Las cargas del acreedor en el Seguro de Responsabilidad Civil

Osvaldo Lagos Villarreal

Instituto de Ciencias del Seguro

FUNDACIÓN MAPFRE

COLECCIÓN ESTUDIOS Y MONOGRAFÍAS

LAS CARGAS DEL ACREEDOR EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

No está permitida la reproducción total o parcial de esta obra, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar sin el permiso previo por escrito de los titulares del copyright.

© 2006, Osvaldo Lagos Villarreal
© 2006, FUNDACIÓN MAPFRE. Instituto de Ciencias del Seguro

EDITORIAL MAPFRE, S. A.
Ctra. de Pozuelo, 52 - 28220 Majadahonda (Madrid)

ISBN-13: 978-84-9844-030-0
ISBN-10: 84-9844-030-0
Depósito legal: M. 48.339-2006

Compuesto e impreso en los talleres de Fernández Ciudad, S. L.
Coto de Doñana, 10 - 28320 Pinto (Madrid)

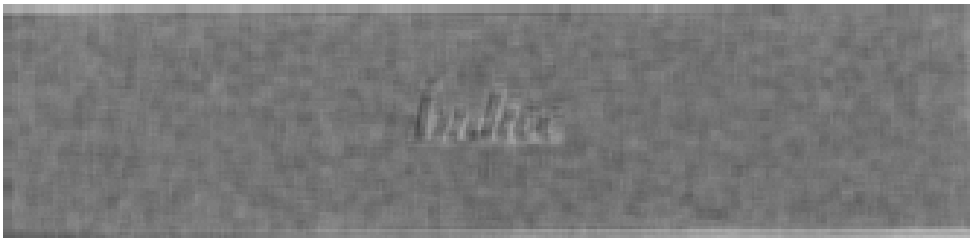
LAS CARGAS DEL ACREEDOR EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

OSVALDO LAGOS VILLARREAL

III PREMIO INTERNACIONAL DE SEGUROS
JULIO CASTELO MATRÁN

FUNDACIÓN MAPFRE

A Lucy, Marisol y Osvaldo



PRESENTACIÓN XVII

JURADO XIX

ABREVIATURAS XXIII

INTRODUCCIÓN XXV

PRIMERA PARTE
LAS CARGAS DEL ACREEDOR

Capítulo I
Las cargas del acreedor en el Derecho continental y chileno

1. Significado general de la expresión carga 3
   1.1. Cargas del matrimonio 5
   1.2. Carga como modalidad 6
   1.3. Carga como gravamen real 8
   1.4. Carga procesal 11
   1.5. ¿Existe un concepto general de carga para el Derecho? 17
2. El concepto de carga del acreedor 19
   2.1. El concepto de carga del acreedor en la doctrina 19
   2.2. La carga del acreedor y la teoría de las obligaciones 27
   2.3. Elementos que configuran el concepto de carga del acreedor 31
3. La naturaleza de las cargas del acreedor 35
   3.1. La distinción entre carga estructural y carga no estructural 35
   3.2. Cargas estructurales 37
   3.3. Cargas no estructurales 50
4. Efecto de la inejecución de la carga del acreedor 55
   4.1. La pérdida del crédito es el único efecto de la inejecución de la carga 56

4.2. Ineficacia de un derecho por el transcurso del plazo para su ejercicio. ¿Caducidad? 62
5. Carga del acreedor e instituciones afines 72
5.1. Carga y condición 72
5.2. Carga y pacto comisorio 77
5.3. Carga y derecho potestativo 78
5.4. Carga y límites del derecho de crédito 82
5.5. Carga y deberes accesorios 84
5.6. Carga y deberes de protección 85
5.7. Carga estructural de información y consentimiento exento de vicios 86
6. Límites de las cargas 89
6.1. Límites de las cargas estructurales 89
6.2. Límites de las cargas no estructurales legales 90
6.3. Límites de las cargas no estructurales convencionales 92
7. Fundamentos de la imposición o pacto de cargas del acreedor 103
7.1. La carga como mecanismo de responsabilidad contractual 104
7.2. Ventajas de la carga como mecanismo de responsabilidad susceptible de pactarse 105
7.3. Desventaja de la carga 107
7.4. Recapitulación 108
8. Síntesis sobre la carga del acreedor. 108

Capítulo II
Las *conditions* y *warranties* en el Derecho de los contratos inglés

1. Naturaleza de las *warranties* y *conditions* como términos del contrato 111
2. Enunciación de la distinción entre *warranties* y *conditions* 113
3. Fuentes de la distinción 114
4. La resolución del contrato por incumplimiento de una *condition* 115
5. Un nuevo tipo de término contractual. Los *innominate terms* 116
6. Resolución del contrato por incumplimiento de una *warranty* 118
7. Síntesis comparada de los conceptos de carga del acreedor, *conditions* y *warranties* en el Derecho de contratos 118

SEGUNDA PARTE
LAS CARGAS DEL ASEGURADO EN EL CONTRATO DE SEGURO

Capítulo III
El concepto de carga del asegurado en el Derecho continental y nacional

1. Las cargas y los deberes secundarios en el contrato de seguro 123
2. Naturaleza jurídica de los deberes secundarios del asegurado 125
Teorías alemanas 125
1.1. Teoría de la carga (*Obliegenheitstheorie*) 126
1.2. Teoría del compromiso 127
3. Desarrollo de la teoría de las cargas del asegurado en otras jurisdicciones 127
3.1. Italia. La tesis de Donati 127

3.2. España 130
3.3. Francia 131
3.4. Argentina 131
3.5. Colombia 132
3.6. Conclusión 133
4. Derecho nacional 135
4.1. Derecho legislado 135
4.2. Pólizas 136
4.3. Jurisprudencia 137
4.4. Doctrina 137
4.5. Noción de carga en el Derecho chileno 138

Capítulo IV
Cargas impuestas al asegurado en el Derecho chileno

1. Introducción 141
2. Doctrina nacional 142
3. Conductas impuestas al asegurado en la ley 144
3.1. ¿Cargas, obligaciones o requisitos de validez? 144
3.2. Significado de la expresión «rescisión» del artículo 557 del Código de Comercio 145
3.3. Naturaleza jurídica y régimen de las obligaciones impuestas por el artículo 556 del Código de Comercio 157

Capítulo V
Tipología de las cargas del asegurado en el Derecho chileno

1. Tipología de las cargas legales 159
1.1. Carga de declaración del riesgo 160
1.2. Carga de pago de la prima 163
1.3. Carga de empleo de diligencia para prevenir el siniestro 164
1.4. Carga de la prueba de los presupuestos de la obligación de indemnizar 168
2. Tipología de las cargas impuestas al asegurado en las pólizas 170
2.1. Carga de aviso de siniestro 172
2.2. Carga de realizar otras comunicaciones 174
2.3. Carga de declaración de la agravación del riesgo 176
2.4. Carga de dirección del proceso 179
2.5. Carga de evitar el siniestro 181
2.6. Carga de salvamento 182
2.7. Cargas de colaboración 184
2.8. Carga de aviso a la autoridad 186
2.9. Carga de no realizar fraude 188
2.10. Carga de notificar la transferencia del bien asegurado 192
2.11. Carga de declarar la existencia de otros seguros 193
2.12. Conclusión 195

Capítulo VI
Disciplina de las cargas en el Derecho de seguros chileno

1. Formas de creación y redacción de las cargas del asegurado en los contratos de seguro ... 197
1.1. Cargas legales y cargas contractuales ... 197
1.2. Cargas de ejecución instantánea y cargas continuas ... 199
1.3. Garantías ... 200
2. Sujeto pasivo de las cargas del asegurado ... 202
2.1. Regulación legal y contractual ... 202
2.2. Opinión de Donati ... 202
2.3. Nuestra opinión ... 203
3. Requisitos para dar por inejecutada la carga ... 205
3.1. Regulación legal y contractual ... 205
3.2. Nuestra opinión ... 206
4. Sanción ante la inejecución ... 207
4.1. Regulación legal y contractual ... 207
4.2. Doctrina ... 209
4.3. Nuestra opinión ... 210
5. Prueba de la falta de ejecución ... 214
5.1. Regulación legal y contractual ... 214
5.2. Doctrina ... 214
5.3. Nuestra opinión ... 214
6. Interpretación de las cargas del asegurado ... 218
6.1. Regulación legal y contractual ... 218
6.2. Doctrina ... 219
6.3. Reglas de interpretación de las cargas del asegurado ... 219
7. Renuncia al efecto de la carga ... 222
7.1. Regulación legal y contractual ... 222
7.2. Doctrina ... 222
7.3. Nuestra opinión ... 224
8. Defensas del asegurado ante la alegación de inobservancia ... 225
8.1. Regulación legal y contractual ... 226
8.2. Doctrina ... 228
8.3. Nuestra opinión ... 230

Capítulo VII
Las *conditions* y *warranties* en el Derecho de seguros inglés

1. *Warranties* ... 236
1.1. Concepto ... 236
1.2. Efecto del incumplimiento de una *warranty* ... 239
1.3. Características de las *warranties* ... 242
1.4. Formas de creación y diversos tipos de *warranty* ... 243
1.5. Alcance de las *warranties* ... 251
1.6. Incumplimiento de una *warranty* ... 255
1.7. Renuncia al efecto de la *warranty* ... 258

2. *Conditions* 265
2.1. Distinción entre *conditions* y *warranties* 265
2.2. Tipos de *conditions* 267
3. Comparación entre las *conditions* y *warranties* en el Derecho de seguros inglés con las cargas del asegurado en el Derecho chileno 275
3.1. Sujeto pasivo 275
3.2. Efecto 275
3.3. Requisitos para producir el efecto y defensas del asegurado 276
3.4. Momento en que se produce el efecto 277
3.5. Prueba de la inejecución 277
3.6. Interpretación 278
3.7. Renuncia 278
3.8. Síntesis 279

Capítulo VIII
Fundamentos de la imposición o pacto de cargas del asegurado

1. La especial naturaleza del contrato de seguro 281
2. El problema de la información 282
3. El riesgo moral 282
4. Mecanismos que restablecen el equilibrio contractual. El diseño del contrato de seguro 283
5. La función de las cargas del asegurado 284
5.1. Opciones de traspaso del riesgo de inejecución al asegurado 284
5.2. Disminución del precio de la prima 286
5.3. Prevención de riesgos 286
6. Las cargas del asegurado y el fenómeno de la adhesión. Reformulación del equilibrio contractual 287
7. Recapitulación de la segunda parte 288

TERCERA PARTE. CONTROL DE EQUIDAD DE LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO DE SEGURO

Capítulo IX
Control de equidad de las cargas del asegurado

1. Control de equidad aplicable a todo contrato de seguro 293
1.1. Forma 293
1.2. Fondo 295
2. Control de equidad aplicable al consumidor de seguros 297
2.1. Aplicabilidad de la Ley de Protección al Consumidor al comercio de seguros 297
2.2. Control de forma 299
2.3. Control de fondo. Cargas del asegurado como cláusulas abusivas 300

Capítulo X
La equidad y los términos del contrato de seguro en el *Common Law*

1. La crítica 313
1.1. Problemas de la *basis of the contract clause* 314
1.2. Dificultades causadas por la estrictez del cumplimiento 315
1.3. Propuestas de reforma 316
2. La respuesta a las críticas respecto al contenido de los términos del contrato de seguro 319
2.1. Autorregulación 319
2.2. Posibilidades de control en el Derecho inglés actual 323
3. La experiencia australiana 327
3.1. El *Common Law* y el contrato de seguro en Australia 327
3.2. La reforma 328
3.3. Regulación de los términos contractuales en ICA 1984 329
4. La experiencia norteamericana 333
4.1. El control *a priori*. Control del gobierno estadual 334
4.2. El control *a posteriori*. Control judicial 337
5. Síntesis comparada de los sistemas de control de equidad de los términos del contrato de seguro 341
5.1. Problemas de los términos del contrato de seguro 341
5.2. Posibles soluciones a los problemas de los términos del contrato de seguro 342
6. Recapitulación de la tercera parte 344

CUARTA PARTE
LAS CARGAS DEL ASEGURADO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo XI
La carga de notificación del reclamo o demanda

1. Antecedentes 347
2. Fundamento 349
2.1. Tutela del interés del asegurador y la comunidad de riesgos 349
2.2. Información complementaria y administración de riesgos 350
3. Naturaleza de la declaración 351
3.1. Acto jurídico 351
3.2. Declaración de ciencia, saber o conocimiento 352
3.3. Nuestra opinión 353
4. Presupuesto de la carga de notificación 354
4.1. El siniestro de responsabilidad civil como presupuesto de la carga.. 354
4.2. Supuesto legal y contractual 356
4.3. Notificación del hecho que pueda dar lugar a responsabilidad *versus* notificación del reclamo o la demanda 357
4.4. Significado de la expresión «siniestro» en el seguro de responsabilidad civil 357
4.5. Conflicto entre criterio legal y contractual 360

5. Desde cuándo debe notificarse 360
5.1. *Common Law* 361
5.2. Derecho continental 364
5.3. Derecho nacional 366
6. Forma y contenido de la notificación 372
6.1. Normativa chilena 372
6.2. Derecho comparado 373
6.3. Derecho nacional 376
7. Elemento personal 382
7.1. En quién recae la carga 382
7.2. Quién puede notificar 388
7.3. A quién se puede notificar 391
8. Efecto de la inejecución de la carga de notificación 402
8.1. *Common Law* 402
8.2. España 405
8.3. Argentina 405
8.4. Derecho nacional 406
9. Prueba de la inejecución 408
9.1. *Common Law* 408
9.2. España 408
9.3. Argentina 409
9.4. Derecho nacional 410
10. Renuncia del efecto de la carga de notificación 411
10.1. *Common Law* 411
10.2 Argentina 412
10.3. Derecho nacional 413
11. Defensas del asegurado ante la alegación de inobservancia de la carga de notificación por el asegurador 414
11.1 *Common Law* 414
11.2. España 416
11.3. Argentina 416
11.4. Derecho nacional 417

Capítulo XII
Las cargas relativas a la dirección jurídica

1. La carga de no reconocer la propia responsabilidad 423
1.1. *Common Law* 423
1.2. España 425
1.3. Argentina 426
1.4. Derecho nacional 428
2. La carga de no celebrar acuerdo o transacción sin autorización del asegurador 432
2.1. *Common Law* 432
2.2. España 435
2.3. Argentina 436
2.4. Derecho nacional 437

3. Las cargas de colaboración en la dirección del proceso 440
3.1. *Common Law* 440
3.2. España 441
3.3. Argentina 442
3.4. Derecho nacional 444
4. La carga de dirección del proceso 446
4.1. *Common Law* 446
4.2. España 456
4.3. Argentina 460
4.4. Derecho nacional 463

CONCLUSIONES 481

BIBLIOGRAFÍA 489
Obras Generales 489
Obras Conexas 494
Obras Específicas 500

Presentación

En julio de 2001 el Consejo de Administración de MAPFRE MUTUALIDAD, como homenaje a D. Julio Castelo Matrán, anterior presidente del SISTEMA MAPFRE y de MAPFRE MUTUALIDAD y gran impulsor de su desarrollo, y que actualmente es presidente de honor de MAPFRE MUTUALIDAD, acordó la creación, con carácter bienal, del Premio Internacional de Seguros Julio Castelo Matrán, destinado a premiar trabajos científicos sobre materias relacionadas con el seguro en España, Portugal y los países de Iberoamérica.

