasta que dicha discusión o controversia se resuelva por un tribunal competente en favor de este último.

III.2 Efectos de la cláusula.

Una de las principales características de la Cláusula de Controversia se vincula al efecto de suspensión de la decisión final de cobertura del siniestro y, por ende, del pago de la indemnización (que algunas pólizas denominan “suspensión de cobertura”) en caso de que la compañía de seguros concluya que existe una controversia o discusión en relación a la existencia o exigibilidad del crédito impago. Esto significa que la compañía de seguros, una vez recibido el siniestro del Asegurado y finalizado el procedimiento de liquidación, no deniega definitivamente la cobertura bajo la póliza, sino que mantiene vigente su responsabilidad y supedita su decisión final de cobertura (y el pago de la indemnización) a la condición de que se resuelva la controversia en torno al crédito impago.

Como hemos señalado, determinada la existencia de una controversia en virtud de la aplicación de la cláusula, el efecto de la suspensión de cobertura termina una vez que el Asegurado demande al Deudor ante un tribunal ordinario u arbitral y obtenga una sentencia ejecutoriada favorable que reconozca su derecho a cobro de la obligación de dinero asegurada²⁹ (a *contrario sensu*, un fallo en contra del Asegurado le hará perder su derecho a la indemnización). A este hito que da término a la suspensión de cobertura, también puede añadirse en la práctica aquellos casos en que el Deudor —de forma posterior a entablar sus reclamos y ya determinada la controversia por la aseguradora— reconoce voluntariamente la existencia del crédito (habitualmente a consecuencia de gestiones extrajudiciales del Asegurado).

Por otro lado, el efecto de suspensión de cobertura conlleva que los gastos legales en que incurra el Asegurado a fin de obtener judicial o extrajudicialmente el reconocimiento por parte del Deudor de la deuda no son indemnizados por el asegurador y, por tanto, son soportados íntegramente por el Asegurado.

La calificación de si un crédito impago califica de controvertido o no será determinado a partir del análisis realizado durante el procedimiento de liquidación del siniestro³⁰, e incidirá en la constitución o liberación de reservas técnicas de la compañía de seguros³¹. En este contexto, para evitar que la suspensión en el pago de la indemnización se extienda en demasía, algunas pólizas de seguro exigen que el Asegurado demande a su Deudor dentro de un determinado plazo contado desde la presentación del siniestro (con la sanción de rechazo de la cobertura si el Asegurado no demanda dentro de dicho plazo)³².

²⁸ Cláusula de Controversia incluida en demanda en VIÑA UNDURRAGA S.A/COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2020).

²⁹ MOLINA (2010) p.44.

³⁰ Regulado en el Decreto Supremo N° 1055 del año 2012.

³¹ La NCG 306 que imparte instrucciones sobre constitución de reservas técnicas en seguros distintos de los seguros previsionales dispone que, en el caso de seguros de crédito, “se deberá constituir reserva de siniestros en proceso de liquidación, por todos aquellos casos en que la compañía haya tomado conocimiento del no pago de los créditos asegurados en el plazo convenido en el título de deuda. Para tales efectos, la compañía deberá estimar de acuerdo a su experiencia las probabilidades de pago de dichos siniestros y ajustar el monto a pagar en base a esa probabilidad, la que en todo caso no podrá ser inferior a un 20% y deberá ser ajustada al 100% una vez acreditada la cobertura”.

³² Por ejemplo, Condicionados Generales POL420170231 y POL420190067, en los cuales se establece que las acciones legales o arbitrales deberán ejercerse por el Asegurado dentro del plazo de tres meses contados desde

Finalmente, existen pólizas que contemplan la facultad de la compañía de seguros de, a solicitud del Asegurado y atendiendo las circunstancias, anticipar la indemnización que pudiera proceder conforme a la póliza hasta que se reconozca la existencia y exigibilidad del crédito impago, previa constitución de una garantía suficiente por parte del Asegurado para responder del reembolso total o parcial de dicha indemnización³³. Dicho reembolso ocurrirá en el evento que se determine que el Asegurado no tenía derecho al crédito indemnizado por el asegurador.

III.3 Justificación de la cláusula.

Teniendo presente lo descrito anteriormente, una pregunta que podría surgir en torno a la Cláusula de Controversia refiere a si ésta desnaturaliza o hace inaplicable el seguro de crédito, dado que en cada oportunidad en que exista un crédito discutido por el Deudor el Asegurado no recibirá la indemnización hasta que se resuelva la controversia.

Desde la óptica general del seguro, se ha señalado que las limitaciones de cobertura (por ejemplo, a través de exclusiones) que las partes realizan durante el proceso de determinación del riesgo asegurado tienen como límite la descripción *ex ante* realizada por el legislador de modo imperativo³⁴ para un seguro en específico. Esto debido a que la descripción legal realizada por el legislador en la individualización genérica del riesgo asegurable de un determinado seguro apunta a garantizar una cobertura mínima, evitando que los aseguradores en la confección de contratos garantizados desnaturalicen el riesgo, al incorporar exclusiones que hagan inoperante la cobertura³⁵.

Siguiendo esta línea, podríamos afirmar que la definición de seguro de crédito contenida en el Art. 579 y las causales contenidas en el Art. 580, implicaría que las limitaciones o modificaciones que introduzcan las partes en la póliza no puede implicar que la cobertura: (a) se aleje de la noción de incumplimiento de una obligación de dinero; ni (b) exija requisitos adicionales o restrinja la aplicación de las causales del Art. 580.³⁶ En este sentido, se podría afirmar inicialmente que la Cláusula de Controversia incluiría requisitos adicionales para que proceda la indemnización que no están contemplados en la normativa antes citada, como es que el crédito (o la operación mercantil subyacente que da origen al mismo) no se encuentre discutido o controvertido.

Sin embargo, la doctrina nacional (Molina) ha sustentado la inclusión de la Cláusula de Controversia en las siguientes razones:

a) Accesoriedad del seguro de crédito comercial. El Seguro de Crédito Comercial cubre los créditos originados de una operación mercantil (compraventa de mercadería o prestación de servicios). Por tanto, es un contrato accesorio por cuanto no puede existir de no mediar el contrato de compraventa, la prestación de servicios u otro del cual nace el crédito asegurado³⁷, siguiendo el seguro la suerte de dicho crédito. En este contexto, si el crédito asegurado originado a partir de una operación mercantil no existe o es inválido, y se resuelve que el Asegurado no tiene derecho a exigir el pago del mismo, tampoco habrá derecho a cobrar el seguro³⁸.

que la compañía comunique al Asegurado la suspensión de la cobertura del crédito discutido, impugnado o controvertido.

³³ Por ejemplo, Art. 3.3 del Condicionado General POL420200064.

³⁴ RÍOS (2015) p. 364

³⁵ RÍOS (2015) p. 156 y 157.

³⁶ En esta línea y en lo que respecta a la discusión asociada al requisito de insolvencia comentada en la sección II.4 y la posibilidad de admitir abstractamente la construcción de un “seguro de crédito atípico” que solo cubra frente a eventos de insolvencia, Goldenberg señala que es difícil argumentar la posibilidad de ofrecer seguros que tipológicamente se alejen del ramo específico asignado por el ordenamiento. GOLDENBERG (2016) p. 30

³⁷ ACHURRA (2005) p. 195.

³⁸ MOLINA (2010) p. 45.

b) Principio Indemnizatorio. El seguro de crédito es un seguro de daños (específicamente, un seguro patrimonial) al cual le es aplicable el principio indemnizatorio. Por tanto, la indemnización jamás puede constituir una ganancia o enriquecimiento para el Asegurado. Así, si el crédito no existe o no es válido, pero la compañía de seguros igualmente lo indemniza, existiría un enriquecimiento sin causa por parte del Asegurado³⁹.

c) Seguro cubre únicamente situaciones de insolvencia. Como hemos señalado, para la mayoría de la doctrina que esgrime que el seguro de crédito cubre únicamente la insolvencia del Deudor —según se indica en la sección II.4 anterior—, si este último discute el crédito, resultaría evidente que aquel no se encuentra en estado de insolvencia⁴⁰. Al respecto, no estamos de acuerdo completamente con este argumento debido a que la situación patrimonial del Deudor y su reclamo frente al Asegurado son temas distintos (aun cuando pueden estar relacionados), ya que puede ocurrir que un Deudor se encuentre en estado de insolvencia o cesación de pagos y, aun así, tenga argumentos suficientes para controvertir o discutir el crédito (o la operación comercial subyacente que da origen al mismo).

A las justificaciones anteriores, por nuestra parte podemos añadir los siguientes argumentos que sustentarían la inclusión de la Cláusula de Controversia en los Seguros de Crédito Comercial:

(i) Para las compañías de seguro (o liquidadores externos) es difícil (y en algunos casos, inviable) poder determinar qué parte tiene razón (Asegurado o Deudor) respecto a la discusión que envuelve el crédito o la operación comercial que da origen al mismo, ya que esta puede versar sobre las más variadas materias o contratos (tales como la efectividad o no de la entrega de las mercaderías, validez o no de reclamos de calidad o condición, existencia de incumplimientos cruzados, etc.). En este sentido, y a través de la Cláusula de Controversia, las aseguradoras evitan actuar como jueces respecto a la controversia o discusión comercial en particular y únicamente se limitan indemnizar créditos impagos no controvertidos⁴¹.

(ii) Desde un punto de vista práctico, las compañías de seguros al momento de realizar el análisis de riesgo (asegurabilidad) del Deudor y otorgar el “límite de crédito”, no analizan los términos y condiciones de las compraventas o prestación de servicios que acordarán Asegurado y Deudor, y que darán origen a los créditos asegurados. Como hemos señalado, las compañías de seguro al momento de la suscripción de los riesgos se enfocan en realizar un análisis asociado a factores financiero y solvencia de los Deudores, pero no respecto a los términos contractuales acordados entre Asegurado y Deudor que darán origen a los créditos. Incluso, muchas veces los Asegurados solicitan al asegurador analizar un determinado Deudor cuando aún no ha iniciado con este último las conversaciones sobre los términos y condiciones específicos que tendrá la compraventa o prestación de servicios. Si se estimase que las aseguradoras asumen los riesgos asociados a la validez de la operación subyacente, probablemente su análisis de asegurabilidad sería destino y cobrarían una prima por un monto superior.

(iii) En línea con el punto anterior, las compañías de seguro buscan con esta cláusula cubrir créditos válidos y ciertos que le permitan ejercer —una vez subrogado en los derechos del Asegurado⁴²— acciones de cobro en contra del Deudor de forma expedita, sin someterse a discusiones

³⁹ MOLINA (2010) p. 45.

⁴⁰ MOLINA (2010) pp. 45.

⁴¹ Así, se ha argumentado que “el pretender que la Compañía de Seguros sea quien deba accionar para resolver esta controversia no solamente se opone al tenor expreso del contrato, sino que además esa interpretación supondría ponerla en una situación de potencial conflicto de interés, ya que el éxito o fracaso de dicha gestión puede resultar obligada o liberada al pago del siniestro”. *UNILEVER CHILE LIMITADA CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CREDITO COFACE CHILE S.A.* (2022) p. 32 del Recurso de Casación en la Forma y Apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago en Causa Rol 15703-2022.

⁴² Habitualmente las pólizas de seguro establecen que, incluso antes del pago de la indemnización, la aseguradora tendrá el derecho a la dirección de las gestiones de cobro del crédito en contra del Deudor (incluso

asociadas a la existencia, validez o cuantía del crédito (es decir, no existan excepciones o defensas por parte del Deudor que entablen, dejen sin efecto o retarden los intentos de cobro o recupero del crédito en contra de este último). Por tanto, con esta cláusula las aseguradoras estructuran las pólizas de Seguro de Crédito Comercial de una forma que les permita tener una acción de cobro válida y expedita en contra de los Deudores.

Conforme lo expuesto, estimamos que la Cláusula de Controversia no desnaturaliza ni haría inaplicable la cobertura bajo el Seguro de Crédito Comercial, sino que constituye una estipulación ajustada a la mecánica de este seguro en particular.

En la misma línea, y más allá de la discusión doctrinal de si la cobertura del seguro de crédito está limitada o no a la insolvencia del Deudor, lo cierto es que el Seguro de Crédito Comercial se erige bajo la lógica de que el Asegurado solo tendrá cobertura en aquellos casos en que su crédito no se encuentre discutido o impugnado por el Deudor. Por tanto, este seguro no cubre todo o cualquier impago de los créditos, sino únicamente aquellos créditos cuyo impago no esté justificado debidamente por los Deudores. Esta limitación implica en la práctica que la cobertura de este seguro queda mayoritariamente relevada a los escenarios de insolvencia o cesación de pago de los Deudores. Este punto haría inclinar la balanza, a nuestro juicio, a que el Seguro de Crédito Comercial está construido principalmente bajo una lógica de cobertura sujeta a la insolvencia (declarada judicialmente o de hecho) de los Deudores.

III.4 Naturaleza jurídica.

Otro aspecto relevante asociado a la Cláusula de Controversia refiere a si podemos categorizarlo como una exclusión o una condición de asegurabilidad, o bien si corresponde a una cláusula de naturaleza distinta.

Por una parte, las “exclusiones” no se encuentran definidas en el C.Com. Sin embargo, la doctrina las ha definido como aquellas causales o circunstancias que privan o excluyen la aplicación de la cobertura de la póliza, es decir, eximen al asegurador de indemnizar el siniestro o, a lo menos, ciertos daños ocasionados por éste⁴³.

Antiguamente ciertas pólizas de seguro de crédito preveían como efecto de la controversia la cancelación de responsabilidad (*i.e.*, exclusión de cobertura)⁴⁴. Sin embargo, estimamos que la Cláusula de Controversias –en su redacción actual bajo las pólizas comercializadas en Chile– no podría considerarse como una exclusión porque, a diferencia de esta, el Asegurado no pierde su derecho a la indemnización, sino que se suspende el pago de la indemnización hasta que el crédito sea reconocido conforme a los términos de la misma.

Por su parte, las “garantías” (o también denominadas “condiciones de asegurabilidad”⁴⁵) están definidas en la letra l) del Art. 513 C.Com. como “los requisitos destinados a circunscribir o disminuir el riesgo, estipulados en un contrato de seguro como condiciones que deben cumplirse para que haya lugar a la indemnización en caso de siniestro”. En otras palabras, son cargas contractuales estipuladas a favor del asegurador que compelen al asegurado a hacer o no hacer una determinada cosa, o cumplir con determinada exigencia, a fin de que el asegurador reconozca la cobertura exigida. En este escenario, el asegurado debe cumplir con la garantía prometida en el contrato, pues en el

las judiciales) desde el momento en que el Asegurado denuncia el siniestro (por ejemplo, Art. 19 del Condicionado General POL POL420170231).

⁴³ CONTRERAS (2020), p. 237.

⁴⁴ BASTIN (1980) p. 346. Asimismo, ACHURRA (2005) p. 201

⁴⁵ La Norma de Carácter General N° 349 de la CMF contempla como estipulaciones que pueden incluir las condiciones particulares de la póliza, los “requisitos de asegurabilidad o aseguramiento”.

evento de incumplimiento, caduca su derecho a exigir la indemnización correspondiente si se verifica el siniestro cubierto⁴⁶.

Podemos afirmar que las pólizas de Seguro de Crédito Comercial incluyen, como regla general, la condición de asegurabilidad asociada a que el cliente haya recepcionado satisfactoriamente la mercadería o los servicios y, por ende, que los créditos no se encuentren controvertidos). Sin embargo, la Cláusula de Controversia incluye un efecto distinto al rechazo de la indemnización en caso de siniestro (que es el efecto habitual en caso de incumplimiento a la condición de asegurabilidad establecida en la póliza), ya que establece que el Asegurado mantendrá en suspenso su derecho a cobrar la indemnización hasta que el crédito asegurado sea reconocido.

Asimismo, la Cláusula de Controversia implica que el seguro de crédito mantendrá su cobertura incluso tiempo después de (i) finalizado el proceso de liquidación del siniestro, e incluso (ii) luego de terminada la vigencia de la póliza. Esta extensión del efecto de la cláusula constituye una diferencia relevante respecto de las exclusiones y de las condiciones de asegurabilidad.

Conforme lo anterior, estimamos que la Cláusula de Controversia no podría circunscribirse a las categorías comunes contempladas en las pólizas (*i.e.*, exclusión o condición de asegurabilidad), sino que habría que calificarla como una cláusula especial limitativa de cobertura de la póliza ya que contempla el requisito de que el crédito no se encuentre controvertido o discutido para gozar de cobertura y que, en caso de estarlo, de mantenerse en suspenso la decisión final de cobertura y el pago de la indemnización hasta que se resuelva la misma a través del reconocimiento del crédito. El carácter de cláusula limitativa de cobertura es confirmado en la práctica, por cuanto las aseguradoras incluyen la Cláusula de Controversia en las condiciones generales de la póliza (según se indica en los ejemplos expuestos en la sección III.1 anterior)⁴⁷.

III.5 Aplicación práctica de la cláusula.

Como hemos señalado, tanto los créditos domésticos como los de exportación pueden ser objeto de controversias. Un punto común en ambos casos —y principalmente en los créditos a la exportación— refiere a que la operación mercantil que da origen al crédito generalmente se realiza sin contratos formales previos entre el Asegurado y el Deudor, existiendo únicamente órdenes de compra o comunicaciones escritas entre las partes (por ejemplo, cartas, correos electrónicos, etc.).

Considerando lo anterior, las controversias habituales que se dan en la práctica⁴⁸, las podemos agrupar en los siguientes supuestos⁴⁹:

a) Deudor no había solicitado el despacho de las mercaderías ni había aceptado previamente el precio indicado en las facturas⁵⁰;

b) Asegurado no entrega las mercaderías acordadas. Estos casos refieren a mercaderías recibidas por el Deudor que presentan un tamaño, tonalidad, etc. distinto de lo acordado previamente entre las partes;

⁴⁶ AMUNATEGUI (2015), p. 105. En la misma línea, Vásquez señala que el incumplimiento de la garantía por parte del asegurado implica que su derecho a exigir la indemnización correspondiente será cuestionado por la aseguradora (por ejemplo, excepción de contrato no cumplido). VÁSQUEZ (2019) p. 118.

⁴⁷ Conforme lo exige la Norma de Carácter General N° 314 de la CMF.

⁴⁸ En la mayoría de los casos refiere a controversias aún no judicializadas por alguna de las partes.

⁴⁹ Bastin ya reconocía que las causas de las controversias (negativa del Deudor a pagar) “son tan múltiples como diversas, yendo del retraso en la entrega de la mercadería hasta los reproches en cuanto a calidad o conformidad de las mercancías; a veces se tratará incluso de un comprador que invoque la compensación por otras mercancías ya recibidas o pagadas (...)” BASTIN (1980) p.346

⁵⁰ SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017) p.8.

c) Modalidad de compraventa alegada por el Asegurado no es reconocida por el Deudor. Este caso ocurre cuando la póliza permite al Asegurado realizar ventas en diversas modalidades (“a firme”, “en consignación”, etc.)⁵¹, pero para una venta en particular el Asegurado alega que la venta habría sido “a firme” y el Deudor alega alguna modalidad diversa, o viceversa⁵².

d) Mercaderías entregadas, pero con problemas de calidad o condición⁵³. Esto se encuentra comúnmente asociado a venta de productos expuestos a deterioro o descomposición (por ejemplo, fruta, alimentos perecibles, etc.). Incluso pueden darse porque el producto llegó con mayor temperatura o sudorosa, etc.⁵⁴ En estos casos, tendrán especial relevancia los informes de *surveyors* o inspectores independientes que contrate el Deudor (para dar sustento a su reclamo), así como la fecha en que estos se realizan y entregan al Asegurado.

e) Deudas o incumplimientos contractuales por parte del Asegurado (deudas cruzadas). En la práctica también se han dado casos en que los Deudores se niegan a realizar el pago debido a que existen, a su vez, incumplimientos o montos adeudados por el Asegurado⁵⁵. En estos casos, el Deudor recurre a estos incumplimientos del Asegurado para objetar o retardar el pago del crédito asegurado⁵⁶ (tales como gastos por publicidad adeudados por el Asegurado, contrato de distribución, etc.). Asimismo, esta situación puede darse en la exportación, cuando el Deudor condiciona el pago de embarques actuales debido a la existencia de embarques anteriores con problemas de calidad, etc.

El escenario común en virtud del cual se gatillan las controversias descritas anteriormente se da generalmente cuando las ventas son a firme⁵⁷ o con precio mínimo garantizado⁵⁸.

⁵¹ Habitualmente las condiciones particulares de las pólizas de Seguro de Crédito Comercial especifican la modalidad de venta en que el Asegurado realizará sus operaciones a crédito. En este sentido, si la póliza establecía por ejemplo que la modalidad de venta era “a firme” y el Asegurado vende “en consignación”, el crédito originado de esa operación podría carecer de cobertura.

⁵² SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017) pp.7, 8 y 12

⁵³ SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017) p.4 y 11. Asimismo, EXPORTADORA BRX LIMITADA CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2018) p. 20.

⁵⁴ Los problemas de calidad muchas veces son reconocidos por el propio Asegurado al momento de otorgar notas de crédito con aprobación del Deudor (EXPORTADORA BRX LIMITADA CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A.) p. 20.

⁵⁵ Así, se ha argumentado que “la interpretación de que la suspensión de cobertura opera solamente solo en el evento que se encuentre en discusión el importe del crédito siniestrado y no de otros créditos emanados de un contrato de compraventa, choca terminantemente con los términos del contrato, en particular con la definición de controversia que da el condicionado general, que contempla también la hipótesis de compensación con créditos que el cliente detenta contra el asegurado”. Unilever Chile Limitada con Compañía De Seguros De Credito Coface Chile S.A. p. 32 del Recurso de Casación en la Forma y Apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago en Causa Rol 15703-2022.

⁵⁶ Página 5 y ss. de la contestación de la demanda en VIÑA UNDURRAGA S.A./COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2020).

⁵⁷ Las pólizas han definido las ventas a firme como aquellas en “la cual el objeto, calidad, cantidad y precio de la mercadería no admite modificación alguna luego que, previo al embarque, el exportador ha pactado con el comprador las condiciones de la transacción por la mercadería que será adquirida por este último en el extranjero” SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017) p. 18

⁵⁸ Las pólizas han definido las ventas con precio mínimo garantizado como: “aquella en la cual un mínimo del valor de la mercadería es pactado bajo la modalidad de venta a firme. El valor definitivo de la mercadería queda sujeto al cumplimiento de las demás condiciones que se convengan entre el exportador y su importador en el exterior. Se emite la factura comercial a la fecha de embarque por el valor mínimo a firme. Una vez fijado el precio definitivo, se deberá emitir una nueva factura por él” SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017) pp. 18 y 19.