En su primera convocatoria, el premio fue concedido en septiembre de 2002 a D. Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho Civil, por su obra *Las* peripecias *del asegurador de automóviles en el proceso penal.*

En su segunda convocatoria, en septiembre de 2004, el premio se concedió a D.ª Montserrat Guillén Estany, D.ª Mercedes Ayuso Gutiérrez, D.ª Catalina Bolancé Losilla, D. Lluís Bermúdez Morata y D.ª Isabel Morillo López, profesores de la Universidad de Barcelona, y D.ª Irene Albarrán Lozano, profesora de la Universidad de Extremadura, por su obra *El seguro de automóviles: estado actual y perspectiva de la técnica actuarial.*

El jurado de la tercera convocatoria, compuesto por relevantes personalidades en los ámbitos profesional, científico y empresarial del mundo del seguro, estuvo presidido por D. Filomeno Mira Candel, presidente del Instituto de Ciencias del Seguro de la FUNDACIÓN MAPFRE, e integrado por Dª. María José Albert Pérez, D. Juan José Durán Herrera, Dª. Montserrat Guillén Estany, D. Sebastián Homet Duprá, D. Manuel Lagares Calvo, D. Mariano Medina Crespo, D. Manuel Olivencia Ruiz y D. José María Serra Farré, actuando como secretario D. José Luis Catalinas Calleja.

El jurado, en reunión celebrada el día 26 septiembre de 2006, tras valorar los diversos trabajos que con una alta calidad se habían presentado desde Argentina, Brasil, Chile, España, México, Panamá, Portugal y Uru-

guay, acordó conceder el III Premio Internacional de Seguros Julio Castelo Matrán, dotado con 35.000 euros y un diploma acreditativo de la obtención del mismo, a D. Osvaldo Lagos Villarreal, profesor de la Universidad de los Andes, de Santiago de Chile, por su obra *Las cargas del acreedor en el Seguro de Responsabilidad Civil,* cuya publicación en esta colección de estudios y monografías sobre seguros promovida por el Instituto de Ciencias del Seguro de la FUNDACIÓN MAPFRE me complace especialmente presentar.

El premio fue entregado a D. Osvaldo Lagos Villarreal el día 28 de noviembre de 2006, en un acto que tuve el honor de presidir y en el que la presentación de la obra premiada y del autor fue efectuada por D. Manuel Olivencia Ruiz, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla y miembro del jurado.

Las empresas deben fomentar la investigación —especialmente en las áreas relacionadas con su actividad— como uno de los motores del desarrollo de la sociedad. La FUNDACIÓN MAPFRE, desde hace muchos años, promueve la investigación profesional y académica sobre materias aseguradoras mediante la convocatoria anual de las Becas Riesgo y Seguro y el mantenimiento en su sede de un Centro de Documentación especializado en Seguros, Gerencia de Riesgos y Seguridad. Espero que el IV Premio Internacional de Seguros Julio Castelo Matrán, cuya convocatoria se efectuará dentro del primer semestre de 2007, contribuya a fomentar la realización de estudios sobre seguros desde perspectivas técnicas, jurídicas o económicas.

José Manuel Martínez Martínez
Presidente de la FUNDACIÓN MAPFRE

JURADO DEL III PREMIO INTERNACIONAL DE SEGUROS JULIO CASTELO MATRÁN

D.ª María José Albert Pérez
Decana de la Facultad de Ciencias del Seguro, Jurídicas y de la Empresa, Universidad Pontificia de Salamanca.

D. Juan José Durán Herrera
Catedrático de Economía Financiera, Universidad Autónoma de Madrid.

D.ª Montserrat Guillén Estany
Catedrática de Economía Aplicada, Universidad de Barcelona.

D. Sebastián Homet Duprá
Ex-Presidente de Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones (ICEA).

D. Manuel Lagares Calvo
Catedrático de Hacienda Pública, Universidad de Alcalá.

D. Mariano Medina Crespo
Presidente de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguros.

D. Filomeno Mira Candel
Presidente del Instituto de Ciencias del Seguro de la FUNDACIÓN MAPFRE, Presidente del Jurado.

D. Manuel Olivencia Ruiz
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Sevilla.

D. José María Serra Farré
Presidente de SEGUROS CATALANA OCCIDENTE.

D. José Luis Catalinas Calleja
Director de la FUNDACIÓN MAPFRE, Secretario del Jurado.

La actual Ciencia del Derecho privado, al menos desde la gran obra de Flume, trabaja con un concepto de negocio jurídico determinado por la función, que lo entiende primariamente como medio de autonomía privada e intenta comprender a partir de esta función suya la problemática ligada a él y las respuestas dadas al respecto por la ley.

Karl Larenz

Insurance law can be better understood and used more effectively if we become much more explicit about and attentive to its functions and capacities.

Kenneth S.Abraham

Abreviaturas

AA. VV.	Varios Autores
A. B. I.	Association of British Insurers
AC	Law Reports: Appeal Cases
AIDA	Asociación Internacional de Derecho de Seguros
All. L. R.	All England Law Reports
CAP.	Capítulo
C.C.	Código Civil
cfr.	confróntese
CLR	Coomonwealth Law Reports
coord.	coordinado por
C. Sup.	Corte Suprema
dir.	dirigido por
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
edic.	edición
Edit.	Editorial
et. al.	y otros
Exch.	Exchequer Reports Welsby, Hurlstone & Gordon
FOS	Financial Ombudsman Service
FSMA	Financial Services and Markets Act
H L Cas.	House of Lords Cases
H & N	Hurlstone and Norman Exchequer Reports
ibid.	en el mismo lugar
idem	lo mismo
ICA	Australian Insurance Contract Act
IOB	Insurance Ombudsman Bureau
J	Justice
KB	Law Reports: King's Bench Division
LCS	Ley de Contrato de Seguro (España)

LPC	Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
LS	Ley de Seguros (Argentina)
Ll. L. R.	Lloyd's List Law Reports
Lloyd's Rep. I. R.	Lloyd's Reports Insurance and Reinsurance
NAIC	National Association of Insurance Commissioners
NLJ	New Law Journal
op. cit.	obra citada
p.	página
pp.	páginas
POL	Póliza
QB o QBD	Law Reports: Queen's Bench Division
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
SASR	South Australian State Reports
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros
T. L. R.	Times Law Reports
T. R.	Term Reports
trad.	traducido por
UF	Unidad de Fomento
UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations
v.	volumen
v. gr.	verbi gratia
VVG	Gesetz über den Versicherungvertrag
WLR	Weekly Law Reports

Introducción

La presente tesis tiene por objetivo determinar la naturaleza, características y funciones de las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil. Este trabajo se centra en el examen de la carga de notificación del reclamo, demanda o hecho del cual puede surgir responsabilidad civil, y la carga de dirección del proceso. Explora también los fundamentos de aquellas, esto es, las figuras de la carga del acreedor y la carga del asegurado.

La investigación se apoya en los criterios establecidos en la doctrina extranjera, tanto en aquella perteneciente al sistema de Derecho Continental como en la otra que nos entrega el *Common Law*. Esto último ha supuesto un examen comparado de las *conditions* y *warranties*, figuras funcionalmente afines a aquellas objeto de nuestra tesis.

En principio, puede señalarse que las cargas del acreedor son un elemento pasivo contenido en la relación obligatoria. Si bien existe una gran disparidad de opiniones respecto al preciso efecto de la falta de ejecución de la carga, puede señalarse que ésta se traduce en la pérdida del crédito contenido en la relación obligatoria que es afectada por la carga.

No obstante, estos asertos no son indiscutidos en doctrina. Al decir de un autor, «la historia dogmática de la carga está caracterizada por las distintas tentativas de aislar la figura del limbo de lo jurídicamente irrelevante, y de reafirmar su relevancia jurídica como categoría autónoma de calificación jurídica»[1]. De este modo, la discusión acerca de la naturaleza de la carga, sus efectos y su carácter de figura jurídica independiente, ha transitado, con distinta suerte, por diversas ramas del Derecho.

Los mayores desarrollos de este debate se encuentran en el ámbito del Derecho procesal, donde se ha logrado insertar de manera convincente la fi-

[1] TOMMASO SCOZZAFAV, OBERDAN, «*onere* (*nozione*)», en Mortati, C., y Santoro-Pasarelli, F. (dir.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffre, Milán, 1980, v. 30, p. 10.

gura de la carga en la teoría del proceso. Por su parte, en el ámbito del Derecho civil no se ha encontrado un concepto de carga del acreedor que satisfaga a toda la doctrina. Se discute si se trata de una situación pasiva o activa, y no existe claridad respecto a si afecta un derecho constituido o en gestación. Más aún, se pone en duda si se trata de una categoría distinta y autónoma de la obligación.

De este modo, a pesar de existir desarrollos del concepto en la doctrina alemana, italiana y española, ninguno de ellos ha logrado imponerse como una explicación unánimemente aceptada respecto de la esencia, características y efectos de la carga del acreedor. Con todo, la carga no se encuentra, ni con mucho, en el centro de la discusión dogmática civil contemporánea, ni es referencia obligatoria al examinar una relación negocial típica determinada.

Sin embargo, la carga del acreedor ha tenido relevancia en un sector del Derecho que, por su especial naturaleza, se ha valido desde siempre de estipulaciones cuyos efectos nos hacen pensar en la figura de la carga del acreedor. En efecto, en el contrato de seguro, tradicionalmente, las conductas de colaboración del asegurado se han pactado a través de figuras que, ante su inejecución, acarrean la pérdida del derecho del asegurado a obtener la indemnización pactada. Este tipo de estipulaciones generalmente se han estimado cargas del asegurado, si bien parte de la doctrina considera que se tratan, simplemente, de obligaciones no ejecutables.

Sin embargo, más allá de la calificación jurídica de estos términos contractuales, sean legales o estipulados, la determinación de sus características y efectos es de la mayor relevancia para la disciplina del Derecho de Seguros, debido a que los contratos de seguro, especialmente los de daños, utilizan profusamente esta figura para alentar la indispensable colaboración del asegurado en la ejecución del contrato. En consecuencia, al constituir una de las principales formas de imponer conductas al asegurado, las cargas se encuentran en el centro de la concepción técnico-jurídica del contrato de seguro.

Esto ha llevado a que en la doctrina comparada, la discusión sobre esta figura, independiente de su calificación, vaya incluso más allá del solo debate dogmático, constituyéndose en un problema central de política legislativa, al preguntarse acerca del modelo de contrato de seguro que un ordenamiento jurídico pretende darse. De este modo, países como Alemania, Inglaterra o Argentina han mantenido, si bien con diferencias en cuanto al régimen legal, figuras que pueden estimarse cargas del asegurado, en cuanto contemplan el drástico efecto de la pérdida de la indemnización ante su inejecución. Sin embargo, otras jurisdicciones, como España, Australia o Estados Unidos, han optado porque este tipo de estipulaciones tengan un

régimen legal similar al de los deberes accesorios, cuya inejecución sólo se traduce en el derecho del asegurador a exigir indemnización de perjuicios.

Ahora bien, el examen de esta institución en el contrato de seguro, se hace aún más problemático si concentramos la mirada en el seguro de responsabilidad civil. En este tipo de seguro de daños, existen dos instituciones que tradicionalmente se establecen como cargas del acreedor, cuyo funcionamiento se complica cuando el riesgo asegurado es la posibilidad de incurrir en responsabilidad aquiliana.

Por un lado, la carga de notificación que, si bien presente en todo tipo de seguro, ha sido objeto de un especial debate en la doctrina comparada en razón de las peculiaridades del seguro de responsabilidad civil. Por ejemplo, se ha discutido sobre la determinación del momento en que tiene lugar el siniestro de responsabilidad civil; la delimitación temporal del riesgo, a través de la figura de la cláusula *claims made*; o bien, el reconocimiento de la acción directa de la víctima contra el asegurador, o la posibilidad de citar a este último en garantía. Todos estos elementos hacen que la carga de la notificación, en este tipo de seguro, presente problemas distintivos que hacen necesaria una adaptación de la disciplina general de la carga de notificación del siniestro, que en este caso se convierte en carga de notificación del reclamo o demanda.

Por otro lado, el seguro de responsabilidad civil presenta la peculiaridad de contar con la denominada carga de dirección del proceso o carga de dirección jurídica, que determina la sujeción del asegurado a las decisiones que sobre la defensa haga el asegurador. Esta institución es toda una novedad en el Derecho de Seguros, y la discusión doctrinal se ha concentrado en los conflictos de intereses que, a este respecto, se pueden producir entre el asegurador y el asegurado.

Los desarrollos expresados hasta este punto, no han tenido eco en el Derecho nacional. Por una parte, la doctrina civilista chilena no se ha preocupado de la figura de la carga del acreedor. Esto no constituye un reproche, pues pensamos que quizás es razonable no hacerse cargo del análisis de una institución de autonomía dogmática dudosa, existiendo otras instituciones cuyo análisis y adaptación resultan acuciantes. Pero en lo que respecta al Derecho de Seguros, la necesidad de un examen dogmático de la carga es patente, pues como se ha sostenido, ella constituye una estipulación que se encuentra en el centro de la estructura del seguro de daños. Sin embargo, nuestro Derecho del contrato de seguro se caracteriza por la antigüedad de la normativa legal, por la escasez de jurisprudencia y por la poca atención que la doctrina ha prestado a esta disciplina.

La presente investigación, cuyo objetivo primordial es determinar la naturaleza y el funcionamiento de las cargas del acreedor en el seguro de

responsabilidad civil, no ha podido eludir la indagación acerca de la naturaleza y caracteres de las cargas del acreedor. Respecto a esta institución, cabe preguntarse si ella comparte las características de las demás cargas del Derecho, lo que permitiría obtener un concepto común a todas ellas.

Además, es necesario determinar la posición de la carga en la relación obligatoria, y determinar cuáles son sus efectos precisos. Para ello, debe verificarse cuál es el funcionamiento técnico de aquellas instituciones que la doctrina ha calificado como cargas, y analizar si todas ellas presentan características comunes. Una vez determinado lo anterior, se requiere también contrastar la figura de la carga con instituciones que limiten conceptualmente con ella, de manera de dar luces acerca del problema de la autonomía dogmática.

Una vez abordada esta cuestión, este trabajo se hace cargo de otro presupuesto: la naturaleza, funcionamiento y efectos de las cargas del asegurado. Ello hace necesario determinar si las cargas son sólo una figura contractual, o bien, si se encuentran reconocidas en nuestro Código de Comercio y, además, cómo se relacionan uno y otro régimen. Establecido lo anterior, puede construirse un sistema de cargas del acreedor en el contrato de seguro, correspondiente al Derecho nacional, que sirva para ilustrar el funcionamiento de las cargas en todos los tipos de contrato de seguro.

Para ello resulta de especial interés el examen de las *conditions* y *warranties* en el *Common Law*. El acervo doctrinal y jurisprudencial anglosajón, una cultura donde el seguro ha tenido un importante desarrollo, puede servir como guía para determinar los problemas que el sistema jurídico de la carga del acreedor debe resolver. Esta parte de la investigación cobra especial interés, pues en la práctica aseguradora chilena, los términos contractuales anglosajones son usualmente traducidos y aplicados a los contratos, sin que exista una verdadera adaptación funcional.

Una investigación jurídica de carácter científico no puede eludir la pregunta referente a la inserción de la institución examinada en el sistema jurídico general. Con respecto a las cargas del acreedor, este problema se traduce en la justificación de la existencia de este tipo de estipulación. Ella se aleja de la forma tradicionalmente aceptada de imponer conductas en la relación obligatoria, estableciendo efectos más rigurosos que las obligaciones. Surge a este respecto la pregunta acerca de la función de la carga en el contrato de seguro. Si la función de la carga es justificable, entonces cada vez que una carga se ciña a su función en el contrato, podrá estimarse lícita. De lo contrario, se abre la puerta para el examen de su ilicitud, lo que nos conecta con una nueva interrogante, acerca de cuál es la posibilidad de control de contenido de las cargas del acreedor. La respuesta a esta pregunta supone la determinación de los posibles mecanismos de control de

equidad en el contrato de seguro y la posible irrupción del Derecho de la protección al consumidor en el Derecho de Seguros. La abundante discusión comparada en este punto, especialmente en el ámbito del *Common Law*, sirve no sólo para contrastarse con la realidad jurídica chilena, sino que otorga herramientas que deben tenerse presentes por el legislador nacional.

Revisados todos estos antecedentes, esta investigación cuenta con los fundamentos suficientes para abordar el objetivo primordial, consistente en la determinación del funcionamiento de las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil.

En cuanto a las cargas de notificación, es necesario verificar cuál es su naturaleza, si se trata de una mera declaración de ciencia, o corresponde a un verdadero acto jurídico, donde el asegurado expresa su voluntad de ser indemnizado. Determinar una u otra circunstancia nos señala cuál es el régimen normativo que debe aplicarse a esta carga. Pero, por otro lado, debe además aclararse cuál es el presupuesto de la carga de notificación, si puede afirmarse que lo que en verdad se notifica, es el siniestro, y cuál es el efecto de esta concepción.

Todo esto nos sirve de antecedente para construir una disciplina de la carga de notificación, es decir, una regulación completa sobre sujetos activos, pasivos, contenido de la notificación, plazos y defensas del asegurado ante la alegación de inejecución. De esta forma, y al contrastarla con la disciplina general de las cargas del asegurado, podremos verificar si la notificación del reclamo o demanda es una verdadera carga.

Con respecto a la carga de la dirección jurídica, los problemas de esta institución se producen por la tensión entre el interés del asegurador, de controlar la defensa ante el reclamo de la víctima, y el interés del asegurado, de imponer sus criterios en tal defensa. De este modo, es necesario delinear los límites de la intervención del asegurado en su propia defensa, y cuáles son los efectos de las transgresiones de estos límites. Además, debe aclararse la posibilidad de que las reglas sobre dirección jurídica se alteren cuando existan conflictos de intereses entre asegurador y asegurado.

Sin embargo, también es menester verificar cuál es la situación correlativa del asegurador, en concreto, si le corresponden deberes vinculados a la actividad de dirección de la defensa y el efecto de su transgresión. Además, han de revisarse los eventuales problemas que una actuación inadecuada del asegurador pueda acarrear al asegurado, y la posibilidad de incurrir en una causal de responsabilidad civil.

Para intentar resolver estas preguntas, se ha realizado una investigación dogmática. Lo normal es que un trabajo de este tipo se concentre en un análisis legislativo y jurisprudencial, a la luz de la doctrina que analiza el

ordenamiento jurídico respectivo. Sin embargo, nuestro Código de Comercio, en materia de contrato de seguro, ha sido ampliamente superado por la práctica y nuestra doctrina y jurisprudencia son escasísimas en estos temas.

Por todo esto, hemos tomado como base la regulación legal, la jurisprudencia y las opiniones doctrinales internas, pero hemos construido esta tesis preferentemente a partir de dos fuentes. Por un lado, la doctrina extranjera, con especial atención en la española y la argentina, por la afinidad de estos sistemas de Derecho privado con el nacional y su mayor acervo de opiniones científicas. Pero hemos tenido, además, especial consideración a los desarrollos doctrinales del *Common Law*, tanto por su mayor grado de avance en este tema, como por la influencia que la práctica aseguradora anglosajona ejerce en la práctica aseguradora nacional. El análisis de las reglas pertinentes del *Common Law*, no ha podido realizarse sin antes hacer un estudio comparado de carácter funcional.

Por otro lado, nuestra investigación ha recurrido a las estipulaciones contenidas en las pólizas de seguros de daño y responsabilidad civil, depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros. Ellas constituyen un fiel reflejo de los últimos desarrollos del Derecho de Seguros chileno.

La presente tesis se ha construido desde lo más general a lo particular, partiendo desde los fundamentos de esta investigación, para llegar al análisis del sector específico del ordenamiento jurídico que nos preocupa.

En consecuencia, nuestra tesis consta de una primera parte sobre las cargas del acreedor, que da noticia sobre el estado de la cuestión de las cargas en el Derecho. Este estudio se concentra específicamente en la naturaleza y efectos de las cargas del acreedor, y pretende verificar sus posibilidades como figura dogmática autónoma.

La segunda parte se concentra en las cargas del asegurado. Esta sección de la obra pretende sentar las bases para el análisis específico de nuestra tesis. En ella se realizan estudios sobre las *conditions* y *warranties* en el *Common Law*, tanto en el Derecho de contratos en general, como en la disciplina propia del contrato de seguro. Este análisis comparado otorga herramientas para realizar un examen de las cargas del asegurado en el Derecho nacional, a la luz de la doctrina del Derecho continental, el que comprende la revisión, significado y disciplina legal de las citadas cargas.

Tanto al final de la primera como así también de la segunda parte de esta tesis, hemos incluido un análisis sobre los fundamentos del pacto de cargas. Se trata de sendos estudios sobre el efecto práctico del reconocimiento de cargas, y las razones por las cuales el legislador o las partes pueden verse motivados a establecerlas o pactarlas. Consideramos que este análisis contribuye a la determinación de la función de la carga en la rela-

ción obligatoria, y otorga criterios para analizar la justificación del establecimiento de cargas.

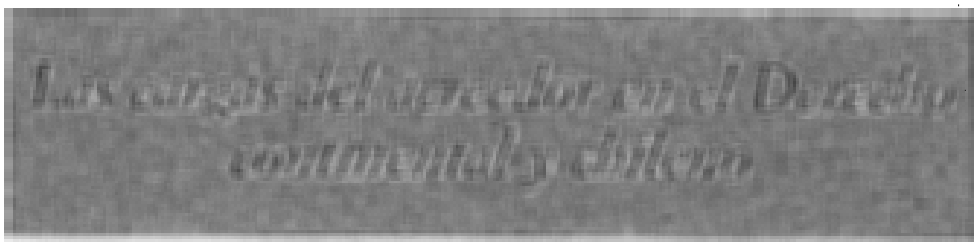
La tercera parte de esta obra consiste en un análisis de las posibilidades de control de contenido de los términos del contrato de seguro. Este estudio se compone de una revisión de la experiencia de tres países del *Common Law* relativas al examen de equidad de los términos. Los países examinados son Inglaterra, Australia y Estados Unidos.

Además, se examinan las posibilidades de control del contenido del contrato de seguros en el Derecho nacional, y se comparan los resultados de las experiencias fiscalizadoras en los ordenamientos antes señalados.

Finalmente, en la cuarta parte de esta tesis, la investigación se enfoca en las cargas del asegurado en el seguro de responsabilidad civil. Se examina el fundamento, naturaleza y disciplina de la carga de notificar el reclamo, demanda o hecho del que puede surgir responsabilidad civil. Luego, se analiza la dirección jurídica, compuesta por las cargas de no reconocer la propia responsabilidad, no transar sin autorización del asegurador, colaboración en la defensa y dirección jurídica como tal. Además, se estudian los deberes y responsabilidades que pueden surgir para el asegurador a propósito de estas cargas, lo que resulta indispensable para una comprensión integral de la figura.

Primera parte
Las cargas del acreedor

I



1. Significado general de la expresión carga

Según el Diccionario de la Real Academia[1], la palabra «carga» tiene diecinueve acepciones diversas, sin contar sus usos figurados. De aquellos significados diversos, es posible inducir un elemento central o común a todos ellos. Éste consiste en la idea de gravamen o peso extraño que algo o alguien debe soportar. Si hablamos de carga, nos referimos a una cosa o circunstancia anexa a algo principal, cuyo soporte implica un esfuerzo, un cierto costo. La carga se nos presenta como algo desfavorable que, por alguna razón, debemos tolerar.

Jurídicamente, la expresión carga se ha comprendido de esta forma ya desde Roma[2]. Sin embargo, no todas las acepciones jurídicas de la palabra

---

[1] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa Calpe, 22.ª edic., Madrid, 2001, p. 306. De todos estos significados, el más cercano a la idea de carga jurídica es la carga entendida como «obligación aneja a un estado, empleo u oficio».

[2] A propósito del empleo de la expresión carga de la prueba en el Derecho romano, Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, v. 1, p. 244, señala que «las expresiones *onus probandi* y *onus probationis* son de escaso empleo en la jurisprudencia; aparecen en dos textos (D. 31.22; 22.3.25.3.) que, empero, habitualmente se les considera interpolados, pese a que, al menos sobre el punto, dicen algo exacto». Sin embargo, sostiene que el concepto de carga de la prueba ya está presente en Roma, pues se entiende que «probar no es una obligación, porque no implica prestación a la contraparte; de no desahogarse la prueba, el único perjudicado es el omitente; por eso no decimos que la prueba se cumple, sino que se descarga o desahoga». En el mismo sentido, señala Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. S. Sentís, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961, p.59, que «la idea de que carga representa la necesidad práctica de que cada parte alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado, es una concepción que deriva de la tradición romana».

carga son de tan antigua data. Por ejemplo, el tipo de carga que constituye el objeto de investigación de esta tesis, la carga del acreedor, es una institución más bien moderna[3]. En general, el uso extendido de la expresión carga en el Derecho es un fenómeno contemporáneo. Una somera revisión de enciclopedias jurídicas basta para verificar cómo la expresión carga ha ido cobrando mayor importancia en este último siglo, especialmente impulsada por la doctrina procesalista[4].

Como un primer acercamiento al concepto general de carga, se ha sostenido que ésta corresponde a «aquella situación en la cual el sujeto, para obtener un resultado a él favorable, tiene que conformar su conducta a una específica regla jurídica»[5]. En términos más precisos, la carga se impone a quien detenta un cierto poder jurídico, cuya eficacia queda sujeta al cumplimiento de la carga. De este modo, el interés en el cumplimiento se radica en el propio titular del poder. En consecuencia, desde el punto de vista estructural, la carga no es bilateral, pues no confiere a otro la facultad para exigir su cumplimiento.

En lo que respecta a la carga del acreedor, la situación de poder es el crédito. La carga consistirá usualmente en alguna forma de colaboración

---

[3] CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 22, afirma, citando a Reimer Schmidt, que la carga es una institución procedente y perfilada en el Derecho procesal civil en la primera mitad del siglo XX, especialmente por Goldschmidt, Rosenberg y Liebman.

[4] Así, en D'AMELIO, MARIANO (dir.), *Nuovo Digesto italiano*, UTET, Torino, 1939, v. 9, pp. 69-79, la voz cargas (*oneri*) sólo es utilizada en tres acepciones: *oneri di culto, oneri reali, oneris ferrendi* (*servitus oneris ferrendi*). En MASCAREÑAS, CARLOS (dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, Francisco Seix, Barcelona, 1951, v. 3, p. 697, «carga» no tiene un tratamiento autónomo. Se hace un reenvío a los conceptos «gravamen» y «prueba». En FUEYO LANERI, FERNANDO, *Catalogación de conceptos de derecho privado*, Montecrovo, Madrid, 1968, p. 68, se mencionan las cargas de comparecer, contestación y prueba, de claro carácter procesal. Se distinguen las cargas procesales, públicas, reales y testamentarias. Un tratamiento más completo puede ya encontrarse en MORTATI, COSTANTINO y SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO (dir.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffre, Milán, 1980, v. 30, pp. 99-155. En esta obra se contiene una noción general de carga, que incluye su examen como elemento en la teoría de la posición jurídica subjetiva (carga del acreedor) y en el derecho procesal civil. Además, continúa la tradición del *Nuovo Digesto*, al realizar un tratamiento extenso de la carga real y la carga de culto. Finalmente, en MONTOYA MELGAR, ALFREDO (dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 928-937, se distingue entre cargas del Derecho administrativo, civil y procesal.

[5] TOMMASO SCOZZAFAVA, OBERDAN, «*onere* (*nozione*)», en Mortati, C., y Santoro-Pasarelli, F. (dir.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffre, Milán, 1980, v. 30, p. 10. El propio autor reconoce que este criterio es demasiado amplio para gozar de validez científica, pues es claro que en todo orden social (económico, ético, religioso), quien quiera obtener un resultado debe cumplir ciertas normas.

que el acreedor debe prestar para que el deudor pueda cumplir la obligación. La eficacia del crédito quedará sujeta al cumplimiento de la carga. De no ejecutar la carga, el acreedor no podrá exigir la satisfacción de su acreencia, perdiendo así su poder tutelado jurídicamente. De este modo, la figura de la carga del acreedor se opone a la de deber, que supone la tutela de un interés ajeno[6]. Así, se ha sostenido que la carga del acreedor «no se trata de una conducta debida, que otro pueda exigir, sino de una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de una facultad. No se trata de un auténtico "deber", sino de un "tener que" para poder hacer»[7].