Asimismo, también puede darse en las ventas a libre consignación⁵⁹. En estos casos, las controversias se generan debido a que el Asegurado puede no estar de acuerdo con la “liquidación de venta” presentada por el Deudor señalando que en el momento de la venta el precio de mercado era mayor. En este contexto, se genera la dificultad para determinar cuál era el valor real de mercado de las mercaderías la fecha de venta de las mismas.

Finalmente, podemos señalar que la compañía de seguros tendrá argumentos relevantes para aplicar la Cláusula de Controversia para el caso en que los títulos justificativos del crédito asegurado (como facturas) sean impugnados en un procedimiento concursal y ello sea acogido por el tribunal respectivo. Así, por ejemplo, el Asegurado deberá justificar en el procedimiento de liquidación la legitimidad del crédito, sujetándose el pago de la indemnización a que la obligación asegurada figure en la nómina de créditos reconocidos según los Art. 174 y 175 de la Ley N° 20.720⁶⁰.

III.6 Labor del liquidador y la Cláusula de Controversia.

Presentado el siniestro bajo un Seguro de Crédito Comercial, la compañía de seguros (bajo una liquidación directa) o el liquidador externo⁶¹ designado por esta última (para ambos tipos de liquidación, en adelante nos referiremos al “Liquidador”) deberá realizar el análisis de cobertura del siniestro a través del procedimiento de liquidación respectivo.

En lo que respecta a la Cláusula de Controversia, el Liquidador deberá analizar los antecedentes, correos electrónicos, acuerdos previos, etc. existentes entre Asegurado y Deudor, incluyendo los eventuales reclamos o justificaciones del Deudor para no pagar el crédito y, con todo ello, determinar si existe en los hechos una real controversia entre las partes o si, por el contrario, esta es solo artificial generada a consecuencia de reclamos infundados del Deudor.

Sumado a lo anterior, el Liquidador incluso tomará contacto directo con el Deudor y le solicitará información y respaldos de sus reclamos. En este contexto, el Liquidador deberá determinar si existe un reclamo formal y sustentado, ya que la sola alegación del Deudor no debería ser suficiente. Asimismo, y en caso de ser presentados por el Deudor, el Liquidador deberá valorar los informes de *surveyors* presentados a fin de determinar si son verídicos y mínimamente completos o concluyentes.

Un aspecto relevante en la investigación corresponderá al análisis de las comunicaciones previas existentes entre las partes dentro del contexto de la venta a crédito a fin de confirmar si existían o no protocolos de reclamos previamente acordados entre las partes y si estos fueron cumplidos o no por el Deudor. Esto conforme lo describimos en la sección IV.4 siguiente.

Por su parte, la labor del Liquidador también podrá incluir un estudio de las condiciones de mercado del producto vendido a crédito, a fin de descartar que el reclamo del Deudor sea únicamente por dicho motivo (sobre todo, como hemos señalado, en los escenarios de ventas en consignación).

Lo anterior demuestra que la función del Liquidador en el Seguro de Crédito Comercial cobra vital importancia en relación a la aplicación o no de la Cláusula de Controversia respecto a un siniestro en concreto. El Liquidador si bien se involucra en el análisis de la operación mercantil discutida, ésta se realiza con el único objetivo de determinar si existen antecedentes o pruebas razonables que sustenten la alegación del Deudor a fin de constatar si existe o no una controversia real entre las partes. En esta línea y siguiendo lo dispuesto en la Cláusula de Controversia, el Liquidador evita darle

⁵⁹ Las pólizas han definido las ventas a libre consignación como: “aquella en la cual el valor de la mercadería tiene un carácter meramente referencial ya que ésta se envía a un agente o consignatario en el exterior para que proceda a su recepción y venta conforme a las instrucciones impartidas por el consignante o a lo convenido entre ambos. El precio definitivo de la mercadería dependerá de los precios corrientes del mercado internacional al momento de su comercialización. la factura comercial es emitida a la fecha de recepción de la liquidación del consignatario en el exterior” SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017) p.18.

⁶⁰ MOLINA (2015), p.704.

⁶¹ Refiere al liquidador registrado en la CMF. Art. 61 y ss. del DFL 251.

la razón a una u otra parte, relegando dicha materia a la competencia de los tribunales de justicia respectivos.

IV. JURISPRUDENCIA Y LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE CONTROVERSIA.

IV.1 Situaciones límites.

Sumado a los casos expuestos en la sección III.5 anterior, pueden ocurrir situaciones en que el reclamo del Deudor carezca de cierta credibilidad. Como hemos anticipado, no existe abundante jurisprudencia respecto a estos casos, pero de la experiencia práctica podemos señalar a modo de ejemplo los siguientes casos:

a) Reclamos del Deudor realizados de forma tardía. Estos casos se vinculan a aquellos reclamos deducidos por los Deudores semanas o meses después de recepcionada la mercadería o servicios a crédito.

b) Reclamos del Deudor basados en informes de calidad o condición preparados por el propio Deudor. El Deudor presenta al asegurado un informe de calidad preparado por sus propias áreas de control de calidad y no un informe preparado por un tercero independiente (*surveyors*)⁶². Este tipo de informes generan habitualmente disconformidad en los Asegurados debido a la eventual falta de imparcialidad que gozan los mismos.

c) Problemas a consecuencia de atraso o negligencia en los procedimientos de recepción, re-empaque o maniobras de venta del Deudor y ello genera problemas de calidad o condición en la mercadería. Estos reclamos de calidad muchas veces son cuestionados por el Asegurado debido a que todo o parte de la mercadería sufre problemas de calidad o condición a consecuencia de una negligencia en la recepción y revisión de la misma por parte del Deudor.

Asimismo, pueden citarse situaciones en que el impago se genera por una situación de fraude o suplantación de identidad del Asegurado. Una de las escasas jurisprudencias relacionada a este tema refiere a un Deudor que alegó al Asegurado que pagó la deuda pero que, por intervención de terceros (fraude por desvío de los fondos), el pago no llegó a la cuenta del Asegurado. La compañía de seguros argumentó la aplicación de la Cláusula de Controversia por existir un desacuerdo entre el Asegurado y su Deudor respecto al pago del crédito. El tribunal arbitral de primera instancia acogió la demanda del Asegurado que solicitaba el pago de la indemnización y la no aplicación de la Cláusula de Controversia, señalando que lo controvertido entre las partes no era el crédito, sino que el pago realizado por el Deudor. En este contexto, el tribunal señaló que la compañía de seguros no podía eximirse de indemnizar debido a que la causa imputable del no pago fue la intervención de terceros, no imputable al Asegurado. Asimismo, también señaló que aplicación de la máxima buena fe y por configurarse la “mora prolongada” del Deudor bajo la póliza, la compañía debía indemnizar⁶³. Deducido los recursos respectivos por la compañía de seguros, la Corte Suprema confirmó en última instancia el fallo arbitral, indicando esta última:

“(…) con ocasión de la venta de una partida de jugo concentrado, la demandante emitió una factura a su cliente extranjero Oyama Co. Ltda. quien remitió electrónicamente los fondos a la actora sin que ésta los haya recibido, pues terceros desconocidos los desviaron hacia cuentas corrientes de otras personas, deduciendo la acreedora una querrela por el delito de estafa que el tribunal calificó como espionaje informático. También es pacífica la circunstancia de haber celebrado las partes con fecha 1 de abril de 2008 un contrato de seguro de crédito de exportación, en el que los contratantes

⁶² EXPORTADORA BRIX LIMITADA CON SOLUCION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2018) p. 4.

⁶³ BAYAS DEL SUR S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2016).

convinieron que el no pago del crédito a la asegurada por parte de su cliente dentro del plazo de 6 meses constituía insolvencia presunta del deudor, obligándose la aseguradora a indemnizar al asegurado las pérdidas netas definitivas que pueda sufrir como consecuencia de la insolvencia declarada o presunta. Sobre la base del antedicho presupuesto fáctico los jueces coligen que la aseguradora se encuentra obligada a indemnizar a la demandante (...)⁶⁴

IV.2 Jurisprudencia relacionada a la Cláusula de Controversia.

Como hemos anticipado, es escasa la jurisprudencia nacional que se ha referido a la aplicación de la Cláusula de Controversia.

En algunos casos, los jueces han denegado la aplicación de esta cláusula en razón de que las aseguradoras no acreditaron en los hechos la existencia de los reclamos de los Deudores, su fecha y respaldo⁶⁵.

Por su parte, algunos jueces han descartado la existencia de una controversia en aquellos casos en que el Deudor en primera instancia reconoció el crédito —por cuanto le propuso al Asegurado un plan de pago—, pero luego ha intentado justificar su no pago en razón de incumplimientos previos del Asegurado:

“(…) SEXTO: Que, dicho lo anterior, se tienen por hechos acreditados y no discutidos en autos los siguientes: (...) e) Que a mediados de diciembre de 2014, entre Laboratorio Ballerina Ltda. y su cliente DISTAL SAC, acordaron la reprogramación del pago de la deuda vencida. A su turno, en el mes de marzo de 2015, fue nuevamente reprogramado o prorrogado el pago de la deuda de Distal SAC, prorrogas y cronograma de pago que fue informado a la Compañía de Seguros (...).

(...) NOVENO: (...) Por lo mismo, y acotado el raciocinio del contrato de marras, la controversia que menciona la cláusula 12 de las condiciones generales [Cláusula de Controversia], necesariamente debe decir razón con las discrepancias que nazcan entre el asegurado - Ballerina - y el deudor - Distal SAC - en relación con dicho crédito o el cumplimiento de la obligación de pago de una suma de dinero por parte del deudor, ya sea por el monto, la naturaleza, u oportunidad de la deuda que se reproche.

Que, con todo, y desprendiéndose de la prueba rendida en autos, como también, de lo reconocido por las propias partes del litigio, la razón que aduce el deudor Distal SAC para controvertir el derecho que invoca Ballerina sobre la deuda pendiente por facturas emitidas a la primera, dice relación con que Ballerina habría incumplido un contrato de distribución exclusiva, debido a que los mismos territorios en los que Distal tendría distribución exclusiva, según el Contrato, existen otras empresas que venden los mismos productos asegurados.

Que, sin embargo lo anterior, revisado el contrato que liga a las partes, Ballerina con Distal SAC, del título se refrenda que se trata de un Contrato de Distribución “No Exclusivo” y de la sola lectura de sus cláusulas, forman convicción en este Juez Árbitro, que no existe tal canal de distribución exclusivo que alega distal como fundamento para el incumplimiento en el pago de las facturas adeudadas a Ballerina. Además, es menester destacar, que si fuera necesario este reproche, no habría propuesto el condiciones para pagar la deuda pendiente, logrando prórrogas en su forma y fecha de pago, y no solo una vez, sino dos veces, mismos acuerdos de reprogramación de pago de la

⁶⁴ BAYAS DEL SUR S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2017). Este fallo da cuenta que, uno de los argumentos de la compañía de seguros en el recurso de casación en el fondo fue: “(...) En cuanto a la cláusula 12 [Cláusula de Controversia], manifiesta que los jueces no advierten que esa estipulación se dirige a garantizar la posterior subrogación y ejercicio de los derechos de cobro por parte de la aseguradora, desconociendo que si bien la demandante acusó una insolvencia de su cliente Oyama Co. Ltda. para efectos de reclamar el seguro contratado, esa sociedad justificó la falta de pago en razón de una responsabilidad de la asegurada respecto de las transferencias irregulares y no en su estado de insolvencia (...)”.

⁶⁵ SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017) p.23. Asimismo, EXPORTADORA BRIX LIMITADA CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2018) pp. 21 y 22 (sin perjuicio de que la demanda fue denegada por reclamo fuera de plazo).

deuda que nunca fue reclamado, ni reprochado, y del cual, la Compañía de Seguros tenía perfecto conocimiento, sin formular reproche o reclamo alguno en estos requerimientos; por lo mismo desconocer estos hechos resulta alejado de los principios que reglan y amparan este tipo de contratos, como el de Consensualidad, Bilateralidad, Accesoriedad y de Máxima Buena Fe.

Que, además, se desprende de la propia Aseguradora, que hasta esta fecha, es decir, más de tres años y medio desde que se produjo el quiebre entre Ballerina y Distal por el incumplimiento en el pago de las facturas adeudadas, que no ha iniciado acción alguna destinada a controvertir o debatir acerca el incumplimiento de las facturas emitidas por Ballerina, como tampoco, la empresa relacionada, respecto de la cual se persigue el cobro de la letra de cambio, ante el 12° Juzgado de Comercio de Lima, ha hecho reproche alguno acerca de la naturaleza de la obligación que la liga, menos aún reclamar que no se cumplió con una obligación de distribución exclusiva por parte de Ballerina, lo que no hace más que confirmar lo ya dicho, en cuanto a que no existe una controversia real respecto de la obligación de pago de las facturas, y que ha sido una maniobra dilatoria por parte del deudor Distal (...)” [lo subrayado es nuestro]⁶⁶.

Finalmente, la práctica también ha dado cuenta que algunos Deudores, por problemas de caja o liquidez, recurren a incumplimientos pequeños o menores de Asegurados para negar o suspender indefinidamente el pago de los créditos, sin que la magnitud del problema lo justifique. En este contexto, los Deudores a veces argumentan problemas de calidad o condición en ciertos contenedores o cajas para no realizar el pago de toda la venta a crédito (a fin de mejorar su posición negociadora). Al respecto, no hemos encontrado jurisprudencia nacional en que Asegurados hayan demandado a las compañías de seguro el pago de la indemnización de la parte no reclamada por el deudor.

IV.3 Cláusula de controversia y presunción de recepción conforme del Deudor.

Otro aspecto que merece de análisis refiere a si la aplicación de la Cláusula de Controversia puede ser suprimida o limitada a consecuencia de la presunción de recepción conforme de la factura (título donde consta el crédito) reconocidas en la ley.

Esta presunción refiere a la regla sobre aceptación irrevocable de la factura contenida en el artículo 3 de la Ley N° 19.983 que Regula la Transferencia y Otorga Merito Ejecutivo a Copia de la Factura, la cual señala:

“Artículo 3°.- Para los efectos de esta ley, se tendrá por irrevocablemente aceptada la factura si no se reclamara en contra de su contenido o de la falta total o parcial de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, mediante alguno de los siguientes procedimientos: (...)

2. Reclamando en contra de su contenido o de la falta total o parcial de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, dentro de los ocho días corridos siguientes a su recepción. En este caso, el reclamo deberá ser puesto en conocimiento del emisor de la factura por carta certificada, o por cualquier otro modo fehaciente, conjuntamente con la devolución de la factura y la guía o guías de despacho, o bien junto con la solicitud de emisión de la nota de crédito correspondiente. El reclamo se entenderá practicado en la fecha de envío de la comunicación (...).”

Al respecto, podemos señalar que, en la práctica, los Liquidadores han aplicado igualmente la Cláusula de Controversia aun cuando se pudo haber configurado una presunción de recepción conforme de la factura, argumentando que la aceptación irrevocable de la factura no agota las instancias posteriores del Deudor de poder realizar un reclamo válido en contra del Asegurado (como podría suceder por existencia de deudas cruzadas, etc.). Esta posición se sustentaría en el criterio aplicado por cierta jurisprudencia que refiere a que no existiría impedimento para el Deudor en poder

⁶⁶ LABORATORIO BALLERINA LTDA. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2019).

reclamar contra el contenido de la factura incluso ya habiendo sido dicha factura “irrevocablemente” aceptada^{67 68}.

Similar conclusión aplicaría en los seguros de crédito a la exportación, donde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías establece que el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no ha examinado oportunamente las mercaderías que recibe, y que solo podrá invocar una falta de conformidad dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya visto tales deficiencias y que, en todo caso, perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual⁶⁹. En este contexto, serán relevante los plazos para formular los reclamos, los protocolos de inspección, etc. que Asegurado y su Deudor regulen en sus contratos o acuerdos previos.

De lo expuesto, puede concluirse que las controversias pueden originarse independiente de que el título que da cuenta del crédito asegurado (factura, etc.) haya sido aceptado o no por el Deudor o si este tiene valor de título ejecutivo, ya que el Deudor podría oponerse al crédito en diversas instancias posteriores. En virtud de ello, y sumado a la redacción amplia que tienen las pólizas de Seguro de Crédito Comercial respecto a un escenario de controversia, es que los Liquidadores habitualmente desestiman estas presunciones e igualmente aplican la Cláusula de Controversia.

⁶⁷ En BANCO DE CHILE CON TECNASIC S.A. (2019) se señaló: “(...) Que de lo expuesto, se desprende que nuestro ordenamiento permite objetar en diferentes ocasiones y con diversos alcances lo referido a una factura. La primera, a su presentación o dentro de los ocho días siguientes o en el plazo fijado por las partes, el cual no podrá exceder de treinta días. En el evento que no se efectúe observación alguna se tendrá por irrevocablemente aceptada. En caso contrario, esto es, objetada que sea, no tendrá mérito de representar un crédito en contra del obligado. La segunda oportunidad prevista para objetar la factura, se produce al pretender dotarla de mérito ejecutivo en que, acotando las alegaciones que puedan deducirse, el deudor desconoce su contenido, y de ser acreditado el hecho que sustenta su objeción, se priva la posibilidad de que el instrumento alcance el carácter de título ejecutivo. En cambio, de no deducirse el incidente respectivo o si éste es desestimado, el acreedor podrá iniciar la ejecución apoyándose en la factura como título, en que se podrán interponer las excepciones que ese procedimiento contempla. Pero, todavía, aquella factura respecto de la cual el tribunal haya acogido la incidencia de oposición o que no haya sido sometida al procedimiento especial de la gestión preparatoria, podrá ser cobrada por la vía ordinaria correspondiente, justificando el crédito por los medios de pruebas legales. De este modo, entonces, se concluye que aquél que aparezca como deudor de una factura, cuenta con distintas alternativas para oponerse o reclamar de ella y, ninguna de éstas cierra el paso a las demás, aun cuando habrá de ejercitarse llegado el momento oportuno, según el procedimiento que se haya incoado en su contra (...)” [Lo subrayado es nuestro].

⁶⁸ El Tribunal Constitucional, conociendo de un recurso de inaplicabilidad del artículo 4 de la Ley 19.983, hizo mención expresa a que el procedimiento de aceptación de la factura no establece “*un derecho de audiencia completo, donde el deudor o beneficiario del servicio tenga la pertinente oportunidad para repudiar la factura*”. REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR MÁQUINAS Y HERRAMIENTAS BLACK & DECKER DE CHILE S.A. RESPECTO DEL "ARTÍCULO 4°, INCISO FINAL DE LA LEY 19.983 QUE REGULA LA TRANSFERENCIA Y OTORGA MERITO EJECUTIVO A COPIA DE LA FACTURA, EN LA PARTE QUE SANCIONA LA NO ENTREGA DEL RECIBO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 5 LETRA C) DE LA MISMA LEY CON UNA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL DENUNCIANTE POR EL MONTO EQUIVALENTE A DOS Y HASTA CINCO VECES EL VALOR DE LA O LAS FACTURAS OBJETO DE LA INFRACCIÓN", EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE APELACIÓN, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL N° TRABAJO-MENORES-P.LOCAL-1512-2017. (2019).

⁶⁹ Art. 39 del Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, publicado en Chile con fecha 3 de octubre de 1990. Citado en PAILLAS (2006) p. 44.

IV.4 Protocolos previos acordados entre Asegurado y su Deudor.

Como hemos anticipado, las controversias suelen generarse en razón de que muchas veces los Asegurados no tienen acordado con sus Deudores los pasos a seguir en caso de surgir problemas con la recepción, calidad o condición de la mercadería.

En caso de existir acuerdos previos entre el Asegurado y su Deudor en lo que respecta a la oportunidad y forma de realizar los reclamos a la mercadería o el crédito (tal como un protocolo de reclamos), éstos serán relevantes para analizar si, en un siniestro en concreto, el Deudor se ajustó o no a dicho protocolo para realizar su reclamo. Así, por ejemplo, si las partes habían acordado que los reclamos se iban a realizar dentro de un determinado plazo de recepción de la mercadería o bien de una determinada forma (como por escrito, con informes de *surveyors*, etc.) y el Deudor no cumplió con dicho protocolo, el Liquidador podría tener mayores elementos para interpretar o concluir que el reclamo del Deudor es infundado o extemporáneo y que, por ende, no debiese aplicarse la Cláusula de Controversia.

Por tanto, la existencia de protocolos previamente acordados entre las partes limitará en los hechos la aplicación de la Cláusula de Controversia para aquellos casos en que el Deudor realizó su reclamo fuera o en incumplimiento de dichos protocolos.

IV.5 Limitaciones en las pólizas.

Más allá de los acuerdos previos que puedan adoptar Asegurado y Deudor en relación a los protocolos de reclamos, existen compañías de seguro que han incluido en sus condiciones particulares cláusulas limitativas de la aplicación de la Cláusula de Controversia.

Así, por ejemplo, existen cláusulas particulares que establecen una presunción de recepción conforme de la mercadería por parte del Deudor, en caso de que este último no haya realizado un reclamo respecto al objeto, calidad o cantidad de la misma dentro de un determinado plazo (que puede ser de 30 días), y siempre que la mercadería haya sido inspeccionada bajo ciertos requisitos (como por escrito, por un tercero independiente, etc.)⁷⁰. En estos casos, los reclamos del Deudor que no cumpla con estos parámetros no constituirá controversia o discusión comercial para los efectos de la aplicación de la Cláusula de Controversia.

Este tipo de cláusulas particulares y su aplicación también ha sido objeto de litigios. Al respecto, podemos citar un fallo en el que el tribunal teniendo en consideración una cláusula particular de presunción de recepción conforme de la mercadería por el Deudor, denegó la aplicación de la Cláusula de Controversia por no haberse acreditado por la compañía de seguros la oportunidad (fecha) en que el Deudor habría efectuado los reclamos (esto, sin perjuicio de que el tribunal igualmente rechazó el siniestro por aviso extemporáneo del siniestro)⁷¹.