Pero, como hemos dicho, la expresión carga en el Derecho no sólo significa carga del acreedor. El término carga tiene diversos significados en distintas ramas y hasta en una misma rama del Derecho. Debemos examinar entonces cuáles son estos significados, y verificar si existe un común denominador que nos permita elaborar un concepto general de carga en el Derecho.

1.1. Cargas del matrimonio

Las cargas del matrimonio tienen un significado técnico bastante alejado de las cargas del acreedor, pues se tratan básicamente de obligaciones causadas por la vida familiar, a diferencia de las cargas del acreedor, que no tienen estructura bilateral.

Las cargas familiares son identificadas con las cargas del matrimonio, pues usualmente son los cónyuges quienes mantienen económicamente a la familia. Las cargas del matrimonio consisten en el sostenimiento de la familia, que incluye las atenciones de previsión, alojamiento, vestido, alimentación, educación, esparcimiento, vacaciones y, en general, la vida familiar, cuyo nivel dependerá de los usos y circunstancias de la propia familia[8].

La expresión «cargas de familia» no es extraña a nuestro Código Civil. Comenta Alessandri que éstas son las que corresponden al mantenimiento

---

[6] Si bien resulta claro que, funcionalmente, la carga protege el interés del titular de la situación pasiva. Es él quien se beneficia del cumplimiento de la carga. TOMMASO, O., *op. cit.*, p. 102, sostiene que la doctrina italiana reconoce a Carnelutti y a Betti el mérito de destacar a la carga como un instrumento técnico de solución de conflictos de intereses, distinto del deber.

[7] DÍEZ-PICAZO, LUIS, «El contenido de la relación obligatoria», en *Anuario de Derecho Civil*, v. XVII, 1984, p. 858.

[8] LACRUZ, JOSÉ LUIS y otros, *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia*, José María Bosch, 4.ª edic., Barcelona, 1997.

de los cónyuges, al mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes. Además, los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges, siempre que no sean excesivos, y el dinero que en las capitulaciones matrimoniales el marido se obligó a dar a la mujer, de una sola vez o periódicamente para que disponga de él a su arbitrio[9].

Como vemos, la determinación del monto y naturaleza de las cargas del matrimonio es crucial al momento de fijar las consecuencias patrimoniales de las relaciones de familia y, especialmente, entre cónyuges[10].

A pesar de su relevancia, un análisis de las cargas del matrimonio es ajeno a nuestra investigación, debido a que su estudio no aporta a la comprensión de las cargas del acreedor. En efecto, las cargas del matrimonio distan mucho del concepto de cargas del acreedor, pues las primeras constituyen gastos generados por la naturaleza misma de la convivencia familiar, es decir, se trata de obligaciones legales, si bien moralizadas por su finalidad y contenido. Por su parte, las cargas del acreedor tienen un preciso significado técnico diverso al de las obligaciones, pues no son la contrapartida de un crédito que favorece a un acreedor, sino que se imponen sobre el mismo acreedor. Por lo tanto, no tienen estructura bilateral.

1.2. Carga como modalidad

Mayor afinidad encontramos entre las cargas como modalidad y las cargas del acreedor, si bien observaremos que las cargas como modalidad pueden considerarse verdaderas obligaciones y, por lo tanto, diferir de las cargas del acreedor.

Entre nuestros tratadistas se suele incluir al modo como una de las modalidades de las obligaciones[11]. Efectivamente, nuestro Código Civil contiene, en su libro IV, un título IV sobre obligaciones condicionales y modales. Sin embargo, en lo que respecta a la regulación del modo, este título

---

[9] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales*, Editorial Universitaria, Santiago, 1936, p. 319. Señala también que «la sociedad conyugal es obligada al pago, sin derecho a recompensa, de toda otra carga de familia», e incluye los salarios de empleados domésticos, viajes, entretenciones, etc. (p. 329). También se refiere a las «cargas reales». (p. 314).

[10] RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 95, sostiene que «esta obligación, podríamos decir, es la principal de la sociedad conyugal y la que justifica la comunidad de bienes».

[11] Por todos, ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 4.ª edic., Santiago, 2001, v. 1.

se limita a hacer un reenvío al título IV del libro III sobre las asignaciones testamentarias modales.

Lo anterior se debe a que se estima que este tipo de modalidad es más acorde con las disposiciones a título gratuito[12].

En términos amplios, puede definirse al modo como «la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad»[13]. El modo es una prestación de tipo accesorio, distinta de la prestación principal, que impone a quien recibe una liberalidad, la obligación de hacer algo o soportar cierto gravamen para poder seguir disfrutando de la asignación o prestación que se ha realizado en su favor[14].

Nuestro interés en esta institución estriba en que la doctrina ha utilizado la expresión modo como sinónimo de carga[15]. El uso de la expresión carga para designar al modo nos parece adecuado, pues esta institución guarda relación con el sentido general u ordinario de la expresión.

Por ello, la carga como modo presenta similitudes con la carga del acreedor. En efecto, en ambos casos nos encontramos con circunstancias accesorias a la prestación principal, que pueden afectar su eficacia. Por otro lado, las dos son cargas en cuanto imponen una cierta actividad o de algún modo gravan a quienes deben soportarla. Además, tanto modos como cargas son impuestos a alguien que ha recibido o espera recibir un beneficio. Finalmente, en ambos casos se reconoce libertad a las partes para pactarlas[16].

---

[12] ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL y VODANOVIC H., ANTONIO, *Tratado de las obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 2001 pp. 347 y 349, opinan que «el modo, llamado también "cargo", es una modalidad, según algunos, propia de las liberalidades, o sea, de las disposiciones a título gratuito, como las asignaciones testamentarias y los contratos a título gratuito». Sin embargo, posteriormente aclaran que nada impide, conforme a la libertad contractual, introducir un modo en un contrato oneroso.

[13] ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 501.

[14] DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Derecho sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 1998, v. II, p. 576. «El modo no es un simple consejo, sino que es una obligación que grava al asignatario».

[15] *Ibidem.* p. 574, se señala que «en la doctrina francesa se le califica y considera fundamentalmente como una carga».

[16] DOMÍNGUEZ, R. y DOMÍNGUEZ, R., *op. cit.*, p. 584, enseñan que se ha discutido acerca de la validez de una carga que beneficie de tal modo al asignante que «absorba» el valor de la asignación. Estos autores consideran que, dado que el asignatario tiene libertad para aceptar o no el legado, la asignación es perfectamente válida. Este criterio nos parece razonable, pues una asignación modal que engañosamente imponga una carga excesivamente alta, puede impugnarse por causa ilícita. Estos criterios nos parecen analógicamente relevantes para la determinación de la validez del pacto de cargas del acreedor.

Incluso al verificar las diferencias entre una institución y otra, reconocemos similitudes en sus consecuencias prácticas. En cuanto a sus efectos, el modo incumplido puede provocar la resolución de la asignación si tiene cláusula resolutoria, en cambio el efecto de la carga del acreedor no es resolutivo, sino que implica la ineficacia de un derecho que favorece al acreedor.

Si observamos con detención, los efectos prácticos son similares, pues usualmente la resolución afectará a actos unilaterales, es decir, sólo se extingue una obligación del asignante con el asignatario, pero no viceversa. Esto quiere decir que no se extingue una relación obligatoria bilateral, circunstancia que acerca al modo a la carga del acreedor. Aunque esta conclusión no es precisa respecto del modo testamentario.

No obstante, de todas formas consideramos que ambos institutos difieren, por las siguientes razones:

1.° La carga o modo es una circunstancia característica de las liberalidades, de las asignaciones o contratos gratuitos, en cambio las cargas del acreedor pueden encontrarse en todo tipo de obligaciones.
2.° El modo se impone en favor del asignante o de un tercero, en cambio la carga se impone a favor del propio acreedor. Lo anterior se manifiesta en que el asignatario modal se hace dueño de su asignación y, posteriormente, debe cumplir el modo. En cambio, el acreedor sujeto a una carga deberá cumplir con ésta antes de hacer efectivo su crédito.
3.° En consonancia con lo expuesto en el párrafo anterior, la ejecución del modo puede ser exigida por el tercero beneficiado, por lo que el modo puede considerarse, en sentido amplio, una obligación. En cambio, la carga no es exigible, pues su incumplimiento favorece al deudor, pues tiene el efecto de hacer decaer el derecho del acreedor.

Por lo tanto, las cargas del acreedor son distintas de las cargas entendidas como modos en las obligaciones, no obstante que sus similitudes hacen que el uso del término cargas para ambas nos parezca adecuado.

1.3. Carga como gravamen real

La expresión carga también ha sido entendida como gravamen real. Observamos nuevamente que el uso de la expresión es semánticamente adecuado, pero distante del concepto de carga del acreedor en cuanto a sus efectos.

En nuestra doctrina, se ha definido la carga real como «aquel gravamen que, con carácter periódico o intermitente, pero en todo caso reiterado, nace de la ley o del contrato y que pesa sobre el que es dueño o poseedor (y porque es dueño o poseedor) de una cosa, y consiste en entregar cualquier cosa (productos del fundo, dinero), o en realizar prestaciones de naturaleza personal»[17].

En el mismo sentido, pero sin denominarlas «cargas», Rozas Vial señala que el contenido pasivo del derecho de dominio está constituido por las obligaciones reales, que son las que «afectan al propietario o poseedor por el sólo hecho de serlo»[18].

El fundamento de estas cargas se encuentra en que el derecho de propiedad es esencialmente limitado. La naturaleza misma de las relaciones sociales le impone restricciones, aun cuando se adopte por la respectiva comunidad una posición política favorable a la propiedad privada[19].

Las cargas del dominio pueden tener su causa en razones tan elevadas como la función social de la propiedad o la protección del medio ambiente, según reconoce nuestra Constitución Política. Aun cuando también pueden surgir de motivos más pedestres, como las relaciones de vecindad.

En cuanto a los caracteres de estas cargas, Díez-Picazo sostiene que «el gravamen real es ante todo una situación de sujeción», entendiendo por tal aquella en que el poseedor o propietario no tiene un deber específico de actuación, sino que se le impone una mera situación pasiva de soportar la actividad del sujeto activo[20].

Pero el mismo Díez-Picazo reconoce que esta sujeción no sólo importa una posición pasiva, sino también deberes activos o positivos, que usualmente son *propter rem*[21]. Esto quiere decir que generalmente la carga real será inherente a la cosa, y se traspasa con ella al nuevo titular.

---

[17] ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL y VODANOVIC H., ANTONIO, *Tratado de los derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, 6.ª edic., Santiago, 2001, v. 1. p. 62.

[18] ROZAS VIAL, FERNANDO, *Los bienes*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998, p. 82.

[19] PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 69, sostiene ilustrativamente que la propiedad «no se puede eliminar completamente (pensando en los objetos de uso personal) y no se puede extender a la totalidad de las cosas (pensando, por ejemplo, en la necesidad de una calle)».

[20] DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico reales. El registro de propiedad – la posesión,* Tecnos, Madrid, 1983.

[21] Cfr. GANDOLFI, GIUSEPPE, voz *onere reale,* en Mortati, C. y Santoro-Pasarelli, F. (dir.), *Enciclopedia del diritto,* Giuffre, Milán, 1980, v. 30, p.127, quien sostiene que la diferencia entre carga y obligación real está en el objeto de la prestación. La carga real supone siempre una prestación positiva, periódica, de dar o hacer. La obligación real también puede comprender un comportamiento negativo, concerniente al modo de gozar de la cosa o limitaciones en cuanto al uso de ésta. Sin embargo, en la obligación real el sujeto activo no dis-

Es interesante el desarrollo que el concepto de carga real ha adquirido en el Derecho urbanístico, entendida como carga de planeamiento. Si bien en nuestro país la doctrina especializada no utiliza tal expresión, existe conciencia de la relevancia de estas cargas, y de cómo las normas administrativas de Derecho urbanístico pueden imponer graves restricciones al derecho de propiedad. Esto a pesar de la reserva legal para establecer tales limitaciones, contenida en el artículo 19 n.° 24 de la Constitución Política de la República[22].

La expresión carga en el Derecho de bienes guarda cierta similitud con el concepto de carga en el Derecho de obligaciones. Se trata, en ambos casos, de una circunstancia desfavorable vinculada a la obtención o disfrute de un beneficio[23]. Y en ambos casos dicha circunstancia es connatural al logro de un resultado favorable, casi un elemento fáctico vinculado a una circunstancia provechosa.

En este sentido, la naturaleza *propter rem* de la carga real se acerca a la carga del acreedor, pues esta última, como veremos, se impone en consideración a la naturaleza misma de la obligación, no en relación a la persona obligada. En consecuencia, también en este caso la modificación subjetiva de la obligación lleva consigo el traspaso de la carga.

Otra similitud es que tanto las cargas reales como las del acreedor pueden tener su fuente en la ley o en el contrato.

No obstante, las cargas reales difieren estructuralmente de las cargas del acreedor. Las primeras imponen deberes, que son establecidos o pactados en favor de otros (*v. gr.* comunidad, vecinos). Por lo mismo, su cumplimiento es exigible por aquellos en cuyo favor han sido impuestas, incluso coactivamente. En cambio, las conductas impuestas por medio de las cargas del acreedor no son exigibles por otro.

Subsiste aún otra diferencia relevante, que es que el cumplimiento de la carga real no es requisito para la adquisición del beneficio, esto es, para poder ejercer el uso, goce y disposición del bien. Los efectos de las cargas reales se traducirán en la imposición de limitaciones insoslayables, o bien, en el deber de soportar ciertas obligaciones que podrán afectar *a posteriori* el ejercicio y hasta la titularidad del derecho de propiedad. Esto quiere decir

---

pone de una garantía real sobre el bien, siendo sólo titular de una acción personal. No obstante, se reconoce el carácter *propter rem* tanto de la carga como de la obligación real.

[22] RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE, «La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana», en *Revista Chilena de Derecho*, v. XXV, 1998, pp. 65-112.

[23] ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL y VODANOVIC H., ANTONIO, *Tratado de los derechos... op. cit.*, p. 63, sostienen gráficamente que «las cargas reales, como todos los gravámenes, son antipáticas».

que el titular del derecho real puede entrar en el goce del mismo, y sufrir el efecto de las cargas reales con posterioridad, sólo cuando aquellas sean hechas valer por quienes se ven favorecidos por ellas.

Por su parte, la carga del acreedor debe cumplirse antes que el correlativo deudor ejecute la prestación. En consecuencia, el disfrute de la posición jurídica de acreedor, como es la satisfacción del crédito, no será posible incumpliéndose la carga. El deudor de la obligación sujeta a carga podrá oponer su incumplimiento para no ejecutar su prestación, precisamente antes de ejecutarla.