⁷⁰ Por ejemplo, SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017) p.18, se discutió una cláusula conforme la siguiente redacción: “(...) Recepción de Mercadería, del título Cobertura de Ventas A Firme, Para todos los efectos se entenderá que las mercaderías se encuentran satisfactoriamente recepcionadas, si luego de transcurridos 30 días contados desde la recepción por el deudor o importador, no ha sido formulado reclamo alguno respecto al objeto, calidad o cantidad de la misma, siempre que ésta haya sido inspeccionada en un plazo máximo de 10 días desde recibidas por el deudor o importador y que dicha inspección conste por escrito y haya sido emitida por una entidad habilitada para tal efecto, en el país de recepción de las mercaderías (...)”. Asimismo, EXPORTADORA BRIX LIMITADA CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2018) p.7

⁷¹ EXPORTADORA BRIX LIMITADA CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2018): “(...) Octavo: Que, a fin de resolver la controversia que nos ocupa, resulta indispensable determinar en primer término, si se verificó algún reclamo respecto al estado de las mercaderías, y la oportunidad en que éste se realizó (...). Noveno: Que, el contrato antes referido, se ejecutó dando lugar a diez embarques de fruta, los cuales llegaron a destino en distintas fechas. Es, a partir de las distintas fechas de arribo de destino, que nace para el comprador el derecho de reclamar respecto del estado, calidad u objeto de las mercaderías. (...). Décimo: Dicho lo anterior, se

V. CONCLUSIONES.

La Cláusula de Controversia contenida en la generalidad de las pólizas de Seguro de Crédito Comercial es una materia de frecuentes roces entre las compañías de seguro y el Asegurado. Dada la escasa literatura y jurisprudencia sobre esta cláusula, su contenido y aplicación está determinada principalmente por la práctica que le ha dado el mercado asegurador, y que se identifica con el efecto de suspensión del pago de la indemnización por parte de la compañía de seguro cuando el crédito asegurado se encuentre controvertido por el Deudor (manteniéndose dicho efecto hasta que el crédito sea reconocido en cuanto a su existencia y exigibilidad por un tribunal competente).

Más allá de la discusión de que si la cobertura del seguro de crédito está limitada o no a la insolvencia definitiva del Deudor, lo cierto es que las pólizas de Seguro de Crédito Comercial se erigen bajo el concepto de que el Asegurado solo tendrá cobertura en aquellos casos en que no exista un reclamo fundado del Deudor que dé cuenta de una controversia entre las partes (*i.e.*, no cubriría el mero impago del crédito). En este sentido, la Cláusula de Controversia no desnaturalizaría ni haría inaplicable la cobertura bajo el seguro de crédito y constituiría un antecedente que inclinaría la balanza a que el Seguro de Crédito Comercial indemnizaría a los Asegurados en caso de insolvencia de los deudores (sea real o presunta) y, por tanto, no cubriría cualquier impago del crédito.

Por su parte, podríamos catalogar a la Cláusula de Controversia como una cláusula especial, que no puede asimilarse completamente a una exclusión o condición de asegurabilidad, la cual está sustentada, principalmente, en (a) el principio indemnizatorio, a fin de evitar indemnizar al Asegurado créditos respecto de los cuales no ha sufrido pérdida o no tiene derecho a exigir su pago; (b) que la indemnización de créditos discutidos perjudicaría las acciones de recupero de la compañía de seguros; y (c) que las compañías de seguro en su análisis de riesgo no realizan una revisión de los términos contractuales de la operación mercantil particular que dio origen al crédito.

Finalmente, y atendido los términos y condiciones de los contratos mercantiles que sustentan los créditos y de las propias pólizas de Seguro de Crédito Comercial, cabe señalar que los escenarios de aplicación de la Cláusula de Controversia serán múltiples. En este escenario, el Liquidador jugará un rol clave en determinar si existe una controversia real que justifique suspender el pago de la indemnización bajo el seguro.

Bibliografía

ACHURRA LARRAÍN, Juan (2005): *Derecho de Seguros. Tomo II Trabajos sobre seguros de daños* (Santiago, Editorial Universidad de los Andes).

AMUNÁTEGUI ECHEVERRÍA, Andrés (2015): *Artículo 513 L*, RÍOS, Roberto, (Director): *El contrato de seguros comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Thomson Reuters La Ley, Santiago).

desprende que efectivamente las mercaderías venían con algún tipo de problema. De no ser así, no se concibe que el actor, por un acto de mera liberalidad hubiese efectuado un descuento por la suma de 67.120 dólares. Ahora bien, en cuanto a la fecha en que se verificó el reclamo, no fue acreditado por quien tenía la carga de hacerlo que era la compañía aseguradora. De hecho, ni de la testimonial, ni del informe del liquidador, se desprende la fecha exacta del reclamo, de manera que el Tribunal pueda efectuar el computo de los plazos destinados a determinar, si se verificó o no dentro de plazo. Dicho esto, se concluye que la compañía aseguradora, no acreditó que el siniestro fue causado por un hecho que no lo constituye responsable de sus consecuencias, como era su carga, conforme lo dispuesto en el artículo 531 del Código de Comercio, y en consecuencia deberá asumir cubrir el siniestro asegurado (...)"

ARELLANO ITURRIAGA, Sergio (2013): *La Ley del Seguro* (Santiago, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters).

ARTIGAS CELIS, Francisco (2019): *Riesgos y seguros de caución para grandes proyectos* (Bogotá, Revista Ibero-Latinoamericana. Seguros, Vol. N° 28).

BASTIN, Jean (1993): *El seguro de crédito, en el mundo contemporáneo* (España, Editorial Mapfre, S.A.).

BASTIN, Jean (1993): *El seguro de crédito: protección contra el incumplimiento de pago* (España, Editorial Mapfre, S.A.)

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2020): *Derecho de Seguros* (Santiago, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 4° Edición).

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2016): *El riesgo en el seguro de crédito conforme a la legislación chilena* (Barranquilla, Revista de Derecho, Universidad del Norte, N° 46).

MOLINA ZALDÍVAR, Carlos (2010). *El seguro de crédito en Chile*. (Madrid, Editorial Fundación Mapfre).

MOLINA ZALDÍVAR, Carlos (2015): *Artículo 579*, en: RÍOS, Roberto, (Director): *El Contrato de Seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Editorial Editorial Legal Publishing).

PAILLAS PEÑA, Enrique (2006): *La compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1° Edición).

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS: *Dictámenes Mercado de Seguros 1928 – 1999* (Santiago)

TIRADO SUÁREZ, Francisco (1979): “El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español”, en: BASTIN, Jean (1980): *El seguro de crédito, en el mundo contemporáneo* (España, Editorial Mapfre, S.A.)

RÍOS OSSA, Roberto (2015): *Artículo 513 t*, en: RÍOS, Roberto, (Director): *El contrato de seguros comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Thomson Reuters La Ley, Santiago).

RÍOS OSSA, Roberto (2015): *Artículo 530*, en: RÍOS, Roberto, (Director): *El contrato de seguros comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Thomson Reuters La Ley, Santiago).

VÁSQUEZ, María Fernanda (2019): *Contrato de Seguro* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).

DOCUMENTOS

Comisión para el Mercado Financiero – Depósito de Pólizas, en https://www.cmfbchile.cl/institucional/mercados/deposito_polizas.php?mercado=S

Jurisprudencia Citada

C. N. DEL C. DE CHILE (XXX) CON COMPAÑÍA DE SEGUROS G. S.A. Y OTROS (1995): Sentencia dictada por Juez Árbitro Sr. Claudio Illanes Ríos, Causa Rol 7-94, de fecha 4 de enero de 1995.

BAYAS DEL SUR S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2016): Juez Árbitro Sr. Enrique Ortuzar Santa María, sin datos de rol, sentencia de fecha 21 de junio de 2016.

SOCIEDAD COMERCIAL EL HUINGAN LTDA. CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2017): 9° Juzgado Civil de Santiago, Causa Rol C-19261-2014, Sentencia de fecha 13 de marzo de 2017.

BAYAS DEL SUR S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2017): Corte Suprema, Causa Rol 2.934-2017, sentencia de fecha 20 de junio de 2017.

EXPORTADORA BRIX LIMITADA CON SOLUNION CHILE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. (2018): 12° Juzgado Civil de Santiago, Causa Rol C-6236-2016, sentencia de fecha 29 de marzo de 2018.

BANCO DE CHILE CON TECNASIC S.A. (2019): Corte Suprema, Causa Rol 35.146-2017, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2019.

LABORATORIO BALLERINA LTDA. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2019) Juez Árbitro Sr. Oscar Oyarzún Gormaz, sin datos de rol, sentencia de fecha 25 de enero de 2019.

VIÑA UNDURRAGA S.A CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2020): 2° Juzgado Civil de Santiago, Causa Rol C-19184-2020, sin sentencia a la fecha de publicación del artículo.

LABORATORIO BALLERINA LTDA. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 3925-2019, sentencia de fecha 15 de febrero de 2022.

UNILEVER CHILE LIMITADA CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CREDITO COFACE CHILE S.A. (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 15703-2022, sin sentencia.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR MÁQUINAS Y HERRAMIENTAS BLACK & DECKER DE CHILE S.A. RESPECTO DEL "ARTÍCULO 4°, INCISO FINAL DE LA LEY 19.983 QUE REGULA LA TRANSFERENCIA Y OTORGA MERITO EJECUTIVO A COPIA DE LA FACTURA, EN LA PARTE QUE SANCIONA LA NO ENTREGA DEL RECIBO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 5 LETRA C) DE LA MISMA LEY CON UNA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL DENUNCIANTE POR EL MONTO EQUIVALENTE A DOS Y HASTA CINCO VECES EL VALOR DE LA O LAS FACTURAS OBJETO DE LA INFRACCIÓN", EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE APELACIÓN, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL N°

TRABAJO-MENORES-P.LOCAL-1512-2017. (2019). Tribunal Constitucional, Rol 4123, de fecha 27 de junio de 2019.

EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO EN LAS DECISIONES DEL FCA TEST CASE ON BUSINESS INTERRUPTION INSURANCE

THE INDEMNITY PRINCIPLE ON THE RULINGS OF THE FCA TEST CASE ON BUSINESS INTERRUPTION INSURANCE

Pedro Cunill D*.

RESUMEN: Este trabajo busca exponer y comentar los fallos expedidos por la *English and Wales High Court* y la *United Kingdom Supreme Court* en el popular *FCA Test Case on Business Interruption Insurance*. Específicamente, analizará los razonamientos propuestos por estos tribunales respecto a la determinación del riesgo asegurado, la configuración del siniestro, la construcción del contrafactual y la aplicación de las cláusulas de ajuste en las pólizas con cobertura de perjuicios por paralización con cláusulas de extensión de cobertura *non-damage*. Todo lo anterior, con el objetivo de dilucidar si los pronunciamientos infringen o pugnan con el principio indemnizatorio.

Palabras clave: COVID-19, cláusulas de ajuste de pérdida, principio indemnizatorio, contrafactual, seguro de perjuicios por paralización.

ABSTRACT: This article seeks to lay out and comment the rulings handed down by the English and Wales High Court and the United Kingdom Supreme Court in the popular FCA Test Case on Business Interruption Insurance. Specifically, it will analyze the reasoning proposed by these courts in relation to the determination and configuration of the insured peril, the counterfactual and the application of the trends clauses in business interruption policies with non-damage extensions. All the above mentioned with the purpose of determining if the rulings infringe or struggle with the indemnity principle.

Keywords: COVID-19, trends clauses, indemnity principle, counterfactual, business interruption insurance.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia de COVID-19 removió prácticamente todas las ramas del ordenamiento jurídico. El derecho de seguros no fue la excepción. Como bien señaló el profesor Robert Merkin en las XI Jornadas Nacionales de Derecho de Seguros, organizadas por la sección chilena de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA Chile), si hubo un tema que generó amplia discusión y controversias durante la pandemia, este fue el de la cobertura de los perjuicios sufridos por un sinnúmero de empresas que vieron suspendida su operación económica a consecuencia de actos de autoridad. Tanto así que, en Inglaterra, la entidad reguladora del mercado de seguros, a saber, la *Financial Conduct Authority* (en adelante “FCA”) decidió promover, por primera vez desde su incorporación al ordenamiento jurídico británico en 2015, el esquema procesal ficticio previsto para

* Abogado de la Universidad de Chile; Ayudante de los Departamentos de Derecho Comercial y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección postal: Avenida Isidora Goyenechea 3477, Piso 23, Las Condes. Correo electrónico: pcunill@gutierrezabogados.cl.

resolver cuestiones de derecho urgentes y relevantes. Lo anterior dio lugar al *Test Case on Business Interruption Insurance*¹ (en más “Test Case”).

Este comentario busca exponer y analizar el razonamiento de la Corte Superior de Inglaterra y Gales (en lo sucesivo “EWHC”) y la Corte Suprema del Reino Unido (en adelante “UKSC”) en torno a ciertos aspectos relevantes de las coberturas de perjuicios por paralización, al momento de fallar el Test Case. En específico, comentaré la forma en que se concibieron el siniestro y el riesgo, la construcción del contrafactual y la aplicación de las cláusulas de ajuste de pérdida. Todas estas temáticas son especialmente problemáticas en casos de siniestros que producen daños en una gran extensión territorial, como por ejemplo una pandemia, un huracán o un terremoto². Esto añade un grado de importancia al asunto, desde que Chile es uno de los países con mayor riesgo sísmico del mundo y el terremoto es el siniestro a gran escala por antonomasia.

Más precisamente, mediante el análisis de las materias referidas intentaré determinar si las decisiones del Test Case infringen o pugnan con el principio indemnizatorio. La duda sobre el respeto a esta máxima se genera luego de notar que en ambas sentencias se opta por un concepto amplio de siniestro compuesto, decisión que importa extraer de la construcción del escenario contrafactual – operación inferencial propia de todo seguro de lucro cesante en la que se determina qué habría ocurrido sin el siniestro para efectos de establecer un punto de comparación que permita cuantificar la pérdida – no solo la ocurrencia de lo que uno consideraría el siniestro propiamente tal – la interrupción del negocio – sino que también todas las otras consecuencias correlacionadas con la causa subyacente del siniestro. Considero que esa aproximación al riesgo, al siniestro y al contrafactual genera una sospecha, porque parece ser una extensión o ampliación del riesgo disimulada tras razones interpretativas y pues restringe el efecto de las cláusulas de ajuste, estipulaciones que por definición están llamadas a velar por el mentado principio.

Las decisiones judiciales que comentaré son de las más importantes que el Reino Unido ha podido presenciar en materia de seguros en lo que va del siglo XXI. Como si fuera poco, al fallar, la UKSC declaró que la sentencia guía en estas materias, dictada en el icónico caso *Orient-Express Hotels Limited v. Assicurazioni Generali SpA* (a continuación “*Orient Express*”) estaba errada. Lo anterior causó gran revuelo, puesto que entre los jueces de la UKSC que fallaron el Test Case se encuentran los *Lords* Leggatt y Hamblen, quienes fungieron como árbitro y juez de alzada, respectivamente, en la decisión original.

Si bien el Test Case ha estado en el centro del debate, por lo que cabe presumirlo conocido por todo lector de la presente revista, conviene un par de referencias preliminares a su estructura y funcionamiento. Resumidamente, se trata de un caso artificial diseñado para que un sujeto promueva un juicio en representación de los intereses de un colectivo con el fin de que los tribunales puedan pronunciarse sobre materias de derecho de importancia general que requieren una clarificación inmediata³. La FCA promovió este esquema procesal en representación de los asegurados posiblemente afectados por los problemas interpretativos relacionados con las coberturas de perjuicios por paralización durante la pandemia⁴.

El proceso se configuró a partir de los siguientes elementos: una matriz fáctica inamovible acordada por las partes; un set de 21 pólizas tipo con coberturas de perjuicios por paralización; la FCA por una parte y 8 compañías aseguradoras por la otra. Durante el caso, los distintos intervinientes

¹ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) y THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021).

² GLYNN y ROGERS (2021) p.188.

³ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021).

⁴ Es razonable pensar que las razones políticas detrás de la decisión de promover este esquema procesal fueron determinantes. Había que zanjar el asunto para hacer frente las expectativas de la enorme masa de asegurados que clamaban por cobertura, en su mayoría Pequeñas y Medianas Empresas.

reiteraron que, si bien solamente se consideraron 21 pólizas tipo, los resultados del caso podrían afectar aproximadamente a 700 pólizas emitidas por 60 aseguradoras para 370,000 asegurados ⁵⁶.

Las materias de derecho discutidas en el Test Case fueron varias, siendo las más destacables las siguientes: principios interpretativos del contrato de seguro, causalidad, configuración del siniestro, activación de cobertura y cláusulas de ajuste de pérdida. En general, sobre todas las anteriores se falló a favor de los asegurados, con muy sutiles diferencias argumentativas entre la EWHC y la UKSC.

Como dije, expondré y comentaré el razonamiento desplegado en torno a la determinación del siniestro y del riesgo, la construcción del contrafactual y la aplicación de las cláusulas de ajuste de pérdida en las coberturas de perjuicios por paralización ocasionados por órdenes de autoridad que determinaron el cierre de los establecimientos comerciales asegurados para hacer frente a la pandemia⁷. Para conseguirlo, además de esta introducción, el presente comentario se estructura en 3 capítulos. El primer capítulo siguiente está dedicado a definir el marco conceptual relevante para los efectos del comentario. Ahí me referiré, entre otros temas, a la indemnización como principio esencial del derecho de seguros, a las coberturas de perjuicios por paralización y a las cláusulas de ajuste de pérdida. El segundo capítulo se refiere al estado de la cuestión previo al Test Case y expone sucintamente los razonamientos y decisiones de los tribunales ingleses. Luego, el tercer capítulo contiene las observaciones y comentarios que pueden levantarse respecto del razonamiento y fallo de los tribunales ingleses, en especial teniendo a la vista el principio indemnizatorio y otras instituciones clave del derecho de seguros. Por último, se contempla un capítulo final para apuntar las conclusiones más relevantes del análisis.

II. MARCO CONCEPTUAL

1.- EL PRINCIPIO DE INDEMNIZACIÓN⁸

Primero, corresponde tratar una de las máximas que atraviesan el derecho de seguros: el principio indemnizatorio. Es lógico que así se haga, porque uno de los propósitos del presente comentario es determinar si los fallos del Test Case lo respetan o no. El artículo 550 de nuestro Código de Comercio, ubicado entre las normas aplicables a los seguros de daños, lo consagra expresamente, sin perjuicio de las otras tantas disposiciones relacionadas⁹. Sobre su vigencia y relevancia en el derecho de seguros hay consenso en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional¹⁰.

Los autores especializados han propuesto diversas definiciones y todas confluyen en una misma esencia: el asegurado no puede verse beneficiado por el contrato de seguro, sino que únicamente debe ver indemnizada su pérdida efectiva de manera que quede en la misma posición en que habría estado de no ocurrir el siniestro.

En la doctrina anglosajona, Rodger indica que una característica del seguro es que el pago que efectúa la compañía busca compensar al asegurado solo hasta su pérdida y no permitirle obtener

⁵ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [3].

⁶ Estos datos demuestran la relevancia y utilidad de los mecanismos de *collective redress*.

⁷ Desde ya debo prevenir que las observaciones y comentarios son generales y si bien se relacionan con el tipo de cobertura particular señalado, cualquier análisis específico de cobertura requiere tener en cuenta las particularidades de la póliza en cuestión.

⁸ De acuerdo con ARELLANO (2014) “Se ha sostenido que el principio indemnizatorio es ‘la columna vertebral de los seguros de daños’ (Palacios) o ‘el capital en juego del contrato’ (Halperin), Besson y Picard afirman que es ‘imperativo y de orden público’”. p. 116.

⁹ Art. 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.

¹⁰ La discusión que subsiste dice relación con la aplicabilidad del principio a los seguros de personas y la adopción de una teoría unitaria o dualista del contrato de seguro. Lo anterior grafica bien su relevancia, puesto que se lo considera como el elemento que lograría unificar la teoría general del seguro.

un beneficio¹¹. El mismo autor cita un antiguo fallo inglés en que el *Lord Justice Brett* afirma, ni más ni menos, que la indemnización es el principio controlador en el derecho de seguros¹². Por su parte, Abraham, indica que este abraza la idea de que el seguro solamente tiene como propósito proteger contra la pérdida y no generar la posibilidad de una ganancia¹³.

En la doctrina latinoamericana, Ordoñez escribía que la indemnización es “el principio según el cual el asegurado no puede obtener del contrato de seguro sino la reparación del daño que efectivamente ha sufrido y en la medida que éste vuelva a quedar en las condiciones en que se encontraba antes de que se sucediera el siniestro, pero no en mejores condiciones”¹⁴. Baeza enseñaba que “el seguro es un contrato de mera indemnización y no puede ser jamás ocasión de una ganancia para el asegurado (...) La contingencia de ganancia está, pues, excluida expresamente por la ley, sin perjuicio que los aseguradores no aceptarían, jamás, tomar un seguro que importara una eventualidad de ganancia para el asegurado, por la evidente agravación que ello significaría para los riesgos cubiertos”¹⁵.

Sobre su ámbito de aplicación, ciertos autores sostienen que no es aplicable a los seguros patrimoniales, a pesar de ser seguros de daños¹⁶. Considero que sí es aplicable, puesto que también en ese caso el objetivo de la relación jurídica es dejar al asegurado en la posición que habría ocupado en caso de no acaecer el siniestro. Una cosa muy distinta es que ello no pueda hacerse con la exactitud propia de los seguros reales. Por lo demás, las cláusulas de ajuste, distintivas de los seguros de perjuicios por paralización, constituyen una clara manifestación de la indemnización, pues buscan disminuir la brecha ente el monto que pagará la compañía aseguradora y la efectiva pérdida sufrida por el asegurado.

También apoya esta conclusión entender que la indemnización no es una regla de aplicación irrestricta, sino que tiene atenuaciones que han sido necesarias para la flexibilidad del mercado y el aseguramiento de riesgos relevantes como el de lucro cesante, determinantes para el devenir de las empresas y el desarrollo del comercio. Pues bien, nuestra legislación reconoce esto en los seguros a valor pactado, los seguros a valor de reposición, los seguros de nuevo por viejo, el seguro de lucro cesante, entre otros¹⁷.

Asimismo, la generalidad de la doctrina se ha manifestado en favor de la aplicación del principio indemnizatorio en el seguro de lucro cesante. Ordoñez sostenía que “entendido el lucro cesante como un aspecto indudable del daño patrimonial, y siendo el daño en sus diferentes manifestaciones indemnizable, el hecho de que el seguro asuma este cubrimiento no viola sino aparentemente, no en la realidad, el carácter indemnizatorio”¹⁸. Lo propio señalaban con elocuencia los franceses Picard y Besson:

“El principio indemnizatorio no hace obstáculo a esta solución (la admisión del seguro de lucro cesante): él solamente prohíbe que el seguro procure al asegurado un enriquecimiento. Ahora bien: cubriendo, además de la pérdida misma de la cosa el beneficio que el asegurado podía esperar legítimamente de ella y que se pierde igualmente con el siniestro, el asegurador no concede al asegurado una indemnización superior al valor de su interés: lo repone a la situación que hubiera tenido sin el siniestro”¹⁹.

Ahora bien, esto no significa que el seguro de lucro cesante sea incapaz de infringir el principio indemnizatorio. Todo lo contrario, se trata de una cobertura que debe ser enfrentada con cautela, porque si la pérdida es mal determinada bien podría ocurrir que las diferencias entre aquella

¹¹ RODGER (2007) p.3.

¹² RODGER (2007) p.3, refiriéndose al fallo *Castellain v. Preston*.

¹³ ABRAHAM (2020) p.459. En el mismo sentido KNUTSEN, STEMPER y SWISHER (2021) p.49.

¹⁴ ORDOÑEZ (2002) p.76

¹⁵ BAEZA (1967) p. 29.

¹⁶ CONTRERAS (2020) p.119 y SANDOVAL (2010) p.189.

¹⁷ AMUNÁTEGUI (2015) pp. 515-516.

¹⁸ ORDOÑEZ (2002) p.88. En el mismo sentido GLYNN y ROGERS (2021) p.74.

¹⁹ PICARD y BESSON (1975) p.310.

y la indemnización sean tales que pongan el principio en entredicho. Siempre debe recordarse que la determinación de la pérdida en estas coberturas depende de la visualización de algo que nunca será observado en la realidad, por lo que siempre hay una cuota de ficción, de lo que se trata es de hacer que sea lo menos ficticio y más científico posible.

2.- COBERTURA DE PERJUICIOS POR PARALIZACIÓN²⁰

Ahora corresponde aclarar qué es una cobertura de perjuicios por paralización y la forma en que opera. Se habla de cobertura y no de póliza porque, en general, los asegurados no adquieren protección contra este riesgo mediante pólizas específicas, sino que con la compra de un adicional en una póliza contra daños materiales. El propósito de esta cobertura es indemnizar las pérdidas económicas ocasionadas por la paralización del negocio provocada por la concreción de alguno de los eventos cubiertos en la póliza, típicamente, la ocurrencia de un daño material en la propiedad²¹.

Justamente, la regla general es que la activación de la cobertura requiera un daño físico y tangible en la cosa asegurada, por ejemplo, cuando el inmueble en que el asegurado desarrolla su giro (hotel, local comercial u otro) es dañado por una tormenta de granizo. Así se han concebido tradicionalmente las pólizas que cubren perjuicios por paralización²².

Pero, también puede ocurrir que la cobertura se gatille con prescindencia del daño material, bastando otras circunstancias que no constituyen un daño físico, por ejemplo, una orden de autoridad que dispone el cierre del local. Lo anterior se conoce en el mundo anglosajón como una cláusula de extensión *non-damage*. Este es el supuesto en que se sitúa el comentario, pues las partes de las decisiones que analizaré son aquellas que se pronuncian sobre este tipo específico de pólizas de perjuicios por paralización.

Sea que la póliza requiera o no daño material, la pérdida se calcula de igual forma. En simple, dejando a un lado el método específico de cálculo, se trata de determinar el impacto económico que tuvo la interrupción en el negocio, o, lo que es igual, determinar la diferencia entre la ganancia obtenida durante el periodo de interrupción y aquella ganancia que habría obtenido el negocio de no ocurrir la interrupción. En definitiva, hay que determinar un lucro cesante.

En último término, la esencia y el objetivo del producto es dejar al asegurado en la misma posición que habría ocupado en caso de no existir el siniestro. Ello implica indemnizarle por las ganancias que no obtuvo, los gastos fijos que debió soportar durante la interrupción y los gastos extraordinarios que tuvo que desembolsar para cuidar el negocio, hasta la completa recuperación de la operación productiva. Por ejemplo, si durante el periodo de interrupción el asegurado debe idear estrategias excepcionales, como ofertas para no perder participación en el mercado, ese sacrificio de parte del precio queda cubierto como gasto extraordinario.

Como el cálculo de la pérdida equivale a determinar un lucro cesante, siempre habrá que realizar un ejercicio inferencial que permita definir lo que habría ocurrido en caso de no producirse el siniestro. Es decir, la propia naturaleza de la cobertura exige visualizar un escenario hipotético que sirva de punto de comparación. Este escenario imaginario se conoce en la ciencia económica como *contrafactual*²³.

Edwards y Fantuzzi enseñan que el *contrafactual* es un elemento esencial de toda estimación de lucro cesante y lo definen como sigue: “corresponde a la determinación de qué habría ocurrido si

²⁰ Si bien hay autores que esbozan distinciones entre los seguros de lucro cesante, pérdida de beneficio, perjuicios por paralización e interrupción de negocio, en este comentario se emplean como sinónimos.

²¹ GLYNN y ROGERS (2021) p.xi.

²² El concepto de daño material ha experimentado una notable evolución tanto en la doctrina como en la jurisprudencia estadounidense y británica. La tendencia parece ir hacia una comprensión amplia del daño, de manera que pueda recoger daños intangibles o imperceptibles para el ojo humano, pero que afectan la propiedad tal y como lo haría un incendio o un huracán. Al respecto véase JOHNSON (2019) y el *Covid Coverage Litigation Tracker* de la Universidad de Pennsylvania, el que puede consultarse en <https://cclt.law.upenn.edu/>.

²³ EDWARDS y FANTUZZI (2020) p.5.

no se hubiese efectuado la conducta que ocasionó el perjuicio. La dificultad de definir cuál habría sido este escenario está en que nunca lo observamos, por lo que es necesario determinar el escenario más probable que habría acontecido en ausencia de la conducta alegada²⁴.

A diferencia de lo que ocurre en sede de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, donde el elemento que debe eliminarse es el incumplimiento o el hecho dañoso, aquí lo que debe suprimirse para construir el contrafactual es el siniestro. Siempre hay que determinar qué es lo que habría ocurrido o en qué posición habría estado el asegurado en un mundo donde el siniestro no ocurrió. Salta a la vista la relevancia del concepto de siniestro para determinar el alcance de la pérdida indemnizable en la cobertura estudiada.

El artículo 513 de nuestro Código de Comercio define el siniestro como la ocurrencia del riesgo o evento dañoso contemplado en el contrato. Como se ve, la noción de siniestro se construye a partir del concepto de riesgo. El mismo artículo define este último como la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero.

Se trata entonces de conceptos relacionados, para algunos con contenido idéntico²⁵, pero que operan en momentos distintos. Así, para dilucidar qué constituye siniestro en una póliza debe antes determinarse cuál es el riesgo cubierto por ella, en tanto el primero no es más que la materialización del segundo. No por nada Stiglitz define el siniestro como “la realización del riesgo tal como ha sido determinado contractualmente”²⁶.

3.- LAS CLÁUSULAS DE AJUSTE DE PÉRDIDA

Las cláusulas de ajuste de pérdida (en inglés, *trends clauses* o *special circumstances clauses*) son estipulaciones características de la cobertura analizada. Su objetivo es acercar, con la mayor precisión posible, el monto de la indemnización a la efectiva pérdida sufrida por el asegurado, mediante la consideración de todas las circunstancias y tendencias que igualmente habrían afectado al negocio de no ocurrir el siniestro²⁷. En definitiva, buscan identificar la parte de la pérdida que puede ser atribuida al siniestro – indemnizable – para diferenciarla de aquella parte que estuvo determinada por otras razones concurrentes que lo habrían afectado de igual forma – no indemnizable –. Esto es principio indemnizatorio en su máxima expresión.

Si bien los *wordings* pueden variar en la práctica, el núcleo esencial de estas disposiciones reside en la expresión “de no haber ocurrido el siniestro”. De eso se trata, de incorporar a la ecuación de cuantificación de la pérdida todos los hechos que habrían afectado igualmente al negocio incluso de no ocurrir el siniestro. De lo contrario, el asegurado cobraría una indemnización por pérdidas que no fueron consecuencia de riesgos cubiertos por la póliza, infringiéndose los requerimientos de causalidad, el principio indemnizatorio y la estabilidad del contrato de seguro, por generarse una distorsión entre riesgo asumido y prima.

En este punto, el lector tiene que haber notado la similitud entre la construcción del contrafactual y la aplicación de la cláusula de ajuste en una cobertura de lucro cesante. Por mi parte, estimo que la relación es tan estrecha que justifica preguntarse si hay verdaderamente una diferencia. Si se tiene al contrafactual como elemento esencial y paso ineludible en toda cobertura de lucro cesante y a ello se agrega la vigencia del principio indemnizatorio, resulta que la mera noción de contrafactual ya exige considerar las circunstancias que habrían afectado al negocio incluso de no ocurrir el siniestro. Esto, porque para satisfacer la indemnización hay que poder identificar la parte de la pérdida que se relaciona con causas distintas al siniestro. En consecuencia, contrafactual y cláusula de ajuste se confunden, siendo de hecho innecesaria la inclusión de una estipulación especial,

²⁴ EDWARDS y FANTUZZI (2020) p.5.

²⁵ RÍOS (2015) p. 183.

²⁶ Stiglitz (2001) p.225.

²⁷ GLYNN y ROGERS (2021) p.74.

desde que el tener que construir un contrafactual para determinar la pérdida de forma que respete el principio indemnizatorio exige ya la consideración de esas circunstancias o tendencias especiales. En otras palabras, la naturaleza de la cobertura implica siempre la construcción del contrafactual, lo que, a su vez, para respetar el principio indemnizatorio, debe considerar todo lo que probablemente habría ocurrido, con excepción del siniestro. Desde esta aproximación, es posible discutir el valor añadido de las cláusulas de ajuste en las pólizas analizadas. No es extraño que las pólizas contemplen cláusulas sobreabundantes o reiterativas, me parece que este es uno de esos casos.

III.- EL FCA TEST CASE ON BUSINESS INTERRUPTION INSURANCE

1.- EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DEL TEST CASE

Desplegado el marco conceptual en que se encuadra este comentario y hechas unas breves referencias a la estructura procesal sobre la que se gestaron los fallos comentados, solo queda, como paso previo, dejar establecido el estado de la cuestión sobre las materias que interesan, en el derecho inglés, hasta el año recién pasado²⁸.

Pese a la inexistencia de una jurisprudencia constante, con anterioridad al Test Case había relativo acuerdo en que la pauta a seguir en estas materias era lo decidido en el caso *Orient Express*. En dicho caso, los hoteles del asegurado, ubicados en la ciudad de Nueva Orleans, Estados Unidos, sufrieron el impacto del huracán Katrina, lo que trajo consigo la interrupción del negocio durante el tiempo que duraron las reparaciones. Simultáneamente, la ciudad de Nueva Orleans fue evacuada y clausurada en atención al severo daño que sufrió. El asegurado solicitó el pago de la cobertura de perjuicios por paralización y la compañía rechazó el reclamo, alegando que la pérdida sufrida por el asegurado no satisfacía el *but for test* de causalidad y que, de todas formas, el asegurado habría tenido pérdidas, incluso de no ocurrir el siniestro, porque la ciudad entera estaba clausurada, lo que significaba que, en todo caso, ningún huésped habría visitado los hoteles.

El tribunal arbitral y el juez de alzada, al momento de acoger la defensa de la compañía, sostuvieron que el siniestro solo estaba configurado por el daño material provocado por el huracán en los hoteles y la consecuente interrupción del negocio, por lo que todos los restantes estragos ocasionados por el huracán en la ciudad de Nueva Orleans debían ser considerados al momento de construir el contrafactual que serviría como instrumento para determinar la existencia de una relación de causalidad y calcular la pérdida.

En otras palabras, en ese caso, para determinar la pérdida había que comparar la realidad observable del negocio en el periodo de indemnización con los resultados que habría obtenido el asegurado en un mundo donde el huracán le destruyó los hoteles (siniestro) pero donde el resto de la ciudad se mantuvo incólume. El mismo razonamiento se aplicó a la cláusula de ajuste, por lo que todas las consecuencias negativas del huracán, distintas de la interrupción del negocio, fueron consideradas como tendencias o circunstancias que habrían afectado al negocio, aunque el siniestro no hubiese ocurrido, disminuyendo importantemente el *quantum* de la indemnización.

En suma, el caso *Orient Express* estableció claros lineamientos en cuanto a la configuración del siniestro en las coberturas que nos ocupan y también en la forma de ejecutar las cláusulas de ajuste. Según esa pauta, el siniestro es la interrupción del negocio asegurado y la cláusula de ajuste debe considerar los elementos o circunstancias que habrían afectado al negocio, aunque se relacionen con el siniestro.

²⁸ Con todo, como señalan GLYNN y ROGERS (2021) p. 179, es complicado afirmar que existía verdaderamente un “estado del arte” en estas materias, porque los fallos relativos a coberturas de pérdida de beneficio son escasos.

2.- POSTURA DE LA *ENGLAND AND WALES HIGH COURT*

Ahora sí, corresponde exponer y analizar el razonamiento de los tribunales que fallaron el Test Case, para aclarar las dudas que plantean sobre la potencial infracción del principio indemnizatorio. Para ello, expondré las conclusiones generales de las decisiones con respecto a la interpretación de las pólizas, la configuración del siniestro, el contrafactual y la aplicación de las cláusulas de ajuste. Primero revisaré el fallo de la EWHC y luego el de la UKSC.

A.- Interpretación

Si bien referirse a la interpretación de las pólizas en cierta medida escapa del objeto de este trabajo, resulta necesario hacerlo, dada la importancia que tanto la EWHC como la UKSC otorgan a los criterios interpretativos al momento de pronunciarse sobre las materias objeto de reflexión.

Según la EWHC, resumidamente, interpretar una póliza de seguro consiste en discernir lo que una persona común y con toda la información razonablemente disponible para las partes al momento de contratar hubiese entendido por las palabras empleadas en la póliza²⁹. Luego, señala que se trata de un ejercicio objetivo que requiere considerar las consecuencias comerciales de las distintas interpretaciones posibles, precisando que ello no puede ser invocado para reescribir un contrato³⁰. Respecto del *background* fáctico a tener en cuenta, apunta que la interpretación no puede considerar hechos que no estaban o no pudieron razonablemente estar a disposición de las partes contratantes³¹. Por último, indica que dicho marco de información incluye tanto la normativa vigente como las decisiones relevantes sobre la interpretación del mismo tipo de contrato³².

B.- Configuración del siniestro

La forma en que la EWHC entiende el siniestro es radicalmente distinta a la del caso *Orient Express*. Por lo mismo, para defender su postura, tuvo que hacerse cargo de lo decidido en aquella oportunidad. Entre los párrafos 523 y 535, la EWHC explica por qué tal fallo sería errado tanto en la forma de concebir el siniestro como en la forma de aplicar las cláusulas de ajuste.

Su crítica fundamental se dirige hacia el haber identificado como siniestro asegurado solamente al daño material causado en los hoteles y su consecuente cierre, sin considerar también como parte integrante del siniestro al evento que dio origen a la cadena causal que culminó en la paralización: el huracán. De acuerdo con la EWHC, en aquel caso el huracán también formaba parte integrante del siniestro, de manera que el contrafactual no debía incorporarlo.

En otras palabras, para la EWHC lo correcto era suprimir del contrafactual – el mundo sin el siniestro – el daño material en los hoteles, la consecuente interrupción del negocio (lo que uno consideraría es el siniestro en este tipo de coberturas) y también la causa del daño, esto es, el huracán. Lo anterior equivale a sostener que el siniestro en la póliza del caso *Orient Express* era la interrupción del negocio ocasionada por el daño material en los hoteles provocado por una contingencia como un huracán³³. Esta forma de concebir el siniestro tiene una importancia práctica enorme, ya que, primero, permite satisfacer el *but for test* de causalidad y, segundo, impide descontar de la indemnización las otras consecuencias que el evento desencadenante (el huracán) ocasiona en el negocio. Ello es así porque, eliminados todos esos elementos del escenario hipotético, efectivamente, resulta que el negocio no habría soportado ninguna pérdida, sino que habría percibido sus ganancias normalmente.

²⁹ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [61].

³⁰ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [64].

³¹ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [75].

³² THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [76].

³³ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [94, 100, 122, 199, 278, 279, 337, 345, 348, 349, 385, 388, 476, 523 y 530].

Determinar la pérdida comparando ese escenario completamente normal con los resultados observables del negocio durante la interrupción arroja un resultado favorable para el asegurado, porque la diferencia será mayor.

Entonces, siguiendo su entendimiento del siniestro, la EWHC afirma que la cobertura analizada en el Test Case se gatilla con la ocurrencia de un siniestro compuesto, cuya configuración requiere de tres elementos interconectados: (i) prohibición de uso o acceso a las dependencias; (ii) decretada por una medida de autoridad y (iii) en atención a una emergencia que pueda poner en peligro la vida humana³⁴. Este es el punto neurálgico de su razonamiento. Si el siniestro está compuesto por varios elementos interconectados, entre los cuales se cuenta la pandemia de COVID-19, la medida de autoridad y el cierre del negocio, entonces la respuesta a la pregunta sobre qué habría ocurrido sin el siniestro se presenta con toda claridad: el negocio no habría sufrido ningún daño, porque las consecuencias generales de la pandemia (económicas y sociales) o de las medidas de autoridad se entienden eliminadas del escenario hipotético, al formar parte del siniestro mismo. Luego, toda la diferencia entre ese estado y los resultados negativos observables tiene que ser reembolsada.

Para apoyar esta interpretación amplia del siniestro, la EWHC indica que es razonable deducir que así fue cómo las partes entendieron la póliza, siendo alejado de la razonabilidad comercial y de la realidad práctica defender una noción de siniestro limitada al cierre o interrupción del negocio, toda vez que considerar que tanto la medida de autoridad como la emergencia sanitaria son elementos ajenos al siniestro implicaría considerarlos en el contrafactual y reducir la pérdida indemnizable, haciendo que la cobertura sea una mera ilusión³⁵.

C.- Cláusulas de ajuste de pérdida

La EWHC se hace cargo de dilucidar la forma correcta de interpretar y aplicar las cláusulas de ajuste de pérdida, entre otros, en los siguientes párrafos: 100, 110, 120, 121, 262, 383 y 388. El razonamiento de la EWHC es el siguiente. Primero, señala que la pregunta a realizar para determinar el contrafactual es “¿qué es lo que habría ocurrido de no acaecer el siniestro?”³⁶. Segundo, estima que estas cláusulas solo desempeñan su función una vez definida la cobertura de conformidad con las cláusulas de cobertura y los principios interpretativos del seguro³⁷. Lo anterior se explica porque las cláusulas de ajuste forman parte de la maquinaria de cuantificación de la pérdida, más no de las cláusulas que definen la cobertura, estando relegadas las primeras a un plano de menor importancia. Tercero, estima que, si del proceso interpretativo resulta que la pérdida está cubierta, entonces la aplicación de la cláusula de ajuste debe procurar no atentar contra tal cobertura. Cuarto, concluye que para respetar las pautas antes señaladas deben excluirse del contrafactual todos los elementos que forman parte del siniestro compuesto, ya que no pueden contribuir a disminuir la cobertura.

En síntesis, la EWHC considera que ningún evento correlacionado con la pandemia de COVID-19 o con las medidas adoptadas para hacerle frente puede ser invocado al momento de ejecutar la cláusula de ajuste. Así, no puede sostenerse que, de no ocurrir el siniestro, de todas formas, el negocio habría sufrido pérdidas producto del temor de las personas de salir de sus hogares o de las restricciones generales de movimiento, entre otras circunstancias, porque tales elementos son parte integrante del siniestro y, por consiguiente, quedan excluidos del contrafactual³⁸. Como se ve, la EWHC no innova en la construcción del contrafactual, sino que en la configuración del siniestro, optando por una noción amplia en la cual se incluyen no solo lo que uno pensaría es el riesgo asegurado que se concretó – el cierre o la interrupción del negocio que produce una pérdida financiera

³⁴ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [530].

³⁵ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [281 y 348].

³⁶ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [121, 164, 262, 345 y 387].

³⁷ Además de los lineamientos generales que entrega la EWHC, sobre la interpretación de pólizas véase CLARKE (2005) pp.139-140.

³⁸ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [121 y 262].

– sino que también los otros elementos requeridos para gatillar la cobertura, estos son, que dicho cierre sea consecuencia de una medida de autoridad y que esta se adopte en atención a una emergencia sanitaria, en este caso la pandemia de COVID-19³⁹.

Para la EWHC, entonces, el contrafactual a tener en cuenta para calcular la pérdida es uno en el que no ocurrió el cierre del negocio, la medida de autoridad ni la pandemia⁴⁰. Así, impide que las compañías descansen en el caso *Orient Express* para construir su defensa. Primero, evita que la cobertura pueda echarse abajo en sede de causalidad con la aplicación del *but for test*. Segundo, construye un contrafactual en que las consecuencias de cualquiera de los elementos del siniestro no pueden ser consideradas como tendencias aptas para ajustar la pérdida.

Por último, en cuanto a las pérdidas económicas ocasionadas por la pandemia y sufridas con anterioridad a la ocurrencia del siniestro, por ejemplo, las causadas por la contracción económica o por medidas de autoridad que no ordenaron el cierre del negocio, la EWCH sostiene que sí deben tomarse en cuenta al momento de calcular la pérdida. Desde ya debo manifestar mi acuerdo con la EWHC en este punto, porque no permitir considerar en el contrafactual la baja en las utilidades ocurrida con anterioridad a la configuración del siniestro equivaldría a otorgar cobertura a pérdidas ocurridas antes del siniestro, lo que no corresponde⁴¹.

3.- POSTURA DE LA UNITED KINGDOM SUPREME COURT

A.- Interpretación

De manera prácticamente idéntica a la EWHC, pero mucho más breve, la UKSC sostiene que el principio rector en la interpretación de una póliza de seguro es la aproximación objetiva, a través de la pregunta de qué es lo que una persona razonable, con el conocimiento e información presumiblemente disponible para las partes al momento de contratar, habría entendido por las palabras empleadas en el documento⁴².

B.- Configuración del siniestro

Al igual que su inferior jerárquico, la UKSC defiende una noción amplia de siniestro que se compone de diversos elementos concatenados, los que deben ocurrir en una secuencia causal determinada por la propia póliza⁴³. Para gatillar la cobertura tiene que pasar lo siguiente y exactamente en ese orden: (1) una emergencia sanitaria u otra que pueda en poner en peligro la vida humana; (2) una orden de autoridad destinada a hacer frente esa contingencia; (3) el cierre del negocio o una prohibición de acceder a las dependencias que sea consecuencia de la medida mencionada en (2) y (4) las pérdidas económicas. Esto lo representa esquemáticamente de la siguiente forma:

(1) > (2) > (3) > (4).

Sobre el contrafactual, la UKSC apunta que no le parece consistente con el sentido de la cobertura que esta se vea amenazada por la consideración de eventos que fluyen de la misma causa subyacente y que serían capaces de causar por sí solos la pérdida⁴⁴. Así las cosas, no podría decirse que, pese al siniestro, el negocio habría sufrido pérdidas por el temor de las personas de salir de sus

³⁹ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [385 y 388].

⁴⁰ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [388].