En síntesis, la carga real tiene similitud con la carga del acreedor, en todo lo que se desprende del significado coloquial de la expresión carga, que integra tales conceptos. Sin embargo, las cargas reales y las del acreedor difieren con relación a su alteridad y al momento en que surge y debe cumplirse la conducta que imponen.

1.4. Carga procesal

A pesar de ser una institución del Derecho público, la carga procesal es la figura más cercana a la carga del acreedor, tanto en el Derecho como en la doctrina comparada. Esto se debe a que la «carga del acreedor» es un concepto civil extraído de la doctrina procesal, la que a su vez tuvo en vista a la doctrina civil para su elaboración.

Goldschmidt es reconocido como el principal elaborador del concepto de carga en la dogmática moderna[24]. La teoría del proceso de Goldschmidt es una teoría sociológica y realista. Su preocupación se centra en la actividad que las partes y el juez despliegan en pos de la obtención de la sentencia.

---

[24] CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 22, afirma, citando a Reimer Schmidt, que la carga es una institución procedente y perfilada en el Derecho procesal civil en la primera mitad del siglo XX, especialmente por GOLDSCHMIDT, JAMES, *Teoría general del proceso*, trad. L. Prieto, Editorial Labor, Barcelona, 1936, ROSENBERG, *La carga de la prueba*, trad. E. Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1956, y LEBMAN, *Manual de Derecho procesal civil*, trad. S. Sentis-Melendo, Buenos Aires, 1980. SENTIS MELENDO, SANTIAGO, *Estudios de Derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967, reconoce como principales elaboradores de esta doctrina a Goldschmidt y Carnelutti, seguidos por Rosenberg y Micheli, y a quienes se opuso, entre otros, MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. S. Sentis, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, p. 99, quien consideró que existe una verdadera obligación de probar. Sentis sugiere que Carnelutti sigue a Goldschmidt en la elaboración del concepto de carga (p. 341). Desde Carnelutti se habría trasladado el concepto de carga al resto de la doctrina procesalista italiana. De todos modos, se sabe que la noción de carga, especialmente de carga de la prueba, era conocido de los juristas romanos.

Por esto, niega la existencia de la relación procesal. La considera una noción abstracta, irreal. Las partes no se relacionan entre sí, sino que están sujetas a la actividad jurisdiccional del Estado. El vínculo común de sus actos es, simplemente, el interés de obtener un pronunciamiento favorable. Esta sujeción supone que, a lo largo del proceso, no existan derechos para las partes, cuya característica esencial es la bilateralidad, sino sólo posibilidades y cargas.

De este modo, Goldschmidt no discierne entre Derecho público y privado. Lo que hace es distinguir, por un lado, Derecho material, que es el Derecho en su condición estática, y que finalmente es el fundamento y contenido sustantivo de la decisión del juez, y, por otro, Derecho procesal, que es un derecho dinámico, en busca de la obtención de protección jurídica mediante una sentencia favorable. El Derecho procesal no supone relaciones obligacionales materiales. No hay una relación jurídica procesal, sino una *situación procesal*, que se funda no en la existencia misma del Derecho material (noción abstracta), sino en la búsqueda de su evidencia. Si, en el proceso, el Derecho material se prueba, se le concederá protección jurídica. De lo contrario, la *expectativa* de dicha protección se frustrará. En consecuencia, las cargas procesales constituyen «imperativos del propio interés»[25].

La cercanía entre las nociones de carga del acreedor y carga procesal se explica puesto que Goldschmidt recoge la idea civil de aquella actividad necesaria para hacer subsistir un derecho subjetivo, que debe desplegar el propio titular, y la denomina *carga*. A partir de esa idea civil ilustra, analógicamente, la carga procesal.

El procesalista alemán explica que existen cargas en el Derecho privado, y pone como ejemplo al heredero que no termina a tiempo el inventario de los bienes de la herencia. A éste se le impide aceptar con beneficio de inventario, y «se entiende que acepta pura y simplemente»[26]. Afirma además que «en estos casos se trata de las condiciones de la conservación de un derecho, cuyo cumplimiento se necesita por la particularidad del derecho que ha de conservarse»[27].

Sin embargo, consideramos que este ejemplo dado por Goldschmidt no corresponde precisamente a una carga del acreedor. Se trata, más bien, de un derecho de opción. Sin embargo, la relevancia del ejemplo de Goldschmidt está en demostrar que existen en el Derecho civil situaciones en que es necesario realizar una conducta previa a obtener un beneficio.

---

[25] GOLDSCHMIDT, J., *Teoría...op. cit.*, pp. 82-83.

[26] *Ibidem*, p. 82.

[27] *Idem*.

Se trata de una situación diversa a la del proceso, pues Goldschmidt sostiene que «para el enfoque procesal la carga, el imperativo del propio interés, es la única forma en que se manifiesta un imperativo bajo amenaza de un perjuicio. La causa jurídica consiste en que la lucha de las partes integra la esencia del pleito, y en que impone a las partes la necesidad de actuar, es decir, de emplear los medios de ataque y defensa. Y la consecuencia del descuido de la parte es el empeoramiento de su situación procesal, es decir, el inicio o el aumento de la perspectiva de una sentencia desfavorable»[28].

El heredero no «debe», no tiene la obligación de aceptar con beneficio de inventario, mas si quiere aprovecharse de la limitación de responsabilidad, es necesario que, al aceptar la herencia, y no después, declare que acepta con este beneficio. Si ponemos atención a este ejemplo, veremos que para Goldschmidt la carga en materia civil es aquella que impone una cierta actividad a aquel que pretende obtener un beneficio. Si bien el ejemplo de Goldschmidt no es técnicamente una carga, el autor alemán expresa por medio de él la idea de que en el Derecho civil hay ocasiones en que es necesario hacer algo para obtener un beneficio. Esta es la idea básica de carga, la noción de la existencia de un imperativo de actuación en interés propio se encontraba ya en la doctrina civilística, aunque no expresada necesariamente con el término «carga»[29].

El concepto de carga procesal es adoptado, más adelante, por la doctrina procesalista italiana. Según Sentis Melendo, el primer elaborador de la carga procesal en Italia es Carnelutti[30]. Este autor distingue entre obliga-

---

[28] *Ibidem.* p. 83.

[29] GIORGI, JORGE, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, Revista de Legislación (traducido de la 7.ª edic. italiana), Madrid, 1909, v. 2, p. 87, al tratar sobre las categorías de los efectos de la mora del deudor en los contratos bilaterales, señala que una de ellas es la pérdida de las ventajas que el cumplimiento de la obligación a su tiempo habría podido procurar al deudor. Bajo esta categoría se halla la decadencia o caducidad por efecto de condiciones expresas o tácitas, que hacen perder, ya sea total o parcialmente, las ventajas esperadas de las prestaciones recíprocas a que estaba obligado el acreedor. Del mismo modo, señala que el retraso en el cumplimiento de la prestación, aun desprovisto de culpa, produce respecto del acreedor un efecto liberatorio a favor del deudor por el retraso en recibir, «ya que nadie puede ser obligado a permanecer en obligación después del vencimiento por la sola razón de que el acreedor no está preparado para recibir» (p. 87). Nos parece que Giorgi está anticipando la idea de cargas que puedan pactarse o derivar de la propia naturaleza del contrato, las que serían «condiciones expresas o tácitas» que hacen perder, decaer, total o parcialmente, las ventajas esperadas de las prestaciones recíprocas a que estaba obligado el acreedor.

[30] SENTIS-MELENDO, S., *op. cit.*, p. 340. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, JUAN, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 63, quien reconoce a Goldschmidt y Carnelutti como padres del concepto de carga en oposición a obligación.

ciones y cargas, sosteniendo que «obligación es subordinación de un interés del obligado a un interés ajeno impuesto por medio de la sanción; carga es la subordinación de uno o más intereses del que sufre la carga a otro interés suyo impuesto haciendo de ella una condición para la obtención de dicho interés; el juez tiene que proveer sobre la demanda, y de lo contrario es castigado; la parte tiene que proponer la demanda, y de lo contrario no puede obtener la tutela de su interés en la litis»[31].

En Sudamérica, Couture adopta las ideas de Goldschmidt y Carnelutti. Distingue entre la omisión de cumplir el deber y la omisión de ejercer el derecho, señalando que «a diferencia de la omisión del deber, que debe aparejar perjuicio, la omisión del ejercicio del derecho sólo supone privación de beneficio. La conducta del que omite un deber es antijurídica. La conducta del que omite el ejercicio de un derecho no lo es»[32].

Es claro que el concepto de carga como imperativo del propio interés, creado por Goldschmidt, subyace a las distinciones más elaboradas de Carnelutti y Couture.

También es decisivo el aporte de Micheli en la determinación del concepto de carga procesal, específicamente de carga de la prueba. El autor italiano distingue entre carga y deber, aun cuando reconoce que en ambos casos se trata de situaciones de sujeción, en que es posible verificar la existencia de una consecuencia jurídica desfavorable. Sin embargo, la noción de carga está construida sobre la idea de libertad del sujeto de tomar una acción u otra, por lo tanto, su necesidad de actuar en conformidad a lo que señala la carga es muy distinta «de aquella inmediata *necesitas* de observar el mandato de la norma jurídica, en que consiste el deber, ya esté dicho mandato asistido o no de una sanción». Esto se debe a que, al infringir un deber, se contraviene el ordenamiento jurídico, lo que no ocurre en el caso de la carga[33].

---

[31] CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, trad. S. Sentis (5.ª edic. italiana), Ediciones Jurídicas Europa América, 2.ª edic., Buenos Aires, 1973, p. 352.

[32] COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, 3.ª edic., Buenos Aires, 1993, p. 941. Su autor dedica esta obra a Goldschmidt, lo que es señal de la influencia del profesor alemán en Couture.

[33] MICHELI, *op. cit.*, p. 98. Por eso señala este autor que, tanto en el caso de los deberes como las cargas, «el ordenamiento puede llevar consigo sanciones desfavorables para el sujeto que no se ajusta al mandato de la ley, pero en una hipótesis tales consecuencias deben reconducirse bajo el concepto de auto-responsabilidad, que incide en la propia autonomía, reconocida por la norma al sujeto, mientras que en la otra hipótesis, en cambio, las consecuencias aparecen como medidas (sanciones) *contra* la violación del mandato, que excluye tal autonomía e impone una necesidad jurídica no ya una mera exigencia práctica, conforme al interés del sujeto» (p. 101).

Pero ante la necesidad de definir sustancialmente qué se entiende por carga procesal, Micheli afirma que el núcleo del concepto se encuentra en la idea de auto responsabilidad procesal. Según el profesor italiano, toda norma que configura el proceso determina, finalmente, la existencia de una carga, pues es en propio interés de las partes del proceso el presentar la demanda, oponer excepciones, probar, etc. Por esto, afirma Micheli, «el concepto de carga no es más que la expresión de una consecuencia práctica de otras reglas jurídicas. Esto resulta verdad, además de para todas las cargas sustanciales antes consideradas, también para todas las cargas procesales»[34].

Así, Micheli entiende la carga, siguiendo en esto a Betti, como un «*poder-carga*, o mejor, a mi entender, un *poder*, porque el mismo, técnicamente considerado, no puede tener más que aquel alcance y aquel contenido»[35]. No obstante, no puede dejar de reconocer que esta concepción de carga tiene el inconveniente de hacer difícil la distinción entre los *poderes-carga* y los que propiamente son facultades. Intenta salvar esta objeción distinguiendo entre «actividades lícitas, que son calificadas por el ejercicio de un poder procesal, de aquellas actividades meramente lícitas, exteriorizaciones de la capacidad de derechos conferida a un sujeto, pero que no son idóneas para determinar una situación de sujeción (en sentido amplio), y por consiguiente, tampoco para concretar el deber del juez de proveer»[36].

En lo que respecta a las cargas del acreedor, opinamos que la teoría de Micheli sobre las cargas procesales tiene dos aportaciones fundamentales: en primer lugar, pone en evidencia que lo que llamamos carga no es sino la manifestación de los efectos de otras normas jurídicas. Esto nos ayudará a determinar que el concepto de carga del acreedor es uno, pero que existen diversas formas de configurar una carga. En segundo lugar, la distinción entre actividades lícitas y actividades meramente lícitas. A este respecto, no compartimos la visión de cargas como cargas-poder, pues, como veremos, consideramos que, al menos respecto del derecho sustantivo, los derechos potestativos no son la precisa contrapartida de las cargas del acreedor.

---

[34] *Ibidem*, pp. 99-100. Para Micheli, las cargas sustanciales son aquellas circunstancias similares a las de las cargas procesales, presentes en el Derecho material. Micheli ahonda en el examen de estas situaciones en el derecho sustantivo, lo que denota una influencia de la elaboración que Goldschmidt hace de la carga. Sin embargo, no cita al autor alemán.

[35] *Ibidem*, p. 102. La obra aludida es: BETTI, EMILIO, *Diritto processuale civile italiano*, Foro Italiano, 2.ª edic., Roma, 1936.

[36] *Ibidem*, p.103.

La diferencia entre actividad lícita y actividad meramente lícita es, a nuestro entender, precisamente una diferencia entre derecho potestativo y carga. La carga afecta a un crédito, es decir, puede traer consecuencias desfavorables de relevancia. En cambio, el derecho potestativo no entraña una disminución patrimonial para el titular que no lo ejerce. No implica la privación de una ganancia, pues no afecta la exigibilidad de un crédito.

Como vemos, las cargas tienen características y efectos similares en el Derecho privado y en el Derecho procesal. En ambos casos son imperativos del propio interés, y en ambos casos su inobservancia acarrea un efecto desfavorable para quien soporta la carga. Sin embargo, tienen fundamentos disímiles.

En el Derecho procesal, la sujeción de los individuos al poder estatal hace que el proceso no otorgue propiamente «derechos» subjetivos procesales a las partes, sino posibilidades u oportunidades, que éstas pueden aprovechar o desaprovechar. La carga es la contrapartida al «derecho» o posibilidad procesal[37].

En cambio, en el Derecho privado, las cargas son condiciones de la conservación de un determinado derecho subjetivo, es decir, derivan de las características propias de la relación obligatoria de la cual el crédito nace.

En consecuencia, en el Derecho privado las cargas están dirigidas únicamente a la «necesidad de conservar un derecho», y no a una actividad necesaria para obtener un pronunciamiento favorable[38]. De este modo, las cargas en el Derecho procesal son todas aquellas que deriven de la necesaria actividad para obtener la sentencia favorable, en cambio, en el Derecho privado las cargas son típicas. Se trata de precisas exigencias del respectivo derecho que se pretende conservar.