⁴¹ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [305, 349 y 351]. En apoyo de esta postura, la EWHC cita el fallo *New World Harbourview Hotel v. Ace Insurance* (2012).

⁴² THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [47].

⁴³ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [214].

⁴⁴ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [237].

casas por los contagios, dado que esto está relacionado con la causa desencadenante y subyacente. Parece entonces que para el jerarca judicial inglés el siniestro alcanza no solo los elementos (1), (2), (3) y (4), sino que también todo evento correlacionado con (1), siempre que tenga la aptitud de provocar la pérdida económica por sí solo. Esta aun mayor ampliación del siniestro puede esquematizarse de la siguiente forma:

$$(1) > (2) > (3) > (4).$$

↓
∞

Bajo esta interpretación, el siniestro comprende una multiplicidad de eventos o circunstancias relacionadas con la pandemia (representados por) como, por ∞ ejemplo, cualquier medida de restricción de movimiento, la constricción económica o el temor de las personas de salir de sus hogares. Ninguno de esos eventos puede ser considerado en el contrafactual según la UKSC, pues deben considerarse parte integrante del siniestro.

Con todo, la propia UKSC constata que lo anterior tiene ciertos límites y señala que no sería posible afirmar ilimitadamente que todo evento relacionado con la pandemia, por más lejana que sea esa relación, deba entenderse parte del siniestro. Para que la circunstancia concurrente pueda ser excluida del contrafactual, o lo que es igual, para que pueda ser considerada parte del siniestro, debe ser independiente en el sentido de ser capaz de provocar la pérdida por sí sola, debe estar relacionada con la pandemia y debe tener un grado de importancia similar en el nexo causal⁴⁵. De lo contrario, la pérdida escapa del ámbito de indemnización que asumió la compañía, ya que sería consecuencia directa de la pandemia entendida individualmente y no de la concatenación de los elementos del siniestro⁴⁶.

C.- Cláusulas de ajuste de pérdida

De forma muy similar a su inferior jerárquico, la UKSC establece ciertos parámetros de interpretación respecto de las cláusulas de ajuste. Primero, señala que forman parte de la maquinaria de cuantificación de la pérdida y que no buscan delinear la cobertura. Segundo, apunta que deben ser interpretadas a partir de las cláusulas de cobertura y según las entendería un asegurado razonable. Tercero, sostiene que interpretar las cláusulas de ajuste de forma armónica con las que establecen cobertura significa que, de ser posible, las primeras no deben reducir la cobertura, puesto que, si así lo hicieran, se transformaría una cláusula propia de la maquinaria de cuantificación en una exclusión⁴⁷.

En dos palabras, la UKSC considera que las cláusulas de ajuste solo pueden ser aplicadas para considerar circunstancias o tendencias que no se encuentran correlacionadas con los elementos del siniestro ni con la causa subyacente, porque todas aquellas se encontrarían dentro del ámbito de cobertura pactado, considerando los límites antes comentados⁴⁸. Para apoyar esta lectura, la UKSC se remite a doctrina y jurisprudencia del *common law* que demostraría que las cláusulas de ajuste de pérdida fueron pensadas y construidas para incorporar al cálculo de la pérdida solo aquellas circunstancias no relacionadas con el siniestro ni su causa subyacente⁴⁹. El contrafactual que debe

⁴⁵ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [231, 237, 239 y 244].

⁴⁶ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [231].

⁴⁷ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [259, 260, 261 y 262].

⁴⁸ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [287].

⁴⁹ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [268 a 280].

construirse según la UKSC es uno en que no ocurrió el siniestro ni ninguna de las consecuencias relacionadas con su causa originadora⁵⁰.

Respecto de las pérdidas financieras ocurridas con anterioridad a la configuración del siniestro, la UKSC adopta una interesante postura completamente distinta de la propuesta por la EWHC. El máximo tribunal inglés considera que tampoco pueden tomarse en cuenta, al momento de calcular la pérdida, las tendencias negativas o pérdidas sufridas por el negocio como consecuencia de la pandemia, pero antes de la configuración de todos los elementos del siniestro, puesto que están relacionadas con la causa subyacente o elemento desencadenante⁵¹. Para la UKSC, concluir algo distinto sería contrariar el hecho de que el contrafactual sea un mundo donde no hubo ni siniestro ni ocurrió la causa originadora de éste⁵².

III. COMENTARIO Y OBSERVACIONES

Hecha la contextualización conceptual y la exposición somera de las posturas y argumentos proveídos por la EWHC y la UKSC, corresponde pasar a la parte interesante y desafiante de este trabajo: el comentario de los fallos. Prefiero evitar decir “crítica” y hablar de comentario y observaciones, simplemente porque no creo estar en posición de criticarle nada a estos insignes tribunales de justicia. Así, esta parte reflexiva busca plantear discusiones interesantes respecto de las materias levantadas, sugiriendo la presencia de inconsistencias u omisiones, o bien de argumentos que podrían haber sido abordados desde otra perspectiva.

1.- LA INTERPRETACIÓN DE LA PÓLIZA, EN GENERAL

Como señalé, tanto la EWHC como la UKSC consideran que la principal directriz interpretativa es la determinación de lo que una persona razonable, común y con toda la información disponible para las partes al momento de contratar, incluida la normativa y jurisprudencia dominante, habría entendido por los términos empleados. A partir de esa guía, ambos tribunales estiman que la concepción de siniestro compuesto que defienden es la forma correcta de entenderlo, principalmente por las consecuencias que acarrea respecto de la cobertura y la indemnización que recibirá el asegurado. Lo mismo ocurre con las cláusulas de ajuste.

En primer lugar, me parece cuestionable que los tribunales apliquen dicha regla únicamente desde el punto de vista del asegurado, mas no de la compañía aseguradora, puesto que se trata de una guía predicable respecto de ambas partes. Digo que se aplica solo desde el prisma del asegurado porque en varias ocasiones los tribunales se limitan a señalar que tal o cual interpretación produce resultados comercialmente razonables para el asegurado, sin preocuparse de aclarar si ese resultado, ahora mirado desde el punto de vista de la compañía aseguradora, también es comercial, económica y técnicamente razonable.

Si bien es complicado imaginar un asegurado capaz de pesquisar las minucias jurídicas de la cobertura, al punto de saber que en el hipotético caso de ocurrir una pandemia no encontrará cobertura o tendrá derecho a una menor, es igualmente complicado imaginar a una compañía aseguradora otorgando una cobertura tan extensa como la que se pretende exigirle respecto de la pandemia de COVID-19, abarcando no solamente los perjuicios económicos causados por la interrupción del negocio, sino que también otros perjuicios indirectos que fueren producto de distintos y variados eventos consecuentes solo correlacionados con la pandemia.

En efecto, ambos tribunales insisten en la razonabilidad económica y comercial de la interpretación que proponen para el siniestro, el contrafactual y las *trends clauses*, señalando que sería inconsistente y comercialmente irracional estimar que el siniestro está constituido solo por la

⁵⁰ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY v. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [268].

⁵¹ THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY v. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [294 y 295].

⁵² THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY v. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [295 y 296].

paralización del negocio. Nuevamente, lo mismo puede decirse desde la vereda de la compañía e, incluso, del mercado asegurador. No es comercial ni económicamente razonable asumir que las compañías otorgaron una cobertura de perjuicios por paralización para todas las consecuencias de una emergencia sanitaria o evento pandémico o epidémico. Ello equivaldría a sostener que la compañía desconoce o ignora los principios técnicos del seguro, base fundamental para el funcionamiento del contrato y del mercado en que se transa.

Es pacífico que el contrato de seguro se rige por ciertos principios técnicos – tales como la dispersión o distribución del riesgo en un gran número de asegurados – que permiten la aplicación de las ciencias actuariales y la ley de los grandes números al cálculo de la prima⁵³. Creo acertado añadir este punto de vista a la ecuación, para tomar en consideración los aspectos técnicos al momento de interpretar una póliza y desprender de ello efectos prácticos concretos como establecer una cobertura o cuantificar el monto de la indemnización. Lo anterior se acerca bastante a lo que se ha llamado “visión actuarial del seguro”, por oposición a la “visión relacional” del mismo⁵⁴.

No por nada las compañías evitan contratar seguros, y si lo hacen imponen primas considerablemente más costosas, por riesgos que implican graves daños a un mismo y extenso grupo de asegurados, como, por ejemplo, guerras, terremotos, huracanes y pandemias. Un simple ejemplo aclara el sentido de estos principios: ninguna compañía aseguradora emitirá pólizas de daños materiales para todos los habitantes del Estado de Florida en los Estados Unidos de Norteamérica, ya que, por más que pudiese percibir cuantiosas primas por varios años, inevitablemente llegará un huracán que la obligará a indemnizar a todos o casi todos esos habitantes al mismo tiempo⁵⁵. Ese es un caso con insuficiente dispersión y excesiva correlación de riesgo, donde la ocurrencia de un siniestro podría poner en peligro la solvencia de la compañía aseguradora y del mercado en su conjunto, si fuera una práctica común suscribir riesgos de esa forma.

Teniendo en cuenta lo anterior y el hecho innegable de que toda compañía aseguradora conoce y aplica estos principios diariamente, parece poco razonable desde un punto de vista técnico, comercial y económico considerar que estas hayan entendido, al momento de emitir las pólizas de perjuicios por paralización que ahora buscan cobrarse, cubrir la totalidad de las pérdidas financieras que un evento pandémico pueda causar a un asegurado, incluyendo en tal cobertura toda consecuencia económica o de índole psicosocial que una catástrofe de ese calibre puede generar. Hay que decirlo con todas sus letras, la interpretación de los tribunales ingleses se acerca demasiado a considerar que la póliza cubre, por ejemplo, el perjuicio económico producido por el impacto psicológico o emocional que tuvo la pandemia en los consumidores, pues no permite invocar esa circunstancia como elemento a considerar en la determinación de la pérdida.

Muy por el contrario, lo razonable sería sostener que las compañías aseguradoras nunca pretendieron cubrir tan correlacionado, poco disperso e ilimitado riesgo de pandemia. No porque dicho riesgo no sea susceptible de ser asegurado, sino porque es improbable que las compañías hayan querido asegurarlo de esa forma tan amplia.

Por ende, teniendo a la vista las mismas reglas de interpretación esbozadas por los tribunales ingleses, las conclusiones o resultados extraídos de su aplicación son susceptibles de ser repensados a partir de los principios técnicos del seguro y la forma en que la compañía aseguradora probablemente entendió los términos de la póliza. En ese sentido, la determinación del siniestro, cuestión enteramente determinante para los resultados prácticos de los casos particulares, no debería ser tan extensiva, ya que hace responsables a las compañías por pérdidas que jamás pensaron estar asegurando, sin haber cobrado la parte de prima que para esa cobertura correspondía⁵⁶. Esto incluso podría dar espacio a discusiones sobre la validez o exigibilidad de la obligación indemnizatoria, toda

⁵³ BAEZA (1967) p.14, CONTRERAS (2020) pp.75-77 y KNUTSEN, STEMPEL y SWISHER (2020) p.17.

⁵⁴ MERKIN y STEELE (2013) pp.17-25.

⁵⁵ El ejemplo es de KNUTSEN, STEMPEL y SWISHER (2020) p.18.

⁵⁶ Apuntando el mismo argumento en favor de las compañías aseguradoras, sin necesariamente compartirlo: FRENCH (2020) pp.17-18.

vez que podría sostenerse que no existió contraprestación o prima para aquella parte del riesgo o siniestro en exceso del verdaderamente asegurado y, por tanto, que hubo un enriquecimiento injustificado del asegurado que infringe el principio indemnizatorio.

En segundo lugar, creo que hay una inconsistencia entre considerar la normativa y jurisprudencia vigente como elemento informativo disponible para las partes e interpretar el siniestro extensivamente. Esto es así, porque las expectativas generadas para las partes por el estado de la jurisprudencia, constituido por el caso *Orient Express*, sugerían un resultado radicalmente distinto. Hasta antes del Test Case, el siniestro era la interrupción del negocio, mas no el conjunto de elementos hasta el evento originador de la cadena causal, inclusive. Con todo, esta observación se encuentra con dos problemas. Primero, que resulta complejo afirmar que el caso *Orient Express* haya sido el efectivo estado de la cuestión, puesto que no existía una jurisprudencia constante a su alrededor y no estuvo exento de críticas. Segundo, que solo puede referirse a pólizas que fueron contratadas con posterioridad a dicho fallo.

En resumen, puede observarse que los fallos del Test Case, al olvidar u omitir aplicar las reglas interpretativas que invocan, pero desde la posición de la compañía aseguradora, incurren en inconsistencias con sus propias premisas. Como consecuencia de esto, quitan valor al carácter técnico del contrato de seguro, el que lo dota de razonabilidad y sentido económico como medio de distribución del riesgo en una sociedad. Además, aunque sea un argumento discutible, con ello afectan la expectativa que una persona razonable pudo haberse generado con el estado de la jurisprudencia previo a la contratación de una cobertura de perjuicios por paralización en el derecho inglés.

2.- RIESGO, SINIESTRO Y CONTRAFACTUAL

Como señalé, los conceptos riesgo y siniestro se vinculan íntimamente, al punto de poder considerar que tienen un contenido idéntico que solo se diferencia por el momento en que se presenta y despliega. El riesgo es la eventualidad o amenaza de pérdida y se caracteriza por ser incierto. El siniestro tiene el mismo contenido, pero no es ya eventual ni incierto, sino que es la concreción de la amenaza o eventualidad en un hecho real y observable. No obstante, es usual encontrar, en la legislación y en la doctrina, distinciones entre ambos conceptos. Basta revisar las obras clásicas y el artículo 513 del Código de Comercio para comprobarlo. Curiosamente, como anota el profesor Contreras, en el mundo anglosajón no se hace esta distinción. De hecho, no existe un término especial equiparable al siniestro, sino que se emplea la voz *insured peril* para significar tanto riesgo como siniestro. Quizá ello se deba a que en realidad no hay nada que distinguir, más que el hecho de haber en un caso incertidumbre y en el otro certeza.

Establecida esta estrecha relación entre riesgo y siniestro, es dable inferir que, cuando la EWHC y la UKSC hablan de *compound or composite peril*, están refiriéndose tanto al riesgo asegurado como al siniestro, pues no son más que dos caras de una misma moneda. Esto es relevante, porque la defensa de un siniestro compuesto implica entonces la defensa de una noción compuesta de riesgo asegurado. En efecto, sostener, como lo hacen los tribunales ingleses, que el siniestro se compone de varios elementos copulativos equivale a sostener que todos ellos son riesgos cubiertos por la póliza. Postular un concepto de siniestro compuesto es postular un concepto de riesgo compuesto.

Siguiendo la lógica de los tribunales ingleses, el riesgo cubierto por la póliza de perjuicios por paralización sería la eventualidad consistente en que ocurra una emergencia sanitaria, que esta provoque una reacción de la autoridad en el sentido de imponer medidas que dictaminen el cierre del negocio asegurado y que todo lo anterior produzca pérdidas financieras. Luego, el siniestro se compone de los mismos elementos, ocurridos en una secuencia causal predeterminada, pero no ya como eventualidad, sino que como hecho observable, presente y cierto.

Pienso que tal determinación del riesgo y del siniestro es discutible. En principio, luego de ser consultado por el riesgo que se cubre con cualquier póliza de perjuicios por paralización, uno diría que aquel es la interrupción o paralización del negocio. En efecto, si se revisan las definiciones o

descripciones elementales más básicas de este tipo de cobertura, se encuentra que el riesgo asegurado es nada más que la interrupción o paralización de la operación económica⁵⁷.

Que esta interrupción o paralización deba ser consecuencia de una orden de autoridad y que esta, a su vez, deba tener la particularidad de responder a la ocurrencia de una emergencia sanitaria u otra que pueda poner en peligro la vida humana, son cuestiones o elementos que sirven para precisar el riesgo asegurado, determinando que solo la concreción del riesgo en esas determinadas circunstancias fácticas generará cobertura. Se trata, en definitiva, de delimitaciones cualitativas causales del riesgo⁵⁸ y no del riesgo mismo.

Las delimitaciones del riesgo son instrumentos relevantes que permiten definir con precisión los contornos de la cobertura y de la obligación indemnizatoria de la compañía⁵⁹. Su propósito es permitir que esta determine con precisión cuál es el riesgo que está asumiendo, lo que le permite calcular técnica y correctamente la prima. Es decir, estas estipulaciones buscan circunscribir el ámbito de cobertura trazando límites al riesgo asumido por la compañía⁶⁰, no ampliarlo mediante la difuminación de sus fronteras.

En este caso, considero que la necesidad de existir una orden de autoridad como antecedente de la interrupción y que aquella deba tener la característica de ser decretada para hacer frente a una pandemia o emergencia sanitaria similar, son delimitaciones cualitativas causales del riesgo asegurado, que determinan cuál debe ser el o los eventos específicos que precedan al siniestro para que este último esté cubierto⁶¹.

Esto es distinto a señalar que las delimitaciones causales sean, al mismo tiempo, riesgos cubiertos por la póliza o formen parte integrante de aquel y del siniestro. Las delimitaciones cualitativas causales del riesgo no son iguales al riesgo mismo⁶². Perdería todo sentido el concepto y desarrollo de las delimitaciones si se considerara que ellas integran el riesgo, porque en vez de restringir la cobertura a una eventualidad específica y previsible para la compañía – lo cual es su propósito – la ampliarían y extenderían a hipótesis imprevisibles para la compañía, quien dejaría de estar en posición de cobrar una prima acorde al riesgo asumido.

La conceptualización y función característica de las delimitaciones del riesgo en la teoría del contrato de seguro, como prerrogativas de la compañía justificadas por la necesidad de un cálculo técnico y probabilístico de la prima, parecen invisibilizarse con el concepto de siniestro compuesto. Justamente, bajo el razonamiento de la EWHC y la UKSC, las circunstancias o calificaciones delimitadoras que, por definición, están llamadas a definir y circunscribir con precisión el riesgo asegurado, terminan por extenderlo indefinidamente, contrariando así el sentido mismo de tal herramienta.

A diferencia de lo sostenido por los tribunales ingleses, me parece que la forma correcta de entender el riesgo asegurado es considerando como tal solamente a la interrupción del negocio provocadora de pérdidas y calificar a las otras circunstancias concomitantes como delimitaciones causales del riesgo, cuyo objeto es precisar los eventos que generan responsabilidad para la compañía, mas no extenderla sin un límite claro. Esta aseveración encuentra apoyo en la doctrina, pues se ha

⁵⁷ BAEZA (1967) pp.293-302, CONTRERAS (2020) pp.555-566, GLYNN y ROGERS (2021) pp.1-4, KAHLER (1932) pp.77-78, KNUTSEN, Stempel y SWISHER (2020) pp.533-534, NASSER (2015) pp. 521-522, y SAPAG (2021) pp.315-317, entre muchos otros.

⁵⁸ Este argumento fue de hecho invocado por algunas compañías durante el Test Case. Aquellas alegaron que la esencia del riesgo asegurado se encuentra en la paralización del negocio, siendo las restantes circunstancias meros elementos calificantes que sirven para precisar los casos en que el asegurado tiene derecho a indemnización, pero no constituyen riesgos en sí mismos. No obstante, no recibieron mayor atención y tratamiento por los tribunales. THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY v. ARCH INSURANCE & OTHERS (2020) [383] y THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY v. ARCH INSURANCE & OTHERS (2021) [221 a 227]

⁵⁹ RÍOS (2015) pp. 156-157.

⁶⁰ RÍOS (2015) pp. 157-158.

⁶¹ RÍOS (2015) pp. 158-159.

⁶² STIGLITZ (2001) pp.190-191.

dicho que la interpretación de la extensión y alcance del riesgo asegurado, cuestión evidentemente relacionada con las delimitaciones del riesgo, debe ceñirse a un criterio literal, desde que su indebida ampliación generaría un desequilibrio importante en las transacciones de la compañía aseguradora y el mercado⁶³.

De acuerdo con lo recién señalado y lo expresado acerca de la relación entre riesgo y siniestro, no puedo más que sostener que el siniestro en pólizas de perjuicios por paralización como las del Test Case es la interrupción o paralización del negocio. Que ellas deban ser el resultado de una medida de autoridad decretada por una pandemia es una calificación especial que busca reducir el alcance de la cobertura, delimitando el riesgo asumido por la compañía. Seguidamente, es contrario a este entendimiento suponer que la compañía aseguradora estuvo de acuerdo con cubrir la parte de los perjuicios económicos sufridos por el asegurado que fueron consecuencia del impacto psicológico que tuvo la pandemia en los consumidores y del generalizado estancamiento económico.

Optar por una de las alternativas posibles para entender el riesgo y el siniestro no es baladí y conlleva importantes consecuencias prácticas relacionadas con la activación de la cobertura y su extensión. Al ser el contrafactual un escenario hipotético en que no ocurrió el siniestro, si se entiende que este se limita al cierre o paralización del negocio asegurado, el escenario comparativo es un mundo pandémico donde se decretaron medidas de autoridad pero que no afectaron al negocio asegurado, pudiendo este seguir operando normalmente. Bajo ese supuesto, puede avanzarse un argumento consistente en que la pérdida efectiva del asegurado debe contemplar la sustracción de la parte de los perjuicios provocados, por ejemplo, porque las personas temieron salir de sus hogares y por ello no fueron a consumir en el local asegurado, toda vez que ese menor ingreso lo habría sufrido con o sin siniestro.

Ahora bien, la propuesta anterior no está exenta de complicaciones, ya que podría replicarse que, en ese escenario pandémico con medidas de autoridad que forzaron el cierre de negocios pero que no afectaron al asegurado, los ingresos de éste habrían aumentado, al ser el único negocio operativo. Primero, cabe precisar que, si ese es el resultado, debe aceptarse conforme al principio indemnizatorio. Segundo, puede duplicarse que, incluso en ese escenario donde solo el negocio asegurado tenía permiso para operar, aquel habría sufrido pérdidas, porque con independencia de las medidas de autoridad destinadas a clausurar locales comerciales, las circunstancias fácticas de la pandemia hacen pensar que de todas formas las personas se habrían mantenido en sus domicilios y que la economía habría sufrido una importante contracción. Es decir, aunque haya sido el único local abierto, de todas formas habría sufrido pérdidas.

En suma, la interpretación que proponen la EWHC y la UKSC para el riesgo, el siniestro y la construcción de contrafactual, es potencialmente atentatoria contra el sentido y utilidad de las delimitaciones del riesgo, pues las ignora para incorporarlas como parte del riesgo mismo, revirtiendo el efecto que están llamadas a generar. Como dije, lo que se contempla normalmente como forma de delimitar la cobertura para hacer posible la aplicación de los caracteres técnicos del seguro fue empleado por los tribunales para extender el riesgo y la cobertura, atentando así contra las expectativas de la compañía aseguradora, lo que bien podría acarrear consecuencias negativas en el funcionamiento del mercado. Sin duda no es una buena señal que las compañías no estén en posición de prever el riesgo que están asumiendo, pues obstaculiza de forma importante el correcto cálculo de la prima. Aún más, es posible que estas decisiones tengan un impacto que termine perjudicando a los asegurados, ya que probablemente las compañías opten por aumentar las primas para costear parte de la amenaza que significa un gasto imprevisible o bien modifiquen en un sentido restrictivo los términos de las pólizas para que no exista duda sobre la cobertura efectivamente otorgada⁶⁴.

⁶³ STIGLITZ (2001) pp.192 y 619, citando más de 20 fallos argentinos en apoyo.

⁶⁴ A la fecha no he podido encontrar estadísticas que demuestren la variación de las primas cobradas por coberturas de perjuicios por paralización *non-damage* pre y post pandemia

3.- CLÁUSULAS DE AJUSTE Y PÉRDIDAS PREVIAS AL SINIESTRO

Ambos tribunales relegan las cláusulas de ajuste a un plano de inferior importancia en comparación con las cláusulas que otorgan cobertura mediante la definición del riesgo asegurado. Lo anterior, dado que solamente serían parte del mecanismo de cuantificación de la pérdida, el que opera una vez determinado el derecho del asegurado a la indemnización. Antes que todo, es preciso preguntarse si las cláusulas de ajuste son efectivamente meros instrumentos de cuantificación de la pérdida, siempre menos relevantes que una cláusula que define el riesgo asegurado. Asimismo, cabe reflexionar sobre la importancia que debe darse al mecanismo de cuantificación en las coberturas de lucro cesante y si este está irremediablemente condenado a vivir bajo la sombra de las cláusulas definitivas del riesgo.

En primer lugar, como podrá haber advertido el lector, pienso que puede discutirse el hecho de existir propiamente cláusulas de ajuste de pérdida como estipulaciones accidentales en una cobertura de lucro cesante. El efecto que se considera como propio de estas cláusulas es más bien un elemento esencial del seguro de perjuicios por paralización. Para definir el impacto de la paralización – la pérdida – siempre hay que considerar las cuestiones que habrían afectado al asegurado a pesar del siniestro, porque solo así se respeta el principio indemnizatorio. Dicho de otra forma, no es concebible una cobertura de pérdida de beneficio que no considere, al momento de construir el contrafactual, las circunstancias que afectarían al asegurado incluso en caso de no ocurrir el siniestro. Entendido lo anterior, la presencia o no de una estipulación voluntaria de las partes en ese sentido pierde cualquier relevancia. Se pacte o no, el efecto estará igual porque el principio de indemnización y la naturaleza misma de la cobertura así lo exigen. Las *trends clauses* son estipulaciones vacías e innecesarias. Dicho esto, pierde fuerza el argumento de los tribunales ingleses basado en que las *trends clauses* no pueden ser aplicadas de forma que amenacen o restrinjan la cobertura previamente determinada según la póliza, puesto que no se trata verdaderamente de la aplicación de una estipulación contractual accidental que se activa luego de la determinación de la cobertura, sino que de un efecto o elemento esencial del seguro específico.

En segundo lugar, incluso en caso de considerar que las cláusulas de ajuste tienen un valor individual y cumplen un rol propio en una cobertura de perjuicios por paralización, creo que puede discutirse que estas sean necesariamente menos relevantes que las cláusulas de cobertura, solo porque forman parte de lo que se denomina “mecanismo de cuantificación de la pérdida”. Si bien es cierto que cualquier contrato de seguro tiene como propósito último otorgar una cobertura, objetivo que debe ser cautelado, también lo es que aquella, traducida en la indemnización pagada por la compañía aseguradora, no debe exceder el monto de la pérdida que realmente sufrió el asegurado. Las *trends clauses* buscan garantizar lo anterior, permitiendo ajustar el monto de la pérdida para que refleje lo más cercanamente posible lo que habría sido la posición del asegurado de no ocurrir el siniestro. No veo cómo esto es algo necesariamente menos relevante que la activación de la cobertura, es más, intuitivamente, lo veo como de igual o mayor importancia, toda vez que la determinación o cuantificación de la pérdida compromete directamente al principio indemnizatorio.

En cuanto a las pérdidas anteriores al siniestro, comparto la decisión de la EWHC, mas no la de la UKSC. El pronunciamiento del mandamás judicial inglés derechamente opta por sacrificar el principio indemnizatorio y los términos de la cobertura pactada para evitar que ella se vea reducida por la consideración de los estragos económicos que sufrieron los negocios asegurados antes de que una orden de autoridad les clausurara sus dependencias. Por más lapidarias que suenen estas palabras, impedir la consideración de la tendencia a la baja producida por la pandemia en los resultados del negocio como elemento relevante para determinar la pérdida termina por dar cobertura a pérdidas evidentemente no cubiertas, pues ocurrieron con anterioridad al siniestro. Hay una grave inconsistencia lógica en señalar que algo que pasó antes del siniestro está cubierto, porque justamente lo que gatilla la cobertura es el siniestro. Que esas pérdidas se relacionen con la causa subyacente que inicia la secuencia causal que desemboca en el siniestro no me parece una razón suficiente para justificar su incorporación a la cobertura. Sigue tratándose de una pérdida sufrida antes del siniestro.

Además, la posición de la UKSC puede generar un incentivo perverso para aquellos casos en que un asegurado está sufriendo pérdidas, pero donde aún no se configura a su respecto el siniestro, porque en caso de que esto ocurra, todas las pérdidas previas quedarán cubiertas. Es lógico pensar que ese asegurado querrá que se configure el siniestro. En efecto, la postura adoptada por la UKSC genera un riesgo moral importante, ya que implica un incentivo hacia la configuración del siniestro. Uno podría pensar en el asegurado haciendo todo lo posible para conseguir que la autoridad decreta una medida de cierre que termine por configurar el siniestro, ya que ello le permitirá conseguir la indemnización completa, incluyendo pérdidas que sufrió con anterioridad. Los autores de la última edición de *Riley on Business Interruption Insurance*, la obra de referencia obligada en esta materia, concuerdan con lo anterior, porque algunas empresas se verían en la insólita situación de estar en iguales circunstancias que otros asegurados, pero que por el solo hecho de no haberse clausurado su negocio luego de un acto de autoridad no pueden reclamar la cobertura. Esto generaría una brecha tremenda entre dos asegurados con la misma póliza, pero existiendo uno con su local clausurado y otro no. El primero podría cobrar la indemnización correspondiente al tiempo que su negocio se vio paralizado, sin que fuera posible tomar en cuenta la baja de sus ganancias provocada por la pandemia, con anterioridad al siniestro. Ello equivale a determinar la pérdida tomando en cuenta los resultados que obtuvo en un mundo no pandémico, proyectándolos durante el periodo de interrupción e incluso después de este. Mientras, el asegurado que no vio clausurado su negocio sencillamente no podrá cobrar indemnización alguna. Es lógico pensar que ese asegurado intentará de todo para lograr que se configure el siniestro, pues probablemente de aquello depende el futuro de su negocio.

IV. CONCLUSIONES

La principal conclusión de este comentario es que el punto central y clave del razonamiento de los tribunales ingleses está en la determinación del riesgo y el siniestro asegurado. Todas las posteriores preguntas sobre el contrafactual, la determinación de la pérdida y la aplicación de las cláusulas de ajuste, fluyen de la interpretación del riesgo asegurado, que no es otra cosa que el siniestro. En ese sentido, las decisiones comentadas no son lógicamente cuestionables, porque si se defiende un siniestro o riesgo compuesto es inevitable llegar a las conclusiones a que arribaron la EWHC y la UKSC.

Dicho lo anterior, debo apuntar como segunda conclusión relevante que el razonamiento y fallo de la EWHC y la UKSC en torno a la forma de interpretar las pólizas y la configuración del riesgo asegurado es cuestionable desde distintos puntos de vista. Primero, porque contiene inconsistencias entre lo postulado para la interpretación y la forma en que los propios tribunales se aproximan a ella en sus considerandos. Razonaron con un sesgo que orientó su pensamiento solo en beneficio del asegurado, en detrimento de las compañías y el mercado asegurador, casi como si los fallos hubiesen tenido un resultado predeterminado y el razonamiento haya estado al servicio de ese punto de llegada. La noción de riesgo y siniestro que defienden, desde un prisma económico, comercial y técnico, es irracional, misma característica que tendría la propuesta por las compañías aseguradoras, según la FCA, pero mirada ésta desde la óptica de los asegurados. Segundo, porque su interpretación acerca del riesgo asegurado por la póliza de perjuicios por paralización ignora una figura elemental y característica de la determinación del riesgo, cual es la delimitación cualitativa causal del mismo, tergiversando los efectos propios de esta herramienta. Tanto la EWHC como la UKSC consideran que los requerimientos causales específicos relativos a la orden de autoridad y la emergencia sanitaria forman parte integrante del riesgo asegurado, para extender la cobertura, y no que son delimitaciones de este, como estimo debieron hacerlo. Por lo demás, no solo extienden la cobertura a cada uno de los elementos del siniestro compuesto, sino que también a eventos consecuenciales solo correlacionados con el hecho que originó la cadena causal que desembocó en el perjuicio económico.

En tercer lugar, postulo que la aproximación a las cláusulas de ajuste es susceptible de observaciones o cuestionamientos por dos razones. Primero, porque más que una cláusula accidental

que forme parte del mero mecanismo de cuantificación de la pérdida, se trata de un elemento esencial a todo seguro de lucro cesante que, conforme al principio indemnizatorio, debe considerar toda circunstancia que habría afectado de igual manera al negocio, aunque no ocurra el siniestro. Segundo, porque sostener que la cláusula de cobertura deba necesariamente ser más relevante que la cláusula de ajuste – si se considera que esta tiene individualidad y valor propios – carece de justificación. Si bien la determinación del riesgo asegurado, lo que fija la cobertura pactada, es clave y esencial en todo seguro, también lo es la forma de determinar la pérdida indemnizable, puesto que se trata de la puesta en práctica de la cobertura, la que si no se efectúa cuidadosa y rigurosamente puede arrojar resultados demasiado alejados de la mera indemnización del asegurado, afectando así la máxima tantas veces referida. La cobertura pactada debe respetarse, por cierto, y justamente para que ello ocurra es clave considerar la delimitación del riesgo, de forma literal, de manera que al calcular la pérdida se tomen en cuenta todos los elementos no cubiertos que concurrieron en el resultado económicamente dañoso para descontarlos de la indemnización a pagar. El aparente yerro de los tribunales ingleses se ve exacerbado con la postura de la UKSC sobre las pérdidas ocasionadas por la pandemia con anterioridad al siniestro, puesto que derechamente amplía la obligación indemnizatoria de la compañía a riesgos que no asumió, cuestión que consta en la póliza misma, erigiéndose como una especie de distribuidor de riesgos mientras que carece de cualquier potestad para ello.

En cuarto lugar, considero plausible concluir que las decisiones del Test Case entrañan una amenaza tanto para los asegurados como para el mercado asegurador, puesto que envía señales alarmantes en cuanto a la previsibilidad de las decisiones y de los efectos de los seguros de interrupción de negocio. Si las compañías reciben estas decisiones como alertas de que las delimitaciones de riesgo que contemplan en sus pólizas no están cumpliendo su función, o bien van a tratar de modificarlas cuando ello sea posible, o bien van a aumentar las primas, para lograr absorber la parte de riesgo que se les impuso judicialmente, devolviéndola a quien le correspondía soportarla, esto es, el asegurado. No sería extraño ver que el precio de las coberturas de perjuicios por paralización aumente en el corto plazo.

Por último, me parece que, atendida la forma en que la EWHC y la UKSC entienden el riesgo asegurado y el siniestro en las coberturas analizadas y las importantes consecuencias prácticas que esto provoca en la determinación de la pérdida, puede sostenerse que los fallos del Test Case tienen al menos ciertos roces con el principio indemnizatorio.

Bibliografía Citada

ABRAHAM, Kenneth (2020): “Insurance”, en GOLD, Andrew y otros (edits.), *The Oxford Handbook on the New Private Law* (Oxford, Editorial Oxford University Press) pp.445-462.

AMUNÁTEGUI ECHEVERRÍA, Andrés (2015): “Comentario al artículo 550”, en RÍOS OSSA, Roberto (dir.) y SCHIELE MANZOR, Carolina (edit.), *El Contrato de Seguro: Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

ARELLANO ITURRIAGA, Sergio (2014): *La Ley del Seguro* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición Actualizada).

BAEZA PINTO, Sergio (1967): *El Seguro* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2020): *Derecho de Seguros* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, Cuarta Edición Corregida y Aumentada).

FRENCH, Christopher (2020): “COVID-19 Business Interruption Insurance Losses: The cases for and against coverage”, *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 27, N° 1: pp.1-35.

- GLYNN, Damian y ROGERS, Toby (2021): *Riley on Business Interruption Insurance* (Londres, Editorial Thomson Reuters, Onceava Edición).
- JOHNSON, Scott (2019): “What constitutes physical loss or damage in a property insurance policy?”, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 54, N° 1: pp.95-123.
- KNUTSEN, Eric, STEMPEL, Jeffrey y SWISHER, Peter (2020): *Principles of Insurance Law* (Durham, Editorial Carolina Academic Press, Quinta Edición).
- KAHLER, Clyde (1932): “Business Interruption Insurance”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 161: pp.77-84.
- MERKIN, Robert y STEELE, Jenny (2013): *Insurance and the Law of Obligations* (Oxford, Editorial Oxford University Press).
- NASSER OLEA, Marcelo (2015): “Comentario al artículo 551”, en RÍOS OSSA, Roberto (dir.) y SCHIELE MANZOR, Carolina (edit.), *El Contrato de Seguro: Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés (2002): *Lecciones de derecho de seguros N°2. Elementos esenciales: partes y carácter indemnizatorio del contrato* (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia).
- BESSON, André y PICARD, Maurice (1975): *Les assurances terrestres en droit français* (París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence).
- RÍOS OSSA, Roberto (2015): “Comentario al artículo 513 t)”, en RÍOS OSSA, Roberto (dir.) y SCHIELE MANZOR, Carolina (edit.), *El Contrato de Seguro: Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- RÍOS OSSA, Roberto (2015): “Comentario al artículo 513 x)”, en RÍOS OSSA, Roberto (dir.) y SCHIELE MANZOR, Carolina (edit.), *El Contrato de Seguro: Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- RODGER, Angus (2007): “An Introduction to Insurance and Insurance Law”, en MERKIN, Robert (edit.), *Practical Insurance Guides. Insurance Law – An Introduction* (Oxford, Editorial Routledge) pp.1-34.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2010): *Derecho Comercial. Tomo III. Volumen 1* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SAPAG ÁLVAREZ, Rodrigo (2021): *La ley del seguro. Regulación del mercado y del contrato de seguro en Chile* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).
- STIGLITZ, Rubén (2001): *Derecho de Seguros. Tomo I* (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Edición Actualizada).

Jurisprudencia Citada

Reino Unido:

THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS [2021] UKSC 1.

THE FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY V. ARCH INSURANCE & OTHERS [2020] EWHC 2448 (Comm).

CASTELLAIN V. PRESTON [1883] 11 QBD 380.

ORIENT-EXPRESS HOTELS LIMITED V. ASSICURAZIONI GENERAL SPA [2010] EWHC 1186 (Comm).

Hong Kong:

NEW WORLD HARBOURVIEW V. ACE INSURANCE [2012] HKFCA 21.

EL BENEFICIARIO EN LOS SEGUROS DE DAÑOS

THE BENEFICIARY IN PROPERTY INSURANCE

Oswaldo Contreras Strauch*

RESUMEN: Este trabajo analiza el tema del beneficiario en el seguro de daños, que se da en la legislación chilena como parte distinta a la del asegurado, y llega a dos conclusiones: que el nacimiento y extinción del derecho del beneficiario no se rige por lo que dispone el Art. 1449 del Código Civil sino por las normas propias que regulan al contrato de seguro en el Código de Comercio y que, en caso de siniestro, el derecho del beneficiario a la indemnización está sujeto a la subsistencia y cuantía de su interés asegurable sobre la materia asegurada.

Palabras clave: beneficiario, seguro de daños.

ABSTRACT: This paper analyzes the beneficiary in property insurance, that exists in Chilean legislation as a different party to the insurer, and concludes that existence of beneficiary's right is not governed by Article 1449 of Civil Code but for the rules of Insurance Contract Law and that in a loss event, his right to be indemnified is conditioned to his insurable interest remaining.

Keywords: *beneficiary, property insurance.*

1.- Introducción

Joaquín Garrigues¹ explica que, mientras el asegurador asume siempre los derechos y las obligaciones del contrato, el contratante del seguro asume con el asegurador las obligaciones, pero puede no asumir los derechos. Los derechos se adquieren lógicamente por quién está interesado en que el siniestro no se produzca y esta persona puede ser el mismo contratante o un tercero que sea el verdadero portador del interés asegurable: el asegurado.

En algunos casos, esta situación se da porque el contratante del seguro es un mediador de ese interés ajeno sin que sea indispensable la existencia de un mandato. Es el típico caso del contrato de seguro celebrado por cuenta ajena.

En los seguros de personas, con especial importancia en los seguros de vida y accidentes personales que cubren el evento de muerte, se da también con regularidad, la figura del beneficiario. Esta persona es aquella a quien el contratante designa como titular del derecho a cobrar la indemnización del seguro, a la muerte del asegurado, que normalmente -mas no siempre- es quien lo contrata. En estos seguros, siempre, el asegurado es la persona cuya vida se asegura.

La figura del beneficiario en los seguros de personas está regulada por varios artículos del CCom (Arts. 593 al 596, inclusive).

* Profesor (E) de Derecho Comercial, Ex Vicepresidente Mundial de Asociación Internacional de Derecho de Seguros.

¹ GARRIGUES (1982) p. 69.

En nuestro país, a diferencia de otras legislaciones, la figura del beneficiario se da también, con alguna frecuencia, en los seguros de daños, y en este caso es quien “aún sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro” (Art 513 letra c) del CCom).

En el presente trabajo examinaremos al beneficiario en el seguro de daños, su naturaleza jurídica, la forma como adquiere el derecho a la indemnización y los requisitos y límites a que dicho derecho está sujeto, confrontándolo con el derecho del asegurado al momento del siniestro.

Hemos emprendido la tarea de redactarlo porque no estamos de acuerdo con cierta doctrina que, fundada en la norma del Art 1449 del Código Civil chileno -que considera aplicable- sustenta que, en un seguro de daños, existiendo un beneficiario, este sería el único que podría ejercer el derecho a cobrar la indemnización. Esta doctrina no tiene apoyo en las normas que regulan el contrato de seguro en Chile, no considera aspectos fundamentales relacionados con el riesgo y el interés asegurable, no tiene reconocimiento en el derecho comparado² y pugna con la doctrina relevante posterior a la entrada en vigencia de la ley 20.667, así como también, con la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia.

2.- La norma del Art. 1449 del Código Civil y el beneficiario en el contrato de seguro.

Como ya se ha dicho, en el seguro se da, en ciertos casos o circunstancias, la existencia del **beneficiario** como persona distinta del asegurado y/o del contratante.

En general, hay un beneficiario, en todos los casos en que, por disposición legal o contractual, existe en el seguro un tercero habilitado por el contrato o la ley **para percibir**³, en todo o en parte, la indemnización de un seguro contratado por el asegurado o por un tercero en su nombre, por su cuenta o a su favor⁴.

De lo dicho se infiere que hay beneficiarios legales y contractuales.

La figura del beneficiario está definida en el Art. 513, literal c), del CCom en la siguiente forma:

“**Beneficiario**: el que, aun sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro”.

El texto de esta definición fue propuesto por el Prof. Sergio Baeza Pinto en la segunda sesión (de fecha 21 de junio de 1990) de la Comisión Redactora del Proyecto original de nueva ley sobre contrato de seguro, que devino, luego de largos años (con varias actualizaciones y modificaciones) en el mensaje del año 2007 que dio origen a la ley 20.667 de mayo de 2013.

El texto definitivo de esta definición quedó fijado en la siguiente sesión (tercera) con fecha 12 de julio del mismo año 1990. En la cuarta reunión, de fecha 26 de julio, se volvió sobre el tema, sólo para aclarar que “la existencia del beneficiario es un accidente del contrato de seguro y que, si la persona llamada a recibir la indemnización en caso de siniestro tuviere interés en el seguro, podrá ser a la vez asegurado”. Se dejó constancia, además, de que no se incluyó en la definición que la designación del beneficiario se efectúe siempre por el asegurado, “por cuanto, eventualmente, puede ésta ser realizada por el contratante, contrayente o tomador, y aún pueden existir beneficiarios legales”.

Este antecedente permitirá explicar muchas de las ideas y comentarios que expresamos en el presente trabajo.

² En realidad, en el derecho comparado, no se encuentra regulada la figura del beneficiario en el seguro de daños.

³ Si tiene derecho a percibir la indemnización, también tiene -en principio- derecho a impetrarla y a cobrarla.

⁴ La distinción atiene a que cuando un tercero contrata el seguro por cuenta del asegurado, lo hace actuando en nombre de este último, en tanto que cuando lo contrata por sí, pero designando un beneficiario, el tercero actúa por cuenta propia, pero estipulando que la indemnización cederá (eventualmente) en beneficio de un tercero.

La primera de ellas es que el beneficiario es una persona natural o jurídica que está (o debe estar) -al igual que el asegurado- expuesta a un riesgo, lo que deja en claro la definición del Art 513 letra t): “Riesgo: la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero”.

Entonces, si el siniestro cubierto por el seguro no ocasiona al beneficiario una pérdida, es que no puede ser titular del derecho a la indemnización.

Ello equivale a decir que el beneficiario tiene que ser titular de un interés asegurable.

Aun cuando las figuras más conocidas del beneficiario en los seguros de daños, son los que se designan en su calidad de acreedores del asegurado, en general hay un beneficiario en todos los casos en que, por disposición legal o contractual, existe un tercero habilitado para cobrar y/o percibir, en todo o en parte, la indemnización de un seguro contratado por el asegurado o por un tercero en su nombre, por su cuenta o a su favor.

Como lo expresamos ya con anterioridad, cierta parte de la doctrina nacional, que no compartimos⁵, ha estimado que la designación contractual de un beneficiario en el seguro, y sus efectos, se regiría por lo dispuesto en el Art. 1449 del Código Civil.

El primer autor nacional que así lo sostuvo fue, precisamente, el Prof. Sergio Baeza Pinto, en su clásica obra “El Seguro”, de 1966, quien sostiene:

“Cabe preguntarse aquí, donde nace el derecho del beneficiario a cobrar las indemnizaciones que procedan. La doctrina, en general, establece que se trata de una estipulación en favor de un tercero y que el principio jurídico aplicable es el previsto por el artículo 1449 del Código Civil, (...)”⁶.