---

[37] El Derecho procesal moderno parece seguir la tendencia implantada por Goldschmidt y Carnelutti, en orden a la autonomía de la naturaleza jurídica del proceso. Se intenta superar las teorías contractuales, cuasi contractuales o de relación jurídica, para explicar el proceso con categorías autónomas. Esta posición doctrinal prefiere para el proceso la idea de carga a la de obligación, al referirse a la necesidad de realizar ciertas conductas por las partes. De este modo, sostienen MONTERO AROCA, JUAN, *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 293, que «en la regulación de los procesos civiles no existen prácticamente obligaciones de las partes, ni son necesarias ni convenientes, y los deberes son muy reducidos en número». Por su parte, GUASP, JAIME y ARAGONESES, PEDRO, *Derecho procesal civil*, Civitas, 5.ª edic., Madrid, 2002, pp. 38-39, sostienen que las partes tienen poderes y deberes procesales. Coincidiendo con Micheli, señalan que los poderes están compuestos por dos elementos, facultad y carga. Por su lado, los deberes se componen de potestades y responsabilidades.

[38] GOLDSCHMIDT, J., *Teoría... op. cit.*, p. 85.

Por lo tanto, cumplida la carga, el crédito afectado por ella no queda ya sujeto a la posibilidad de volverse ineficaz. En cambio, el cumplimiento de las cargas procesales no impide la obtención de una sentencia desfavorable. Existe, en consecuencia, una diferencia entre el efecto del cumplimiento de la carga civil y procesal.

1.5. ¿Existe un concepto general de carga para el Derecho?

Como hemos podido apreciar, la carga es una expresión común a varios ámbitos del Derecho. ¿Significa esto que la carga es un concepto jurídico de aplicación general? Para construir un concepto general de carga en el Derecho, es necesario encontrar elementos jurídicos comunes que puedan apreciarse en cada una de las regulaciones de carga que hemos revisado. Pero también es necesario que estos elementos comunes se encuentren combinados de una forma única en esta institución, de manera de no constituir parte de otro concepto.

Consideramos que sí existen elementos comunes. Ellos son:

i) Dependencia: Las cargas suponen un derecho personal, un derecho real o una posición jurídica a la que acceden[39]. No tienen existencia autónoma.
ii) Elemento pasivo: Las cargas siempre constituyen un peso, un gravamen. Son el contenido pasivo del derecho real, derecho personal o de la posición jurídica a la que acceden. Se trata de una actividad que el favorecido por determinada posición debe satisfacer para mantener su prerrogativa.
iii) Afectación de la eficacia: El efecto del incumplimiento de la carga siempre consiste en la frustración o ineficacia del objetivo propio de la posición jurídica o poder de los que depende. Así, el incumplimiento de la carga real afecta la subsistencia del derecho real sobre el que recae, lo mismo que el modo con cláusula resolutoria y la carga del acreedor. La insatisfacción de las cargas de familia amenaza la subsistencia misma del núcleo familiar y, en consecuencia, los beneficios que de la posición de padre o madre se derivan. El incumplimiento de las cargas procesales supone la no obtención del beneficio que supone, por ejemplo, la posibilidad de contestar la demanda o probar los hechos. Finalmente, si el acreedor no cumple con sus cargas, el crédito del que ellas dependen será ineficaz.

[39] Ejemplos de estas posiciones jurídicas pueden ser la de padre, cónyuge o demandante.

iv) Necesidad: Una vez que se reconoce la existencia de una carga, o se crea, es inconcebible el nacimiento o la subsistencia del derecho o posición jurídica sin la satisfacción de la carga.

Existen otros elementos que, por su generalidad, no nos sirven para diferenciar a la carga de otras instituciones:

i) Fuente diversa: Las cargas pueden provenir de la naturaleza misma del derecho o posición jurídica a la que acceden, o bien, pactarse o imponerse legalmente.
ii) Objeto múltiple: Las cargas son, al igual que las obligaciones, de objeto múltiple, pues la actividad que imponen puede consistir en dar algo, hacer algo, o no hacer algo.

Por último, hay ciertos elementos centrales de algunas concepciones de carga que son ajenas a otras:

i) Inversión funcional del interés: Al imponerse una carga, se altera la situación normal del interés en el cumplimiento de la actividad que la carga impone. Así, las cargas reales favorecen a terceros; las cargas de familia favorecen, por lo general, a los hijos; las cargas del acreedor suponen una colaboración de éste que favorece al deudor en su cumplimiento. Sin embargo, técnicamente se altera esta circunstancia, haciendo depender el beneficio del cumplimiento de la carga. De este modo, se logra que quien se encuentra en la situación acreedora o de poder, se interese en cumplir una actividad que, en los hechos, favorece a otro.
   No obstante, esto no puede afirmarse respecto de las cargas procesales, pues de ningún modo una parte se favorece con el cumplimiento de una carga procesal por su contraria. Las cargas procesales miran exclusivamente el interés propio del gravado, tanto técnicamente como en los hechos.
ii) Posibilidad o imposibilidad de exigir su cumplimiento.
   Existen cargas cuya estructura es bilateral, pues su cumplimiento puede ser exigido (cargas reales y de familia), pero otras de estructura unilateral, pues sólo empecen a la posición jurídica gravada (acreedor, parte en el proceso).

Atendidos los cuatro elementos comunes a las distintas cargas verificadas, podemos sostener que en el Derecho se entiende por carga todo gravamen que inhiere a una posición jurídica, como requisito necesario para el disfrute del beneficio intrínseco que tal posición jurídica supone.

¿Pero puede entenderse lo anterior como un verdadero concepto? Estimamos que no, pues la necesaria generalidad impuesta por la diversidad de los elementos que intentan ser inducidos, hacen que tal noción sea científicamente inviable. No es posible distinguir con claridad esta idea de carga de, por ejemplo, obligación o deber[40]. Sin embargo, nos otorga elementos para delimitar el concepto de carga del acreedor, al determinarse de este modo el significado jurídico de la expresión «carga».

2. El concepto de carga del acreedor

2.1. El concepto de carga del acreedor en la doctrina

El concepto de carga del acreedor muestra bastante uniformidad entre los distintos ordenamientos jurídicos de raíz continental. El concepto de Goldschmidt de imperativo del propio interés se introdujo en la doctrina civilística continental, especialmente la alemana e italiana, desde las cuales se extendió a los demás Derechos continentales. El concepto de carga del acreedor tiene su mayor desarrollo en el Derecho de seguros, pero restringiremos este apartado a la exposición de la influencia del concepto de carga en la parte general del Derecho de obligaciones.

Como ya hemos señalado, en el Derecho continental la noción de carga del acreedor tiene su origen en la doctrina procesalista.

a) Doctrina germánica

El más importante aporte monográfico al concepto de *obliegenheiten* en la doctrina civil se encuentra en la obra del profesor alemán Schmidt[41]. Este autor sostiene que «no es así que todo comportamiento con importancia jurídica se efectúa por razón de deber. Pero, es un equilibrio entre fuerza jurídica, a un lado, y el libre comportamiento, por el otro»[42]. Las *obliegenhaiten* tienen relación con el ámbito de libre comportamiento que el Derecho necesariamente concede a los sujetos imperados, ya que no todo puede regularse como deber. Por ello, se reconoce la existencia de

---

[40] No nos extraña, en consecuencia, la afirmación de TOMMASO, O., *op. cit.*, p. 104, quien sostiene que «la historia dogmática de la carga está caracterizada por las distintas tentativas de aislar la figura del limbo de lo jurídicamente irrelevante, y de reafirmar su relevancia jurídica como categoría autónoma de calificación jurídica».

[41] SCHMIDT, REIMER, *Die obliegenheiten*, Verlag-Versicherungwirtshaft, Karlsruhe, 1953; CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 23.

[42] *Ibidem*, p. 49.

obliegenheiten en los casos en que existe una conducta de relevancia jurídica que no se impone como deber, pero cuya inejecución igualmente acarrea consecuencias jurídicas desfavorables. Detrás del concepto de *obliegenheit* está la idea de libertad de actuación, aunque ateniéndose a las consecuencias de optar por una u otra conducta.

Schmidt apunta que en la estructura de la norma existe un antecedente y una consecuencia. El conocimiento de la consecuencia es lo que mueve a una persona a actuar según la norma. La eficacia de la norma, esto es, el cumplimiento del antecedente, dependerá de la fuerza o del incentivo integrados a ella. En muchos casos, las ideas de fuerza y de incentivo están muy cercanas. La obra de Schmidt pretende buscar una regla que permita distinguir entre la idea de incentivo (*anreiztatbestand*) y fuerza (*nótigungstatbestand*)[43].

La tesis de este autor consiste en que el concepto de carga (*obliegenheit*) ha adoptado un preciso significado técnico en el Derecho, especialmente en el Derecho de seguros, que «se utiliza para evidenciar la existencia de una serie de supuestos de constreñimiento (*Nötigunstatbestände*) de una intensidad menor a la que deriva de la obligación, ya que la inobservancia de la *Obliegenheit* sólo puede dar lugar a una sanción atenuada y, en todo caso, al sujeto activo no le corresponderá ni una pretensión encaminada a su cumplimiento (*Erfüllungsklage*), ni tampoco una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios. La inobservancia de la *Obliegenheit* determina, en general, el entorpecimiento (*Hemmung*), la reducción (*Minderung*) o la destrucción (*Vernichtung*) de la posición jurídica del gravado»[44].

También es relevante en la configuración del concepto de carga del acreedor (*obliegenheit*) la obra de los profesores Esser y Schmidt[45]. Ellos sostienen que en el Derecho de seguros aparecen una serie de cláusulas contractuales que imponen al asegurado determinados actos u omisiones, cuya inobservancia acarrea la pérdida del derecho a ser indemnizado por el asegurador.

El asegurador no puede exigir tales conductas, pero su incumplimiento es gravoso (*lästig*) para el asegurado, pues la inobservancia tiene como consecuencia la reducción del derecho (*Rechtsverkurzunf*). Esser y Schmidt sitúan a las cargas del acreedor (*obliegenheiten*) dentro del concepto superior de cargas (*Lasten*), en oposición a los deberes (*Plifchten*)[46].

---

[43] *Ibidem*, p. 53.

[44] *Ibidem*, p. 23.

[45] *Ibidem*, p. 25.

[46] *Ibidem*, p. 26. Según MÜLLER, HEING y HAEUSCH, GUNTER, *Langenscheidts Handwörterbücher Spanich*, Lagenscheidt, 11.ª edic., Berlín, 1988, p. 384, la expresión *obliegen*, cuyo

En primer lugar, nótese la precisión de los términos alemanes: la obligación (*leistung*) es algo que se rinde a otro, un servicio que se presta a otro. La misma palabra manifiesta inequívocamente la bilateralidad del concepto.

En segundo lugar, la carga procesal o *lasten* significa cargar a alguien, imponerle un peso. Para la carga del acreedor, sin embargo, no se utiliza la misma expresión, sino que, como hemos dicho, se reserva el término *obliegenheit*, que significa algo que es de la incumbencia de alguien.

Estimamos que en la distinción entre *lasten* y *obliegenheit* subyace la diferencia de efectos entre una y otra institución. Dicha diferencia consiste en que la carga del acreedor es requisito para la adquisición o conservación de un derecho, pero una vez cumplido tal requisito, el resultado de adquirir o conservar tal derecho se produce necesariamente. En este sentido, la carga es de la *incumbencia* del acreedor. Es un peso que garantiza un resultado.

Al contrario, el cumplimiento de la carga procesal o *lasten* sólo mejora las posibilidades de la parte para obtener una sentencia favorable, mas no garantiza que dicho pronunciamiento favorable tendrá lugar. Por eso la expresión *lasten* es más adecuada, pues las cargas procesales consisten precisamente en pesar o cargar a alguien con cierta actividad necesaria para obtener una sentencia favorable, sin que la producción del resultado buscado sea necesario. Es un peso que no garantiza un resultado.

Siguiendo con la tradición continental pandectística, específicamente en el Derecho suizo, Von Tuhr ya había realizado la distinción entre deber en sentido técnico y «aquellos casos en que la ley condiciona a un acto la adquisición o la pérdida de un derecho»[47].

En este segundo caso, los efectos de la omisión de tales conductas no son los mismos que en el caso de los deberes, pues la parte contraria no puede exigir su cumplimiento, ni tampoco indemnización de perjuicios. «La realización de tales actos no responde, en rigor, al cumplimiento de un deber, sino a la gestión de un interés personal y bien entendido para evitar la pérdida de un derecho»[48].

---

sustantivo es *obliegenheit*, se traduce como «incumbir a alguien; ser de la incumbencia de alguien; corresponder a alguien». Por su parte, *last* significa «carga», y *lasten* es «pesar, cargar» (p. 327). La expresión utilizada por los alemanes para referirse a lo que nosotros entendemos como obligación crediticia, es *leistung*, que, en general, se traduce como «rendimiento», pero también puede significar «prestación de servicio» o «trabajo (realizado)» (p. 334).

[47] VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1934, v. 1, p. 4. No utiliza la expresión «carga» ni ninguna otra para designar tales circunstancias.

[48] *Ibidem*, p. 5.

Según el profesor suizo, la similitud entre los deberes y estas situaciones se encuentra en que en ambos casos su incumplimiento acarrea un perjuicio patrimonial.

b) Italia

En el Derecho italiano es donde encontramos un mayor desarrollo del concepto de carga (*onere*), probablemente debido al gran prestigio de la doctrina procesalista, especialmente por la influencia de Carnelutti. Singularmente relevantes nos parecen los aportes de Messineo, Santoro-Passarelli y Giorgianni en la configuración del concepto de carga del acreedor.

A nuestro entender, Messineo es el autor que realiza el análisis más completo del concepto de *onere* en la doctrina italiana[49]. El profesor italiano clasifica a la carga como una institución afín al deber jurídico y a la obligación. Pero sostiene que a pesar de la diferencia entre carga y obligación, se les denomina a veces de la misma manera.

A la carga también se le llama «condición», «presupuesto de eficacia» o «deber de diligencia», y puede llamarse también «incumbencia», para evitar la confusión de la carga considerada como modo[50].

«Carga —se señala— es la imposición de un comportamiento, como premisa para conseguir un determinado efecto útil. El mismo nace de un imperativo hipotético»[51]. Las normas que imponen cargas se llaman «ordenatorias».

Messineo coincide con Santoro en que la diferencia entre obligación y carga radica en la posibilidad de la contraparte de requerir el cumplimiento del comportamiento impuesto. La carga no es obligación en sentido técnico, pues la obligación supone la exigibilidad correlativa, en cambio, el acreedor sujeto a una carga no tiene obligación alguna, pues nadie le puede requerir coactivamente su ejecución. Si no se observa la carga, el sujeto no obtiene el resultado útil que busca.

Ahora bien, el efecto práctico perseguido es el nacimiento o subsistencia de un derecho, y en este punto Messineo hace el vínculo entre carga y *decadenza* (caducidad), pues según él, «el efecto de la carga no observada es, casi siempre, la decadencia del derecho subjetivo, u otro perjuicio que recae sobre el sujeto», existiendo una relación lógica entre carga y caduci-

---

[49] MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. S. Sentis, E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, v. 2, pp. 84-87.

[50] *Ibidem*, p. 84.

[51] *Idem*.

dad consistente en «que la decadencia es uno de los posibles eventos que siguen a la inobservancia de la carga, pero no es el único»[52]. De todos modos, Messineo nos señala con toda claridad cuál es el efecto preciso del incumplimiento de la carga, y entre los posibles efectos incluye «la pérdida del derecho o la invalidez, o la ineficacia o una falta de adquisición, o similares»[53].

Destaca Messineo, además, que la carga, al satisfacer un interés de aquel sobre el cual recae, lo estimula a comportarse de la manera exigida por la misma, más aún cuando la consecuencia desfavorable derivada de su incumplimiento se verificará independientemente de la existencia de culpa en el mismo. Por esto, a pesar de que la carga resguarda un interés propio, «resalta... el carácter instrumental, indirectamente sancionatorio, de la carga»[54].

Por su parte, Santoro Passarelli, al tratar acerca del contenido del derecho subjetivo, incluye el concepto de carga, distinguiéndolo de la sujeción correlativa que deriva de la obligación, pero admitiéndolo como una noción compatible con la misma[55].

Para Santoro, en la carga «no hay un poder vinculado o predeterminado, como en la potestad, sino un poder condicionado; en el supuesto de la carga, el titular, para realizar el interés en orden a cuya tutela se le ha concedido el poder, debe no sólo ejercitar este poder, sino, además, desarrollar una actividad distinta, observar una cierta conducta»[56]. La conducta que debe realizar es libre, en el sentido que no es jurídicamente exigible por la contraria, pero al mismo tiempo necesaria, pues es «condición de la realización del interés»[57].

Giorgianni toma el concepto de carga de Santoro Passarelli[58]. Lo desarrolla a propósito de la crítica a la teoría de Brunetti de los deberes libres,

---

[52] *Ibidem*, p. 86.

[53] *Ibidem*, p. 85. Entendemos que Messineo quiere poner de manifiesto que cualquier efecto desfavorable automático, que no requiera del concurso de la contraparte para surgir, es una carga. De este modo, no sólo la caducidad, sino que otros efectos como, por ejemplo, la transferencia del riesgo de la cosa, son efectos del incumplimiento de una carga. En este sentido, BIANCA, MASSIMO, *Diritto civile*, Giuffre, Milán, 1993, v. 4, p. 375, señala que la cooperación del acreedor al cumplimiento es una carga, pues «la cooperación del acreedor está siempre dirigida a la satisfacción de su derecho».

[54] MESSINEO, F., *op. cit.*, p. 85.

[55] SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. A. Luna, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 69.

[56] *Ibidem*, p. 74.

[57] *Idem.*

[58] *Ibidem*, p. 28.

señalando que estos últimos son asimilables al concepto de carga[59]. Considera, en oposición a Brunetti, que «la obligación de resarcimiento no está solamente condicionada por el incumplimiento del deudor, no es un deber alternativo que nace cuando el otro deber no sea cumplido, sino que es tan solo una consecuencia del deber. En otros términos, el deudor no tiene una posibilidad de elección, sino que debe cumplir»[60]. Para Giorgianni, se trata, en el fondo, de la misma situación del delincuente, que puede elegir entre la pena o no cometer el delito.

Siguiendo a Betti, Giorgianni propone que la distinción entre deber libre y deber jurídico no sea la sanción, sino la circunstancia de que el cumplimiento del deber sirva para satisfacer el interés de otro o del mismo sujeto obligado[61]. Así, el deber libre es aquel al cual el sujeto debe someterse cuando quiere obtener un beneficio o evitar un daño.

De este modo, «el deber libre, así aislado, coincide, en definitiva, con la figura de la carga, cuya autonomía ha sido afirmada por la doctrina más reciente, contraponiéndola a la obligación y al deber»[62].

Una mención merece Candian, por la influencia de su concepto de carga en el Derecho chileno[63]. Tal como el resto de la doctrina italiana, Candian analiza el concepto de carga a propósito del examen del derecho subjetivo, distinguiendo entre interés, derecho subjetivo, facultad, expectativa, deber, carga y relación.

Candian explica que una norma jurídica que impone cierta conducta no siempre lo hace a través del recurso técnico de la obligación, que consiste en un deber recíproco a un derecho correlativo. «Hay actuaciones a las cuales el sujeto está obligado no a favor de otros, porque tengan un derecho

---

[59] GIORGIANNI, MICHELE, *La obligación*, trad. E. Verdera y Tulles, Bosch, Barcelona, 1958. Según Giorgianni, Brunetti sostiene que las obligaciones no son propiamente deberes jurídicos, sino deberes libres, pues imponen a los sujetos obligados «un determinado comportamiento sólo cuando quiera evitar un resultado desfavorable para él o quiera obtener un resultado favorable (en la obligación, en particular, en cuanto el deudor quiera evitar que el acreedor satisfaga directamente su interés sobre sus bienes)».

[60] *Ibidem*, p. 27.

[61] BETTI, EMILIO, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. J. L. De los Mozos, Madrid, 1969, v. 1, p. 5, sostiene que «sería inconcebible un derecho que tenga por objeto un comportamiento propio del investido, o el resultado útil de este comportamiento. Esto no es verdad exactamente: basta pensar, por tener una clara prueba de ello, cómo los derechos potestativos tienen por objeto iniciativas de quien es su titular; o también aparte de los derechos, en las cargas, que son poderes de iniciativa conferidos en interés del mismo investido si este quiere evitar un daño u obtener una ventaja».

[62] GIORGIANNI, M., *op. cit.*, p. 28.

[63] A él hacen referencia ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *Tratado de las obligaciones... op. cit.*, p. 11. a propósito del concepto de carga.

complementario a las dichas actuaciones, sino porque el no actuar importa daño para el primero: la imposibilidad de ejercitar ciertas facultades jurídicas, o la pérdida de ciertas situaciones preconstituidas a favor suyo»[64].

c) España

La dogmática española recibió de la alemana e italiana el desarrollo doctrinal de carga, y la ha ido adoptando como una categoría del Derecho de obligaciones[65].

Díez-Picazo es el primer autor que hace una descripción del instituto. Sitúa a las cargas como parte integrante de la situación del acreedor, que se compone no sólo del crédito, sino también de deberes y cargas. Sostiene que no se trata de un auténtico deber, sino «de una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de una facultad»[66]. El profesor Díez-Picazo hace referencia a la terminología alemana, señalando que las cargas no constituirían un *sollen*, sino un *müssen*, pero que Schmidt las llama *obliegenheiten*[67].

Por su parte, Gete-Alonso señala que la carga es una de las situaciones jurídicas secundarias, las que consisten en «una serie de poderes o deberes subordinados o no independientes»[68].

Tales situaciones jurídicas son llamadas secundarias, ya que no coinciden con el concepto tradicional de obligación. No existe respecto de ellas una exigibilidad de las conductas que pretenden imponer, ni tampoco los poderes que ellas otorgan pueden exigirse de la contraria. En verdad, son circunstancias que dan cuenta de la complejidad de la relación jurídica, y van insertas en ella.

Entre estas situaciones pasivas, las principales son las cargas, que se definen como «una conducta, jurídicamente no necesaria y no discrecional,

---

[64] CANDIAN, AURELIO, *Instituciones de Derecho privado*, trad. B. P.L. de Caballero, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961, p. 29.

[65] DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Civitas, 5.ª edic., Madrid, 1996, p. 110, sostiene que «el concepto se generalizó en la doctrina civilista alemana, fue recibido por la doctrina italiana y en nuestro país ha sido objeto de alguna reflexión por los especialistas del Derecho mercantil, especialmente en materia de Derecho de seguros y de Derecho cambiario».

[66] DÍEZ-PICAZO, LUIS, «El contenido...» *op cit.*, p. 358. Si bien el artículo fue publicado en 1984, corresponde a la primera lección oficial del Catedrático Díez-Picazo, dictada en la Universidad de Sanriago de Compostela el día 18 de enero de 1964.

[67] *Ibidem*, p. 358, nota 12.

[68] GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN, «La relación jurídica y el derecho subjetivo» en PUIG I FERRIOL, LLUIS, *et al.*, *Manual de Derecho civil I. Introducción y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 427.

inserta en una relación jurídica fundamental (primaria) cuya infracción repercute negativamente en la posición jurídica pasiva»[69].

Sin duda el aporte más relevante de la doctrina iberoamericana al análisis de las cargas es el de Cabanillas, a quien se debe un detenido estudio monográfico de las mismas[70]. En su obra, el autor español distingue entre las cargas impuestas heterónomamente y las pactadas autónomamente.

En cuanto a las primeras, realiza un detallado análisis de las hipótesis legales de cargas, las que en su mayoría se encuentran en el Derecho cambiario y, especialmente de seguros, pero también en el civil, destacando entre estas últimas, las cargas del acreedor referentes a la colaboración con el deudor para que éste pueda cumplir con su obligación.

Respecto a las cargas convencionales, Cabanillas postula su validez en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pero propone que su pacto puede eventualmente considerarse como cláusula abusiva.

Siguiendo la elaboración de Cabanillas, Díez-Picazo analiza esta institución a propósito de la determinación del contenido del derecho de crédito, y a continuación de las limitaciones del mismo[71]. DÍEZ-PICAZO distingue entre cargas de facilitación de la liberación del deudor, colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación, diligencia en el ejercicio del derecho de crédito e información.

d) Chile

En cuanto a la doctrina chilena sobre obligaciones, el concepto técnico de carga no ha tenido una gran divulgación. Alessandri, Somarriva y Vodanovic definen el concepto carga como «la conducta a la cual el sujeto está obligado no por un correspondiente derecho ajeno, sino para lograr un cierto efecto jurídico; conducta que, si no se lleva a cabo, determina como consecuencia la imposibilidad de ejercitar cierta facultad jurídica o la pérdida de ciertas situaciones preconstituidas a su favor»[72].

Estos autores tratan el concepto de carga a propósito de las situaciones subjetivas que no constituyen obligación, entre las que mencionan al deber genérico de abstención, la situación correlativa del derecho potestativo, y la

---

[69] *Ibid.*, p. 429.

[70] CABANILLAS, A., *op. cit.*

[71] DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 109.

[72] ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *Las obligaciones... op. cit.*, p. 11. En VODANOVIC H., A, *Derecho de obligaciones*, Ediciones periodísticas y estadísticas, Santiago, 1970, existe un análisis muy similar al antes citado.

carga. Al comparar ésta última con la obligación, señalan que tienen en común «la necesidad, el imperativo de hacer algo: pero mientras el imperativo de la primera es absoluto, que debe ser respetado ante todo caso (imperativo categórico), el de la segunda es sólo condicional, representa una necesidad práctica que sirve como medio para alcanzar el fin que pretende (imperativo hipotético): "Prueba los hechos en que fundas tu demanda, si quieres que ella sea acogida"».[73]

e) Síntesis

En conclusión, el Derecho continental fue adoptando a lo largo del siglo XX el concepto de cargas del acreedor. Las influyentes doctrinas procesalistas alemanas e italianas provocaron que el reconocimiento más extendido de la doctrina civil a tal institución se haya dado, precisamente, en estos países. Su extensión a los demás sistemas continentales proviene de allí. Sin embargo, el concepto de carga que se desprende de este somero examen presenta varias dificultades. Así, no existe claridad respecto a aquello que es afectado en caso de incumplimiento de una carga: si se trata de una facultad o un crédito. Por otro lado, tampoco se vislumbra con nitidez cuál es el efecto específico de la carga incumplida: caducidad, inexigibilidad, extinción de un derecho por la llegada del plazo, o resolución, entre otras. Por último, tampoco hay certeza respecto a si la carga supone un mismo efecto para todos los casos, o efectos diversos. Y en esta última hipótesis, cuál es el vínculo común entre los efectos diversos, que nos permite llamar cargas a todos esos casos.

2.2. La carga del acreedor y la teoría de las obligaciones

a) Deber, obligación y relación obligatoria

Antes de intentar definir la carga crediticia, debemos precisar qué entendemos por deber, obligación y relación obligatoria. La determinación de estos conceptos y su ubicación en el sistema, nos permitirá encontrar el lugar de la carga en la teoría de las obligaciones.

El concepto de *deber* jurídico, es decir, de aquello que es jurídicamente *obligatorio*, expresión para la cual los italianos reservan el término *obbligo*, es distinto al concepto de obligación u *obbligazione*. El primero es un

[73] ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *Las obligaciones... op. cit.*, p. 11.

concepto elaborado por la Filosofía del Derecho, que pretende lograr una concepción unitaria de deber jurídico, aplicable a todo el Derecho. En cambio, la obligación es un elemento de la dogmática jurídica, cuyo significado varía respecto a la rama del Derecho que se sirva de la expresión. Su uso en este segundo sentido, por lo tanto, goza de mayor flexibilidad, pues ni los civilistas, comercialistas o penalistas «han sentido la necesidad de aislar un elemento tan general»[74].

Para el Derecho privado, la obligación (*obbligazione*) es una subespecie del *deber*, y tiene un sentido patrimonial. Consiste en el lado pasivo del derecho de crédito. A la obligación, en este sentido, puede llamársele también débito. Este es el concepto tradicional de obligación[75].

No obstante, como ya hemos anunciado, no existe un concepto único de obligación, ni su significado se ha mantenido siempre estable. Carrió expresa que los dogmáticos de las diversas ramas del Derecho, «aguijoneados por las preocupaciones y necesidades del presente, han ido introduciendo modificaciones importantes, aunque no suficientemente percibidas, en su aparato conceptual»[76]. ¿Cuál es el actual concepto de obligación del Derecho privado y cuáles son las «modificaciones importantes» que ha sufrido este concepto?

A nuestro entender, el avance más relevante en la Teoría de las Obligaciones, con relación al concepto de obligación, ha sido la adopción del concepto de relación obligatoria.

Este avance se debe a la doctrina alemana, y ha sido incorporado por los autores españoles por la influencia de los germanos sobre estos últimos.