A la época en que el Prof. Baeza sostenía esta teoría, la figura del beneficiario en el seguro carecía totalmente de regulación en el Código de Comercio, ni directa ni indirectamente, de manera que era de toda lógica optar por encuadrarlo dentro del Código Civil, que es la normativa general del derecho privado chileno, a cuyas normas cabe recurrir “en los casos que no estén especialmente resueltos por el Código de Comercio”, según dispone el Art. 2 de este último.

Por lo tanto, resulta útil examinar cómo encaja esa teoría en los diferentes tipos de beneficiarios de un seguro, de acuerdo a las normas que lo rige a partir de la entrada en vigencia de la ley 20.667, de la doctrina posterior a ésta y de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

3.-El beneficiario en los seguros de personas, a partir de la entrada en vigencia de la ley 20.667. No se aplica a su respecto la norma del Art 1449 del Código Civil.

En la legislación actual, posterior al 1° de diciembre de 2013, el beneficiario en los seguros de personas esta expresamente reglamentada y se rige, en primer lugar, por la norma del Art. 593 del CCom., según la cual, cuando el beneficiario del seguro es una persona distinta del asegurado. Esta disposición precisa que “la designación del beneficiario podrá hacerse en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento”.

Y también se le aplica la norma del Art. 595, según la cual “el contratante del seguro puede revocar la designación de beneficiario en cualquier momento, a menos que haya renunciado a esta facultad por escrito”.

En consecuencia, sobre la base de estas disposiciones, hay pleno consenso en la doctrina nacional, en cuanto a que al beneficiario de un seguro de personas no se le aplica la norma del Art. 1449 del Código Civil.

Ello porque, en contraposición a lo que prescribe esta última norma, la designación de un beneficiario en el seguro de personas puede revocarse, aún cuando este haya aceptado expresa o tácitamente su designación, conforme al citado Art 595.

El único caso en que el contratante del seguro de vida pierde su derecho a revocar la

⁵ Fundamentalmente, con anterioridad a la entrada a la ley 20.667. de 9 de mayo de 2013.

⁶ BAEZA PINTO (2001) p. 53. No se identifica a la doctrina que alude el autor.

designación de beneficiario es cuando ha renunciado a esa facultad por escrito, situación de muy rara ocurrencia.

4.- El beneficiario en los seguros de daños. Tampoco se aplica el referido Art 1449 CC.

En nuestro país, la figura del beneficiario está expresamente aceptada con carácter general, aplicable tanto a los seguros de personas como a los de daños lo cual se desprende de las normas contenidas en el Art. 513, letras c) y e) anteriormente citadas. Y también en el Art 517 inciso final (relativo a los seguros colectivos) y el inciso primero del Art. 542.

En la práctica el beneficiario en los seguros de daños se da en los seguros colectivos; en los seguros de cosas contratados por el deudor en beneficio del acreedor⁷; del depositario en beneficio del depositante; del administrador de bienes ajenos en beneficio del principal; en el seguro de garantía, cuando lo contrata el obligado al cumplimiento de una determinada obra u obligación en beneficio de su acreedor, etc. También hay beneficiarios legales, como es el caso de los terceros perjudicados en el seguro de responsabilidad civil, según lo que dispone el Art. 570, inciso segundo⁸.

Como se ha dicho, cierta parte de la doctrina nacional ha estimado, sobre todo con anterioridad a la ley 20.667, que la designación de beneficiario en el seguro de daños contratado en favor de un tercero beneficiario, sin mandato suyo para hacerlo en su nombre, se rige por la norma del Art. 1449 del Código Civil, arriba transcrita, que requiere de su aceptación para perfeccionarse a su respecto, y mientras no intervenga dicha aceptación expresa o tácita, el contratante puede revocarla.

Un estudio más detenido sobre este tema, nos ha llevado a la convicción que esa tesis es insostenible, ya que la regulación que contiene el mencionado artículo 1449 del Código Civil, no se adapta a las particularidades, los principios rectores y la actual regulación legal del derecho de seguros.

Ríos Ossa concuerda con este criterio. Sostiene al respecto que “hay ciertas particularidades en la norma del artículo 1449 que no se concilian del todo con la figura del beneficiario en el caso del seguro, especialmente frente a la revocación. En este caso, en el contexto del artículo 1449 del C.C. si el tercero beneficiado por la *stipulatio* acepta, no procede la revocación”, mientras que “en el caso del seguro, el artículo 595 dispone que, “el contratante del seguro puede revocar la designación del beneficiario en cualquier momento, a menos que haya renunciado a esta facultad por escrito. Agrega que se puede extraer otra diferencia entre la revocación del artículo 1449 del C.C. y la reglada en el citado artículo 595 del CCom., ya que en el caso del artículo 1449 del C.C. la revocación constituye un acto jurídico bilateral o dicho de otro modo “es una convención en que los contratantes dejan sin efecto lo que habían convenido”, en tanto que “la revocación del artículo 595 del C. com. constituye un acto jurídico unilateral, es, como señala nuestro legislador, una facultad del contratante”⁹.

Según arriba hemos visto, en el seguro de vida el asegurado contratante puede hacer efectiva dicha revocación, aun si ha mediado dicha aceptación, a virtud de lo que dispone el Art. 595: “El contratante del seguro de vida **puede revocar** la designación de beneficiario en cualquier momento, a menos que haya renunciado a esta facultad por escrito”¹⁰.

⁷ Es regla común que se asigne la condición de beneficiarios a los acreedores hipotecarios y en muchos casos, también, a los prendarios.

⁸ RÍOS OSSA (2015) p. 63 opina que “una interpretación armónica de las letras n) (por error menciona en su lugar a la m) y t) del artículo 513 del CCom) permite sostener que el beneficiario no es titular de interés asegurable alguno, al no verse afectado por la ocurrencia de un riesgo”, agregando que “en este sentido sigue siendo un tercero”. No compartimos esta opinión, pues en diversos casos el beneficiario sí tiene interés asegurable. Así, por ejemplo, el acreedor del asegurado a quien éste designa como beneficiario, y el caso del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil.

⁹ RÍOS OSSA (2015) p. 64.

¹⁰Queda en claro que la revocación del beneficiario se hace efectiva por un acto jurídico unilateral del contratante.

La revocación del beneficiario también se da en los seguros de daños. Si bien el Art. 595 está en el contexto normativo de los seguros de personas, por su forma y naturaleza se aplica en general a todos los beneficiarios de seguros de cualquier especie, de personas o de daños.

Tampoco nos parece aplicable al beneficiario, en ningún caso, la frase del artículo 1449 del CC, según la cual, una vez realizada la estipulación a favor de un tercero, “solo esta persona podrá demandar lo estipulado”, sin perjuicio que, por imperativo de esa misma norma, **antes de mediar su aceptación** el estipulante puede revocar la estipulación.

Baeza Pinto coincide con el criterio que hemos indicado, diciendo que la expectativa del beneficiario a cobrar el seguro “dura mientras el contrayente del seguro no revoque la designación de beneficiario y tal cosa puede ocurrir en cualquier momento. Por lo demás, su derecho eventual puede desaparecer por anulación, resolución o caducidad del contrato de seguro o si él es dejado sin efecto por voluntad de las partes”¹¹.

Asimismo, para tener derecho a reclamar la indemnización para sí, el beneficiario debe tener un interés asegurable al tiempo del siniestro, y acreditarlo. En caso contrario, obtendría una ganancia de parte del seguro en perjuicio del asegurado que sufrió los efectos del daño causado por el siniestro y no es lícito obtener una ganancia del seguro. Así lo dispone expresamente el Art. 550 del CCom.

Volveremos sobre este punto en específico, en el apartado N° 6.

5.- El caso de los beneficiarios legales.

La situación de los terceros que son beneficiarios legales, tampoco se rige por los hipotéticos efectos de la aplicación del Art. 1449 del Código Civil, porque el derecho de estos a cobrar la indemnización emana directamente de la disposición de la ley. Este es el caso, por ejemplo, del tercero perjudicado en un seguro de responsabilidad civil, que es beneficiario de este seguro, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 570, ya que es el único a quien el asegurador puede pagar la indemnización del seguro, acordada por transacción o decretada por sentencia.

6.- El derecho del beneficiario a cobrar el seguro está condicionado a que tenga un interés asegurable actual y exigible. Fuentes de conflicto.

Como anteriormente lo anticipamos, ocurrido un siniestro, para que el beneficiario tenga derecho a cobrar el seguro actuando como si fuera parte del contrato, tiene que tener interés asegurable. Sin interés asegurable nadie puede ejercer la acción que emana del contrato para cobrar la indemnización.

De acuerdo al Art. 513, literal n) del Código de Comercio, constituye interés asegurable, “aquel que tiene el asegurado en la no realización del riesgo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 589 en relación a los seguros de personas”.

A su vez, el riesgo en el contrato de seguro está definido en el literal t) del mismo artículo, como “la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero”.

El interés asegurable es un elemento esencial en todo contrato de seguro; y en los seguros de daños, dos normas del CCom. lo dejan en claro.

En primer lugar, el Art. 520, según el cual “el asegurado debe tener un interés asegurable, actual o futuro, respecto al objeto del seguro. En todo caso es preciso que tal interés exista al momento de ocurrir el siniestro”.

Luego, el Art. 546, conforme a cuyo texto, “Toda persona que tenga un interés patrimonial, presente o futuro, lícito y estimable en dinero, puede celebrar un contrato de seguros contra daños. Si carece de interés asegurable a la época de sobrevenir un siniestro, el asegurado no podrá reclamar la indemnización; pero en todo caso tendrá el derecho que le otorga el inciso segundo del artículo 520”

¹¹ BAEZA PINTO (2001) p. 51.

(la devolución proporcional de la prima pagada).

Ninguna de estas normas menciona al beneficiario, pero sin duda les son aplicables en los seguros de daños porque, recordemos, el Art. 513 del CCom. define al asegurado como...“a) aquel a quien afecta el riesgo que se transfiere al asegurador”; al beneficiario, como...”c) el que, aun sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro”, y al riesgo, como “la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o **beneficiario** una pérdida o una necesidad de tipo económico”.

En los seguros de daños, si el beneficiario, **que no es otra cosa que un asegurado alternativo o sustituto**, no tiene o no conserva ningún interés patrimonial comprometido, recibir la indemnización significaría que dicho tercero obtendría una ganancia o enriquecimiento a costa del seguro.

Recientemente, el legislador vino a introducir al Código de Comercio una norma que constituye lo que con toda propiedad puede calificarse como interpretación auténtica, que valida absolutamente esta interpretación que, como veremos es respaldada por la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, la ley 21.314 publicada en el Diario Oficial del 13 de abril de 2021 introdujo en el Código de Comercio un nuevo artículo 520 bis, a continuación del Art. 520 que regula el interés asegurable, cuyo tenor es el siguiente:

“En los seguros de daños, personas o de cualquier otro tipo contratados con el objeto de resguardar los bienes dados en garantía o asegurar el pago de una obligación de crédito de dinero, se considerará que los bancos o instituciones financieras **que hubieren otorgado dichos créditos tienen un interés asegurable sobre el pago de la deuda o los bienes dados en garantía**”.

Los bancos e instituciones financieras acreedoras son designadas habitualmente como terceros beneficiarios en los seguros que se contratan para proteger los bienes dados en garantía. De acuerdo al texto legal transcrito, tienen interés asegurable si: a) han otorgado dichos créditos; y b) la deuda subsiste en todo o en parte¹².

Esta última norma es esencial para el análisis que estamos desarrollando, porque la existencia del riesgo está directamente relacionada con el interés asegurable, desde que la ocurrencia de un evento que lo haga efectivo solo implica un riesgo para las personas que tienen un interés asegurable respecto al objeto del seguro que están expuestas a él.

Dicho interés y su monto pueden variar con el transcurso del tiempo, o incluso extinguirse completamente, como en el caso del acreedor del asegurado, designado como beneficiario de la póliza, pero cuyo crédito ya ha sido íntegramente pagado por el deudor a la época de sobrevenir el siniestro. Estimar que dicho acreedor sea el único habilitado para cobrar el seguro implicaría dar lugar a su enriquecimiento sin causa, lo que infringiría frontalmente el principio de indemnización que rige al seguro y que consagra el Art. 550 del CCom¹³. Lo mismo ocurriría -parcialmente- en caso que, al momento del siniestro, el monto del crédito del acreedor beneficiario haya disminuido hasta una cantidad inferior al de la indemnización del seguro.

Un caso de común ocurrencia en la práctica es la contratación de seguros de incendio (incluyendo otras causas de daños materiales) y de desgravamen sobre inmuebles, y de otros seguros sobre bienes muebles, por parte o en favor de acreedores, la mayoría de las veces bancos, en calidad de contratantes o tomadores de dichos seguros por cuenta de sus deudores, o contratados por estos últimos, que designan como beneficiarios a sus acreedores. Muchas veces, sobre todo, más no

¹² Por tanto, si la deuda se ha extinguido, ya no tienen interés asegurable y si ella ha disminuido, su interés se reduce al monto de lo que de ella reste.

¹³ Esta situación fue reconocida tempranamente por la jurisprudencia especializada en el ramo: “El contratante del seguro, vendedor de una máquina, tiene en la conservación de la misma un interés equivalente al del saldo de precio de venta insoluto, pero el comprador, su propietario, lo tiene en su calidad de tal por el total restante de la cobertura contratada”. Fallo de fecha 2.02.1932, dictado por la Superintendencia en causa “Juan Pareto Favillini con Cía. de Seguros Queen”. Véase el fallo en CONTRERAS STRAUCH (1999), p. 96.

exclusivamente, cuando los contratan los deudores, se emiten no sólo por el importe del crédito, sino por el monto del valor total del objeto asegurado.

En estos casos, el acreedor es beneficiario del seguro hasta el importe del crédito adeudado a la época del siniestro, incendio y otros daños materiales, o la muerte del deudor, en el caso de los seguros de desgravamen. En la suma que exceda el monto adeudado a la época del siniestro, el beneficiario es el deudor asegurado o sus herederos.

Al respecto cabe hacer presente una reflexión necesaria: en estos casos, el deudor, dueño de la cosa¹⁴, y el acreedor por el préstamo otorgado, tienen un interés asegurable y un riesgo distintos, emanados de su respectiva situación: el propietario, los riesgos asociados a los daños o pérdidas de la cosa asegurada; el acreedor, la pérdida de su garantía y, en último término, el riesgo de impago del crédito otorgado.

Esta figura ha sido fuente frecuente de conflictos entre el tomador asegurado y los beneficiarios y también con los corredores y compañías de seguros que son empresas filiales o relacionadas con los bancos, cuando los seguros son contratados por iniciativa de estos últimos. Los más frecuentes de estos conflictos surgen respecto de la titularidad para cobrar el seguro cuando el monto de la indemnización excede al monto de la deuda pendiente a la época del fallecimiento o cuando –en último término– el deudor ha terminado de pagarla. En general, la jurisprudencia se ha inclinado, correctamente a nuestro juicio, por la solución que surge de lo razonado en el párrafo anterior, es decir, que el acreedor tiene título para exigir indemnización solo si existe un saldo de crédito insoluto y como máximo, por dicho monto; en el excedente, la indemnización cede a favor del propietario de las cosas aseguradas¹⁵.

Pero, además, tratándose de los beneficiarios que son acreedores y el seguro cubre su acreencia, puede darse (y de hecho se da) la circunstancia de que se produzca un siniestro que no amenaza la garantía de dicha acreencia, porque el inmueble asegurado no sufrió un daño significativo o no sufrió daño en lo absoluto¹⁶, y el asegurado-deudor se encuentra al día en el servicio de la deuda. En ese caso resulta lógico que sea el asegurado deudor quien tenga el derecho a cobrar la indemnización y no el beneficiario.

Otra fuente de conflicto surge cuando al momento de la contratación por el banco de un seguro de incendio a su favor, con la finalidad de cubrir el crédito otorgado con garantía hipotecaria del inmueble, el deudor (dueño y asegurado) le solicita al banco que contrate dicho seguro por el importe del valor total de la propiedad, para así cubrir sus propios intereses y el banco no atiende este requerimiento y lo contrata solamente por el importe del crédito. Posteriormente, cuando ocurre un siniestro, el dueño de la cosa se encontrará ante la situación de que no puede reclamar al asegurador el pago de la indemnización que le hubiera permitido resarcirse de su propia pérdida¹⁷.

¹⁴ Esa “cosa” puede ser un crédito contra un tercero. Este es el caso, por ejemplo, de un seguro de garantía o caución, contratado como tomador por el deudor de una obligación, para un tercero asegurado –su acreedor– que a su vez designa como beneficiario a un banco u otro financista acreedor suyo. Esta situación se da, con frecuencia, en el caso del dueño de una obra a ser construida, financiada en todo o en parte por un banco u otro financista. El dueño de la obra le encarga la construcción a una empresa constructora, pero le exige a esta última que contrate un seguro de garantía en su favor, y a su vez el dueño de la obra instituye como beneficiario del seguro al banco que le ha otorgado créditos para financiar la totalidad o parte de la obra.

¹⁵ El fallo que sentó jurisprudencia sobre esta materia fue la sentencia de la Corte Suprema de fecha 30.01.1989, en *BANCO DO BRASIL S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS LA CHILENA CONSOLIDADA* (1989). En el mismo sentido, *HUGO MARTÍNEZ CASTILLO CON LIBERTY COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.* (2017), *MARINA DE PICHIDANGUI S.A. CON LIBERTY COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A.* (2018), *RUTA 5 TRAMO TALCA CHILLÁN S.A. CON SEGUROS LA REPÚBLICA S.A. Y OTROS* (2008). Los examinaremos más adelante.

¹⁶ La segunda alternativa se da, típicamente, cuando el seguro contratado es del tipo multirriesgo y el siniestro ocurrido es de robo o de responsabilidad civil.

¹⁷ Hay muchas sentencias pronunciadas en este sentido, por ejemplo: *CRISTIÁN ARANGUA ALIAGA Y OTRO CON BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES* (2016), *ALBA MERCADO LUNA CON BANCO SANTANDER CHILE* (2018), *LAGOS NAZAL RENE CON BANCHILE SEGUROS DE VIDA S.A.* (2014), *SEGUNDA ROCA S.A. CON BANCO SECURITY* (2016).

Una última fuente de conflicto se da en el caso de los seguros de “protección bancaria”, contratados por los bancos para amparar a sus clientes, cuenta correntistas y/o “tarjeta habientes”, en caso de los cada vez más frecuentes fraudes informáticos. Ocurrido el siniestro, se suscita con cierta frecuencia una controversia entre el banco asegurado y el cliente beneficiario, respecto a si corresponde a este último o no, cobrar la indemnización del seguro¹⁸.

7.- La doctrina frente al derecho del beneficiario y sobre la exigencia de interés asegurable.

La doctrina respalda los conceptos precedentemente expuestos, en virtud de los cuales se concluye, en primer lugar, que aun habiendo un tercero beneficiario, el asegurado tiene pleno derecho a requerir de la aseguradora el pago de la indemnización al amparo del seguro de daños respectivo (particularmente en los seguros de garantía), y en segundo lugar, que tiene derecho a percibir dicha indemnización, en todo o en parte, a menos que el beneficiario esté respaldado por la subsistencia de un interés asegurable actual y legítimo, por el total o parte de la indemnización¹⁹.

Lo mismo opina Baeza Pinto, quien sostiene que: “La institución del beneficiario es susceptible de convenirse en cualquier tipo de contrato, cumpléndose el requisito de que el beneficiario tenga interés en la conservación de la persona o bien asegurado”²⁰.

Juan Achurra concuerda con esta opinión y sostiene que, respecto al beneficiario “también debe concurrir el requisito de existir un interés asegurable, porque de otro modo se infringiría el carácter indemnizatorio del seguro”, agregando que “lo normal es que tengan la calidad de beneficiarios en las pólizas los acreedores del asegurado, que obviamente tienen interés en que los bienes de este último no se pierdan o dañen como consecuencia de un siniestro. En los aseguradores de personas, en cambio, no es necesaria la existencia de un interés asegurable de parte del beneficiario”²¹.

Idéntica posición sostiene Rubén Stiglitz en Argentina, para quien el derecho del beneficiario “a obtener la prestación se funda en el hecho de ser titular del interés asegurable que le viene derivado de un contrato básico y de un seguro celebrado en su favor”²².

Roberto Ríos sostiene al respecto, que “el asegurado es aquel que se ve afectado por el riesgo, o, dicho de otro modo, quién sufre las consecuencias económicas negativas que conlleva la ocurrencia de un evento dañoso o desfavorable económicamente”²³.

Pero, agrega un razonamiento con el cual, de acuerdo a lo más arriba expuesto, no coincidimos: “Una interpretación armónica de las letras m)²⁴ y t) del artículo 513 del CCom. permite sostener que el beneficiario no es titular de interés asegurable alguno, al no verse afectado por la ocurrencia de un riesgo. En este sentido sigue siendo un tercero”²⁵.

La verdad es que el texto actual del Código señala expresamente que el beneficiario esta

¹⁸ Ver VERÓNICA ÁVILA VALENZUELA CON BANCO DEL ESTADO (2017), COMERCIAL SANTA ROSA LIMITADA CON ZURICH SANTANDER SEGUROS DE VIDA CHILE S.A. (2016); PARROQUIA SAN RAMÓN DE RETIRO CON BANCO SANTANDER CHILE (2019); BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES CON MAPFRE SEGUROS GENERALES (2016).

¹⁹ Que tenga derecho a percibir la totalidad o parte de la indemnización está determinado por la subsistencia de un saldo de crédito por un monto mayor o menor al importe de la última.

²⁰ BAEZA PINTO (2001) p. 53.

²¹ ACHURRA LARRAÍN (2005) p. 26.

²² STIGLITZ (2004) p. 188.

²³ RÍOS OSSA (2015) p. 57.

²⁴ En realidad, se refiere a la letra n) del Art. 513.

²⁵ RÍOS OSSA (2015) p. 63. Lo cierto es que el beneficiario puede ser titular de un interés asegurable, aunque en muchos casos es distinto al que tiene el asegurado. Así, por ejemplo, si el asegurado contrata un seguro de incendio sobre un inmueble de su dominio y en la póliza se designa como beneficiario al banco acreedor hipotecario, el interés asegurable del asegurado es la propiedad asegurada en tanto que el del banco es el pago del crédito garantizado con hipoteca sobre dicha propiedad.

expuesto a riesgos: “Riesgo, la eventualidad de un suceso que ocasione el asegurado *o beneficiario* una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero” (Art 513, letra t)).

Ríos señala, además, que “la moción parlamentaria consideraba como titular del interés asegurable al beneficiario, sin embargo, ello no quedó en el texto definitivo”²⁶.

Barroilhet y Angelbeck también sostienen que al beneficiario no se le requiere interés asegurable, pero su raciocinio se encuadra más bien en el beneficiario en los seguros de personas. Afirman que “es solo un *accipiens*, esto es una persona habilitada para recibir el pago de la indemnización del seguro”, a quien “no se le exige interés asegurable”²⁷.

Lo mismo cabe decir respecto a la opinión que expresa Ricardo Sandoval, para quien...” siendo el beneficiario una parte distinta al asegurado, no se le exige interés asegurable, ni se requiere que tenga alguna relación con la materia asegurada, como se le requiere al asegurado”²⁸.

De acuerdo a lo que hemos sostenido precedentemente, y por las razones expresadas, no estamos de acuerdo con el planteamiento de que, en el seguro de daños, no se requiere que el beneficiario tenga interés asegurable.

En resumen, en este tipo de seguros el beneficiario si ha de tener un interés asegurable que lo habilite para cobrar la totalidad o parte de la indemnización. En caso contrario, la indemnización le corresponderá al asegurado. Si el beneficiario de un seguro de daños no tuviera interés asegurable al cobrar la indemnización, obtendría una ganancia a costa del seguro, que pugna con el principio que para este tipo de seguros establece el Art 550 del CCom.

Dicho interés, en la mayoría de los casos (sino en todos) será distinto al que tiene el asegurado. Así, por ejemplo, si el asegurado contrata un seguro de incendio sobre un inmueble de su dominio y en la póliza se designa como beneficiario al banco, acreedor hipotecario de aquél, el interés asegurable del asegurado es la propiedad asegurada en tanto que el del banco es el pago del crédito garantizado con hipoteca sobre dicha propiedad.

Respecto a otro punto relacionado con el beneficiario en el seguro de daños, Barroilhet y Angelbeck afirman que la designación del beneficiario en este tipo de seguros es también revocable, al igual que en los seguros de vida, aún si el beneficiario ya ha aceptado su calidad de tal”, agregando que debe arribarse a esta conclusión “por aplicación de las reglas generales de los contratos: si la designación del beneficiario proviene de una cláusula o estipulación en la respectiva póliza,...., bien pueden el asegurado y el asegurador modificar dicho contrato, sin necesidad de obtener el consentimiento previo del beneficiario, quien no es parte del contrato de seguro”²⁹.

Coincidimos con este razonamiento, dado que, como se ha expresado, la designación de beneficiario en el seguro no está gobernada por la norma del Art. 1449 del Código Civil, y la única situación en la que dicha designación es irrevocable se da en el seguro de vida, en el caso especialísimo a que se refiere el Art. 595 del CCom: cuando el contratante haya renunciado por escrito a su facultad de revocar la designación. Estimamos que, en general, para que el asegurado quede impedido de revocar la designación de beneficiario será preciso que ello quede estipulado en la póliza.

Fernando Sánchez Calero, en España, sostiene que: “Efectivamente, el derecho fundamental que deriva del contrato frente al asegurado -es decir, el derecho al pago de la indemnización-corresponde al asegurado. Al ser éste el titular del interés, el daño se produce en su patrimonio. Por ello se ha de decir que, con carácter general, el asegurado es quien está legitimado para reclamar al asegurador, en el seguro por cuenta ajena, el pago de la indemnización pactada en el contrato de seguro”³⁰.

²⁶ En realidad, no es así: la moción parlamentaria señalaba expresamente, en el Art 513, letra e) que riesgo es “la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado *o beneficiario* una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero”.

²⁷ BARROILHET y ANGELBECK (2017) p. 110.

²⁸ SANDOVAL LÓPEZ (2018) p. 117.

²⁹ BARROILHET y ANGELBECK (2017) p. 112.

³⁰ SÁNCHEZ CALERO y otros (2010) p. 228.

Efrén Ossa en Colombia, sostiene al respecto lo siguiente: “Suele ser (beneficiario) el acreedor hipotecario o prendario, investidos de aquel carácter como garantía colateral de la obligación del deudor, cuyo derecho a la indemnización ha de guardar íntima relación con el monto de su acreencia”³¹.

Halperin y Morandi en Argentina ponen de relieve el carácter accidental que tiene la figura del beneficiario, de acuerdo a lo expresado, señalando que: “El beneficiario, no es parte en el contrato, ya que, en principio, no asume ni se le imponen obligaciones”³².

8.- Derecho a cobrar el seguro en caso de concurrencia de contratante, asegurado y beneficiario

En el caso de concurrencia de un asegurado y un tercero que tenga la calidad de asegurado y/o beneficiario, se pueden presentar distintas alternativas respecto a determinar, por una parte, quién tiene la obligación de denunciar el siniestro y activar así el procedimiento para su liquidación, y por otro, quien tiene derecho al pago de la indemnización.

Desde luego, el contratante del seguro y el asegurado, que es la parte que normalmente está en posesión de la póliza, tienen siempre el derecho de notificar el siniestro al asegurador, de activar el procedimiento de liquidación del mismo, y requerir extrajudicial o judicialmente, en su caso, el pago de dicho siniestro. En el caso del asegurado, hacerlo constituye también una obligación legal, según lo establece el artículo 524 N° 7 del Código de Comercio, en relación a los artículos 513 letra f) y el inciso tercero del Art. 516.

Pero no solo el asegurado, sino el beneficiario distinto de aquél, en su condición de tal y en la medida de su interés asegurable, también tiene derecho a requerir el pago del seguro. De hecho, si no han sido ellos quienes han contratado el seguro, dicho requerimiento servirá, además, de aceptación tácita de su calidad de tales (asegurado o beneficiario), ya que el derecho del asegurado a invocar el seguro en su favor, cuando no ha sido él quien lo ha celebrado, y el del beneficiario, siempre y en todo caso están condicionados a su aceptación expresa o tácita³³.

Cualquiera de esos intervinientes probables en el contrato de seguro, tiene legitimación activa para reclamar la cobertura de la póliza en caso de siniestro, incluido el derecho a demandar judicialmente el cumplimiento del contrato y el pago de la indemnización. Pero sólo tendrán derecho a *percibir* dicha indemnización aquellos que detentan la calidad de titulares de un interés asegurable, conforme a la doctrina que hemos expuesto en el párrafo precedente y a los principios y finalidades del seguro.

Quien tiene la preeminencia o como se reparte la indemnización, depende de la situación de su interés al momento del siniestro. Así, por ejemplo, en el caso que una persona haya contratado un seguro de incendio y al momento del contrato, o posteriormente, haya designado como beneficiario de dicho seguro a un acreedor, en garantía de un crédito que éste le haya otorgado, el titular del derecho a percibir la integridad de la indemnización será el acreedor si al momento del siniestro el asegurado le adeuda un monto igual o mayor que el importe de la indemnización; si, por el contrario, el asegurado ha dejado de ser deudor, será él quien tendrá derecho a percibir la totalidad de la indemnización, y, si adeuda un importe inferior al monto de la indemnización, tendrán derecho a percibir la indemnización el asegurado y el acreedor, en la proporción de su respectivo interés.

³¹ OSSA (1991) p. 14.

³² HALPERÍN y MORANDI (1991) p. 248.

³³ Más adelante agrega que “deberemos entender que aceptación expresa es cualquier acto que indique el propósito de cobrar el seguro a la compañía; y que aceptación tácita sería cualquiera manifestación de voluntad que, aunque no se dirija rectamente al cobro, haga suponer que el beneficiario haga suponer que el beneficiario da por suya la indemnización”. HALPERÍN y MORANDI (1991) p. 158.

La misma solución es aplicable a toda otra situación en que haya un eventual conflicto de intereses entre el asegurado y el beneficiario o cesionario de la póliza³⁴.

La doctrina del interés asegurable se aplica en estos casos en toda su dimensión, para determinar quién es el habilitado para percibir la indemnización.

9.- Análisis de la Jurisprudencia sobre el tema al que se refiere este trabajo.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en repetidas oportunidades, sobre los requisitos necesarios para que, existiendo un beneficiario designado, este tenga derecho a recibir la totalidad o parte de la indemnización, y sobre el derecho del asegurado a demandar y cobrar la indemnización, si ellos no se cumplen.

Un fallo de nuestro Máximo Tribunal, del año 1989, sentó una jurisprudencia que se ha mantenido vigente en relación al derecho de un banco beneficiario como acreedor del asegurado, y a la exigencia del interés asegurable para accionar al respecto. En él, la Excm. Corte Suprema sostuvo que “Para reclamar el pago de un seguro, el asegurado debe tener un interés patrimonial. El contrato de seguro tuvo como partes a la Compañía La Chilena Consolidada y a don Roberto Arancibia López, señalándose como beneficiario al Banco do Brasil en su condición de acreedor prendario, según consta en la póliza respectiva. El contrato de seguro es de mera indemnización y jamás puede ser ocasión de una ganancia y para reclamar el pago de un seguro, debe tener el asegurado un interés patrimonial efectivamente comprometido. El Banco carecía de un interés real comprometido, comoquiera que su calidad de beneficiario se la otorgó el tomador del seguro por su carácter de acreedor prendario respecto del bus siniestrado, prenda que fue alzada con expresa declaración que nada se adeudaba por la adquisición de dicho vehículo”. La alegación del Banco en orden a que la escritura pública de alzamiento de la prenda sólo se extendió para facilitar el recupero, carece de asidero frente al artículo 1700 del Código Civil sobre el mérito probatorio de un instrumento público. Además, a la época que tuvo lugar el siniestro, el Banco no había hecho nada que implicara la aceptación, expresa o tácita, de su calidad de tercero beneficiario”³⁵.

Un fallo arbitral de fecha 4 de diciembre de 1995, siguió esta doctrina al sostener que “a la fecha del siniestro no tenía el Banco la calidad de asegurado, dado que lo que motivaba tal calificación, esto es, el vale de prenda endosado a su favor, ya no se encontraba vigente, pues había expirado 19 días antes. La escritura de reconocimiento de deuda suscrita entre el depositante y el Banco después del siniestro, vino a crear una nueva obligación respecto al asegurador, porque no puede estimarse como meramente declarativa de una obligación que a la fecha del siniestro no existía en su contra. Es imposible que el depositante, ocho meses después del siniestro le esté reconociendo al Banco su calidad de acreedor prendario, que es lo único que habilitaba a este a cobrar el seguro de especies que a la fecha de dicho pacto no existen”³⁶.

En otro fallo se ha sostenido que “se ajusta a derecho la decisión de los jueces del fondo en orden a acoger la demanda, pues al tener el actor la calidad de asegurado, con la consiguiente obligación de pagar la prima establecida en el contrato, está legitimado para ejercer la acción de cumplimiento forzado pretendida en autos, sin que el hecho que un banco sea el beneficiario del seguro le impida ser considerado parte del mismo”³⁷.

En otra sentencia, la E. Corte Suprema, pronunciándose sobre un recurso de queja interpuesto contra el fallo dictado por un árbitro, declaró lo siguiente: “Que en el caso del recurso de queja que

³⁴ Así lo ha reconocido la jurisprudencia en varias ocasiones: 1) *CAPTAGUA INGENIERÍA S.A. CON LE MANS ISE COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A.* (2006). 2) *INMOBILIARIA E INVERSIONES INDEPENDENCIA LTDA.* (2013); 3) *RODRIGUEZ ORELLANA LUIS, BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES CON FRIGORIFICO PALOMARES S.A.* (2015).

³⁵ *BANCO DO BRASIL S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS LA CHILENA CONSOLIDADA* (1989), también en CONTRERAS STRAUCH (1999) p. 61.

³⁶ CONTRERAS STRAUCH (1999) p. 60.

³⁷ CONTRERAS STRAUCH (1999) p. 61.

se conoció por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, la decisión del árbitro arbitrador, abogado señor Juan Agustín Figueroa Yavar, ha sido impugnada porque ella daría cuenta de una errada interpretación a dos disposiciones legales. Por una parte, el artículo 1449 del Código Civil, estipulación en favor de un tercero, y por otra el artículo 22 del Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros, D.S. 863 de 1989. En opinión de quien recurrió de queja, al haberse decantado el árbitro por aplicar normas legales, no pudo sin grave falta o abuso, darle una interpretación manifiestamente errónea y contraria al texto escrito y sin mayor justificación, y así lo estimaron los ministros de la mayoría al acoger el recurso de queja. Pero lo cierto es que, si se revisa la decisión del árbitro en cuestión, ella trasunta un sentido de prudencia y equidad, que puede apreciarse más allá de la interpretación que ha dado a determinadas normas legales. En efecto, se desprende de su decisión, que no puede admitirse como excepción eficaz en el juicio la falta de legitimación activa opuesta por el demandado, frente a una demanda de cumplimiento de un contrato de seguro por responsabilidad civil, en que se ha puesto como beneficiario a un Banco con el que el tomador del seguro y asegurado mantiene créditos por montos inferiores al de la suma asegurada, simplemente porque no demanda quien, conforme con el contrato, es el beneficiario del mismo. Se entiende perfectamente que esta excepción era muy feble para ser acogida, si se considera que el más perjudicado con el no pago del seguro no era el banco beneficiario, sino el propio asegurado que podía perder la oportunidad de pagarlo, no obstante haber sufrido un daño en su patrimonio y no había prueba en el juicio, según lo expone la sentencia, de la aceptación del banco como beneficiario³⁸.

En otro fallo dictado en el año 2017, en la causa caratulada Hugo Martínez Castillo con Liberty Compañía de Seguros S.A., la Excma. Corte sostuvo que: “se ajusta a derecho la decisión de los jueces del fondo en orden a acoger la demanda, pues al tener el actor la calidad de asegurado, con la consiguiente obligación de pagar la prima establecida en el contrato, está legitimado para ejercer la acción de cumplimiento forzado pretendida en autos, sin que el hecho que un banco sea el beneficiario del seguro le impida ser considerado parte del mismo”³⁹.

En el caso “Marina de Pichidangui S.A. con Liberty Compañía de Seguros Generales S.A.”, la sentencia arbitral de primera instancia había acogido la excepción de falta de legitimación activa de la demandante estableciendo, básicamente que, de conformidad a lo convenido en el contrato de seguros celebrado entre las partes, el beneficiario de la póliza era el Banco de Chile, lo cual aparece concordante con su calidad de acreedor hipotecario del inmueble asegurado. El fallo dictado por la Corte de Apelaciones recurrida, teniendo en consideración que “la demandante efectuó a su costa reparaciones de los daños sufridos en el inmueble de su propiedad, aplicó el principio del enriquecimiento sin causa, entendido como una fuente de obligaciones que obliga a restituir toda atribución patrimonial que no tenga una justificación que la explique lo que ocurriría de efectuarse el pago al Banco de Chile, no obstante no haber padecido detrimento en su patrimonio” y resolvió acoger la demanda por el monto de la liquidación no discutida por la demandada, que arrojó una cifra de UF 816,37.

La Excma. Corte Suprema en el fallo de reemplazo, confirmó lo resuelto por la Corte de Apelaciones en lo relativo al rechazo de la excepción de falta de legitimación activa esgrimida por la aseguradora, pero la revocó en cuanto elevó la suma a indemnizar, determinándola en UF 7.969, más intereses corrientes, fundándose en el informe del perito Sr. Undurraga cuyas conclusiones estimó serias y fundamentadas⁴⁰.

Un fundamento similar, amparado en el principio del enriquecimiento sin causa, sostuvo la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso “Ruta 5 Tramo Talca Chillán S.A. con Seguros La República S.A. y otros”.

³⁸ *SOCIEDAD CONSTRUCTORA ARTE LTDA. Y OTRA CON RSA SEGUROS CHILE* (2013). Considerando 12º de sentencia que revoca de Oficio un fallo de la I. Corte de Santiago que había acogido por mayoría de votos un recurso de queja deducido contra el árbitro arbitrador referido.

³⁹ *HUGO MARTÍNEZ CASTILLO CON LIBERTY COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.* (2017).

⁴⁰ *MARINA DE PICHIDANGUI S.A. CON LIBERTY COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A.* (2018).

La aseguradora demandada, al contestar la demanda opuso la excepción de falta de titularidad de la acción de las demandantes, la que fundó en que a éstas no les asistiría derecho alguno a impetrar el pago del importe de la indemnización por seguro catastrófico, por cuanto el único beneficiario de la póliza de seguros en referencia sería el Ministerio de Obras Públicas y no la demandante, que era quien había reparado los daños y obtenido luego que el Ministerio le cediera el derecho a cobrar el seguro, cesión que la aseguradora estimaba que excedía las facultades legales de este último.

La sentencia rechazó la excepción por cuanto lo contrario “habría significado un enriquecimiento a costa de otro sin causa, y del seguro se habría originado una ganancia para el asegurado, lo que expresamente prohíbe el artículo 517 del Código de Comercio”⁴¹.

Por último, en una sentencia reciente de la Excma. Corte Suprema, dictada el 25 de febrero de 2022, en autos Rol N° 5.100-2017 caratulados “Transportes Free Limitada con Chilena Consolidada Seguros Generales” S.A., la Excma. Corte Suprema ha sido rotunda:

“Si no existe un interés asegurable, no puede cobrarse la indemnización proveniente del seguro, puesto que la persona no ha sido perjudicada y ello determina la improcedencia de la reparación indemnizatoria”⁴².

Bibliografía citada

ACHURRA LARRAÍN, Juan (2005): “Derecho de Seguros, Escritos de Juan Achurra Larraín” (Ediciones de la Universidad de los Andes, Santiago).

BAEZA PINTO, Sergio (2001): “El seguro” (Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, Chile).

BARROILHET A., Claudio y ANGELBECK, Robert (2017): “Derecho de Seguros” (Librotecnia, Santiago, Chile).

CONTRERAS STRAUCH., Osvaldo (1999): “Jurisprudencia Sobre Seguros”, Tomo 1 (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile).

GARRIGUES, Joaquín (1982): “Seguro terrestre” (Imprenta Aguirre, Madrid, España).

HALPERÍN, Isaac, MORANDI, Juan Carlos Felix (1991): “Seguros”. Tomó I (Depalma, Buenos Aires, Argentina, Segunda edición).

OSSA G., J. Efrén (1991): “Teoría General del Seguro” (Editorial Temis, Bogotá Colombia, Segunda edición).

RÍOS OSSA, Roberto (2015): “El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio”. (Thomson Reuters, Santiago de Chile).

SÁNCHEZ CALERO, Fernando y otros (2010): “Ley de Contrato de Seguro” (Thomson Reuters, Pamplona, España, Cuarta edición).

⁴¹ RUTA 5 TRAMO TALCA CHILLÁN S.A. CON SEGUROS LA REPÚBLICA S.A. Y OTROS (2008). La cita legal corresponde al texto original del Código de Comercio.

⁽⁴²⁾ TRANSPORTES FREE LIMITADA CON CHILENA CONSOLIDADA SEGUROS GENERALES S.A. (2022).

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2018): “Derecho Comercial”. Tomo IX. (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).

STIGLITZ, Rubén (2004): “Derecho de Seguros”, Tomo I (Editorial La Ley, 4ª Edición, Buenos Aires).

Jurisprudencia citada

BANCO DO BRASIL S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS LA CHILENA CONSOLIDADA (1989): Corte Suprema, Rol 12830-1989, Sentencia de 30 de enero de 1989, citado en Gaceta Jurídica 105 año 1989.

CAPTAGUA INGENIERÍA S.A. CON LE MANS ISE COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A. (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 712-2001, Sentencia de 17 de mayo de 2006.

RUTA 5 TRAMO TALCA CHILLÁN S.A. CON SEGUROS LA REPÚBLICA S.A. Y OTROS (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4112-2002, Sentencia de 8 de abril de 2008. Cita Westlaw CL/JUR/7462/2008.

INMOBILIARIA E INVERSIONES INDEPENDENCIA LTDA. (2013): Corte Suprema, Rol 2406-2013, Sentencia de 5 de agosto de 2013.

SOCIEDAD CONSTRUCTORA ARTE LTDA. Y OTRA CON RSA SEGUROS CHILE (2013): Corte Suprema, Rol 2406-2013, Sentencia de 5 de agosto de 2013.

LAGOS NAZAL RENE CON BANCHILE SEGUROS DE VIDA S.A. (2014): Corte Suprema, Rol 6609-2014, Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2014.

RODRIGUEZ ORELLANA LUIS, BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES CON FRIGORIFICO PALOMARES S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1055-2014, Sentencia de 13 de noviembre de 2015.

BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES CON MAPFRE SEGUROS GENERALES (2016): Juez árbitro Sr. Rafael Gómez Balmaceda, sin datos de rol, sentencia de 8 de septiembre de 2016.

COMERCIAL SANTA ROSA LIMITADA CON ZURICH SANTANDER SEGUROS DE VIDA CHILE S.A. (2016): Corte Suprema, Rol 76321-2016, Sentencia de 28 de diciembre de 2016, cita Westlaw CL/JUR/8734/2016.

CRISTIÁN ARANGUA ALIAGA Y OTRO CON BANCO DE CRÉDITO E INVERSIONES (2016): Corte Suprema, Rol 14831-2016, Sentencia de fecha 30 de agosto de 2016, cita • Westlaw CL/JUR/6089/2016.

SEGUNDA ROCA S.A. CON BANCO SECURITY (2016): Corte Suprema, Rol 7395-2016, Sentencia de fecha 21 de abril de 2016.

HUGO MARTÍNEZ CASTILLO CON LIBERTY COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (2017): Corte Suprema, rol 5022-2017, sentencia de 9 de noviembre de 2017.

VERÓNICA ÁVILA VALENZUELA CON BANCO DEL ESTADO (2017): Corte Suprema, Rol 79220-2016, Sentencia de 2 de febrero de 2017, Cita Westlaw CL/JUR/392/2017.

ALBA MERCADO LUNA CON BANCO SANTANDER CHILE (2018): Corte Suprema, Rol 40247-2017, Sentencia de 1 de octubre de 2018, cita Westlaw CL/JUR/5447/2018.

MARINA DE PICHIDANGUI S.A. CON LIBERTY COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A. (2018): Corte Suprema, Rol 5973-2017, sentencia de 20 de agosto de 2018.

PARROQUIA SAN RAMÓN DE RETIRO CON BANCO SANTANDER CHILE (2019): Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 990-2018, Sentencia de 03 de abril de 2019, cita Westlaw CL/JUR/1848/2019.

TRANSPORTES FREE LIMITADA CON CHILENA CONSOLIDADA SEGUROS GENERALES S.A. (2022): Corte Suprema, rol 69961-2020, Sentencia de 25 de febrero de 2022. Cita Westlaw CL/JUR/7446/2022.