Así, Medicus señala que el BGB distingue entre relación obligacional en sentido estricto, esto es, relación obligacional como crédito contrapuesto a obligación, y relación obligacional en sentido amplio, «como un conjunto, producto compuesto por una multiplicidad de pretensiones u obligaciones (relaciones obligacionales en sentido estricto). Se ha designado por eso como "ensambladura", como "organismo" o también como "proceso"»[77]. Sostiene Medicus que esta situación se vislumbra claramente en la regulación legal de los contratos, pues estos no se agotan en un único crédito con su deber correlativo, sino que suponen relaciones complejas. Por ejemplo, en la compraventa de cosas existen al menos cuatro prestaciones dis-

---

[74] CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 4.ª edic., Buenos Aires, 1994, p. 177.

[75] MESSINEO, F., *op. cit.*, p. 83.

[76] CARRIÓ, G., *op cit.*, p. 192.

[77] MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, trad. A. Martínez, Bosch, Barcelona, 1995, v. 1, p. 8.

tintas: liberación de cargas, información, resarcimiento de gastos, intereses, además de todas aquellas que nacen del principio de buena fe[78].

Por lo tanto, podemos distinguir tres acepciones de la palabra obligación, las que corresponden a tres niveles diversos de generalidad. En primer lugar, obligación puede entenderse como deber, es decir, aquello que es jurídicamente obligatorio. En segundo lugar, y como una especie de la anterior, encontramos a la relación obligatoria, que es un conjunto complejo de deberes, obligaciones, cargas, sujeciones, créditos, facultades, potestades. En tercer lugar, y dentro de la categoría anterior, se sitúa la obligación, como débito, es decir, la necesidad jurídica de satisfacer un correlativo crédito de la contraparte.

b) La ubicación de la carga dentro de la relación obligatoria

Las cargas se insertan en la relación jurídica obligatoria, de la cual dependen para su existencia. No puede concebirse una carga autónomamente, pues siempre va adscrita a un crédito. En consecuencia, la carga sólo puede formar parte de la posición acreedora. Ella está compuesta no sólo de facultades y poderes, sino también de deberes y cargas[79].

Pero estos deberes y cargas tienen una naturaleza distinta. No son autónomamente exigibles. Tampoco pueden constituir la causa o motivo por el cual las partes han decidido celebrar un contrato bilateral. Según Gete-Alonso, las cargas constituyen situaciones jurídicas secundarias. Estas corresponden «a determinados contenidos de la relación jurídica, en su posi-

---

[78] *Ibidem*, p. 7. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 127, señala que «la relación obligatoria (...) es una relación jurídica compleja que liga a los sujetos que en ella se encuentran y que constituye un cauce de realización de finalidades sociales o económicas en torno a determinados intereses lícitos y tutelados por el ordenamiento jurídico. Es la total relación que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económico social en torno a un interés protegido. (...) De este carácter de totalidad que se asigna a la relación obligatoria deriva el que todos los derechos, deberes, facultades, titularidades o cargas de los sujetos se encuentren, en cada momento, orgánicamente agrupados en torno a la relación. Una relación obligatoria no es, entonces, tanto el puro esquema estricto de la correlación crédito deuda, cuando la total relación jurídica, funcionalmente organizada, que existe, por ejemplo, entre un comprador y un vendedor, entre un arrendador y un arrendatario, entre un mandante y un mandatario, entre un asegurador y un asegurado, etc.».

[79] DÍEZ-PICAZO, LUIS, «El contenido...» *op. cit.*, p. 357, señala que tendríamos una visión unilateral del fenómeno obligatorio si lo concibiésemos como un conjunto de facultades armónicamente agrupadas en una situación jurídica unitaria. Esto pues la ley no sólo reconoce facultades al acreedor, sino que impone deberes y cargas y limita el ejercicio del derecho dentro del marco de la buena fe y la función económica y social del derecho.

ción activa (poder) y pasiva (sujeción), que no pueden configurarse propiamente de manera independiente y autónoma del derecho subjetivo y la relación en que se insertan»[80].

No se trata de que estas relaciones sean de inferior relevancia que los derechos subjetivos a los que acceden, pues ellas inciden o pueden incidir en su eficacia. Simplemente, sin los derechos subjetivos, sin los créditos o relaciones obligatorias en sentido restringido, estas situaciones jurídicas secundarias no tienen sentido de existir.

Estas situaciones jurídicas secundarias pueden darse en cualquier relación jurídica, aunque no se encuentran en toda relación jurídica.

La diferencia fundamental con los derechos y obligaciones es que, si bien las situaciones activas confieren un poder, éste no es ni derecho subjetivo ni potestad. En cuanto a las situaciones pasivas, la profesora Gete-Alonso postula que ellas imponen un deber, que no es obligación ni obediencia[81].

La autora española sugiere que, entre las situaciones jurídicas secundarias activas, se encuentran los derechos potestativos o derechos de configuración. Entre las situaciones jurídicas secundarias pasivas, la carga. Messineo también ubica a la carga dentro de las situaciones pasivas de la relación jurídica. La distingue de la obligación en sentido estricto, esto es, como correlato del crédito, pues la carga es, según el profesor italiano, un caso de autorresponsabilidad, ya que protege un interés propio[82]. Díez-Picazo, en cambio, no ubica a la carga dentro de las situaciones pasivas de la relación crediticia, sino que luego de las limitaciones al crédito. El profesor español destaca, de este modo, la estrecha vinculación entre crédito y carga, pues estas corresponden siempre al acreedor[83].

En síntesis, la carga se sitúa dentro del género amplísimo de los deberes, como uno de los elementos de la relación obligatoria. Es parte de la situación jurídica de acreedor y, en consecuencia, paralela a la ubicación de la obligación en sentido estricto. El análisis recién efectuado de la posición de la carga en la relación obligatoria, nos lleva a concluir que al examinarse el concepto y el efecto de la carga, debe atenderse no sólo a su relación con

---

[80] GETE-ALONSO, M., *op. cit.*, p. 426.

[81] *Ibidem*, p. 427. Un deber que no es obligación ni obediencia no es propiamente un deber en la teoría clásica de las obligaciones. Podemos considerar que se trata de un deber en sentido débil, es decir, existe un *interés* en realizar la conducta sujeta a la carga, para no sufrir la pérdida de la situación ventajosa.

[82] MESSINEO, F., *op. cit.*, p. 84.

[83] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op cit.*, p. 109.

un derecho o crédito concreto, sino con la entera relación obligatoria. Por lo tanto, no es necesario determinar cuál es el efecto de la carga en el derecho o en el crédito, sino que lo importante es tener presente cómo afecta la ejecución o inejecución de la carga a la relación obligatoria completa. Esto es especialmente relevante si la relación obligatoria en que la carga incide es un contrato.

2.3. Elementos que configuran el concepto de carga del acreedor

a) La carga y su efecto en la relación obligatoria

Las cargas del acreedor tienen una serie de características que nos sirven para diferenciarlas de las obligaciones en sentido estricto y, a la vez, para lograr una definición de las mismas.

En primer lugar, y como toda norma jurídica, la carga del acreedor es una regla de acción, es decir, pretende dirigir la conducta de un sujeto. Esta conducta puede consistir en un acto o en una omisión, dependiendo del contenido de la carga. En esto es similar a las obligaciones. Pero a diferencia de éstas, la carga del acreedor, como consecuencia de su estructura similar a la regla técnica, supone una relación necesaria subyacente[84]. En este sentido, sostiene Messineo, que la carga no debe confundirse con la regla técnica. «Hay afinidad entre ellas, porque —formalmente— operan del mismo modo. Ahora bien, la observancia de la norma técnica, que corresponde al denominado "deber final", conduce a la consecución de un resultado técnico y, en general, *extraño al mundo jurídico*, puesto que prescinde de la existencia de un imperativo...; la observancia de la carga

[84] Las directrices o normas técnicas son las que indican los medios necesarios para la obtención de un fin práctico determinado (VON WRIGHT, HENRIK, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García, Tecnos, Madrid, 1979, p. 83). Esto no quiere decir que la carga sea una regla técnica, pues la carga es una prescripción, ya que no depende de una ley natural. Pueden ser vistas como *determinativas*. Estas normas crean un determinado estado de cosas. Son normas determinativas, por ejemplo, las que establecen definiciones de palabras, de instituciones, o que imponen requisitos de validez o formalidades (Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, 2.ª edic., Buenos Aires, 1977, p. 35 y NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, 2.ª edic., Buenos Aires, 1988, p. 70). Tal como ocurre con las reglas de un juego, las normas jurídicas positivas son reglas creadas por el hombre. Pero no por esto podemos ignorar la *necesidad* que se produce de seguir las reglas del juego, si queremos jugarlo. No obstante, esta necesidad es convencional, pues proviene de una creación humana. Por esta razón, las cargas, como las reglas técnicas, indican los medios *necesarios* para la consecución de ciertos fines.

implica la consecución de un resultado (*ventajoso*) *en el campo del derecho.* Por consiguiente, la diferencia entre los dos conceptos se perfila desde el punto de vista de la sustancia»[85].

La relación subyacente a la carga del acreedor, al ser una relación necesaria, supone que algo es requisito para otra cosa. En este caso, la conducta impuesta como carga al acreedor es requisito de la eficacia del crédito. Por la tanto, decir que la carga supone una relación necesaria subyacente, en la que el crédito no es exigible sin la ejecución de la carga, implica que la conducta impuesta como carga debe ejecutarse como requisito para que el crédito pueda exigirse. Al consistir la carga en un requisito para que el acreedor pueda exigir su derecho, el deudor puede oponer su inejecución para inhibir la acción que requiere el cumplimiento de su obligación. En consecuencia, lo relevante de la carga no es tanto el efecto que tiene sobre el crédito determinado, sino la circunstancia de hacer surgir, para el deudor, una defensa suficiente que le permite oponerse a la pretensión del acreedor.

Esta defensa puede ser transitoria o definitiva, lo que dependerá de la subsistencia del derecho afectado por la carga. Si el derecho no puede exigirse porque la carga no ha sido ejecutada, puede exigirse una vez que la carga se ejecute, la defensa del deudor es transitoria. Si el derecho no puede ser exigido porque la carga no ha sido ejecutada, no puede exigirse una vez que se ejecuta, la defensa del deudor es definitiva. Es irrelevante determinar si la carga tiene un efecto extintivo del derecho, o suspensivo de su nacimiento. Lo importante es tener presente que el derecho no podrá ser exigido mientras la carga no sea ejecutada, y que este derecho puede extinguirse en el transcurso de esta imposibilidad de ejecución, con lo que la defensa del deudor se torna definitiva.

La relación necesaria subyacente a la carga puede tener su origen en distintas fuentes, que podemos reunir en dos grandes grupos: necesidad impuesta por el tipo negocial y necesidad creada por ley o convención.

Será una necesidad derivada del tipo toda vez que la estructura misma del negocio jurídico imponga al acreedor la necesidad de colaborar con el deudor en el cumplimiento de la obligación. En este caso, es la propia estructura del sistema de obligaciones, aplicada a una determinada relación obligatoria o a un contrato específico, la que determina la necesidad de la conducta que se impone al acreedor.

Será una necesidad convencional cuando la ley imponga o las partes acuerden que si el acreedor no ejecuta o se abstiene de ejecutar determinada conducta, no podrá exigir su crédito al deudor.

---

[85] MESSINEO, F., *op.cit.*, p. 86.

Al existir una relación necesaria subyacente, esto es, una estructura crediticia derivada del tipo o creada por ley o convención, la inejecución de la carga tiene, como consecuencia jurídicamente ineludible, la liberación momentánea o definitiva del deudor, pues el acreedor no podrá exigir su crédito.

Discrepamos con Díez-Picazo cuando sostiene que el efecto de la carga es «el entorpecimiento, una reducción o una pérdida del derecho o, en general, de la posición jurídica del gravado»[86]. Consideramos que lo anterior supone considerar conjuntamente el efecto de la carga con otros efectos que produce la ausencia de colaboración, por ejemplo, aquellos derivados de la mora del acreedor. Pensamos que el efecto de la carga puede apreciarse con mayor claridad si se tiene presente que el derecho afectado por la carga está inserto en la relación obligatoria y, por lo tanto, su efecto repercute en la posición del deudor. Por esto, pensamos que el efecto preciso de la carga es la posibilidad del deudor de oponerse a la demanda del cumplimiento de su obligación.

Como la carga afecta, en los hechos, la fuerza vinculante del derecho del propio acreedor al que grava, los autores hablan de imperativo del propio interés. Sin embargo, la doctrina reconoce que la carga del acreedor no deja de tener interés también para el deudor, pues éste, ante la inejecución de la carga, se libera de su obligación[87]. No obstante, este interés es meramente económico, pues el deudor no se encuentra facultado para exigir el cumplimiento del acto o abstención que la carga impone.

b) Interés jurídico e interés económico en la ejecución de la carga

Este punto es central para la comprensión del concepto de carga. La carga funciona como una alteración de la correlación usual entre interés económico y jurídico que existe en la obligación. En ella, el interés económico del cumplimiento corresponde a una persona distinta de la gravada con la misma. La obligación tutela un interés ajeno, como es el de la contraparte. En la carga, el interés económico puede ser de la contraparte o no. En cambio, el interés jurídico corresponde siempre al titular del crédito. Si el interés económico en la prestación es el mismo que el jurídico, estaremos ante una carga cuya necesidad de ser ejecutada deriva de la estructura del acto; esto es, una carga cuya necesidad jurídica de ser cumplida deriva del tipo negocial. La fuente de la carga es la misma estructura del tipo, por lo que la llamaremos carga estructural.

---

[86] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op cit.*, p. 110.

[87] CABANILLAS, *op. cit.*, p. 45.

Si el interés económico de la prestación es distinto del jurídico, estaremos ante una carga de necesidad impuesta o acordada. Es decir, una carga cuya necesidad jurídica de ser cumplida deriva de la mera imposición legal o acuerdo de las partes. La fuente de la carga no corresponde a la estructura misma del tipo, por lo que la llamaremos carga no estructural.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso del deudor de una prestación que requiere colaboración del acreedor. Evidentemente, el acreedor es el interesado en que la obligación se cumpla. El interés económico en el cumplimiento corresponde al acreedor. No obstante, si tal colaboración estuviese amparada por una obligación, el interés jurídico correspondería al deudor. Pero esto no ocurre así. La estructura misma del tipo negocial que requiere de la colaboración del acreedor para la satisfacción del crédito impone la necesidad de su actuación. Por ejemplo, en todos los casos de obligaciones de dar, en que el acreedor necesariamente debe recibir. En estos casos, la colaboración del acreedor interesa jurídicamente sólo a este, pues de no prestarla a tiempo, su crédito podrá extinguirse por hacerse sobrevinientemente imposible por su causa. El deudor no tiene interés económico ni jurídico en el cumplimiento de la prestación[88].

Distinto es el caso del asegurador que tiene interés en que el asegurado le informe sobre la agravación del riesgo (artículo 538 del C. de Com.). Si tal interés económico se cautelase por medio de una obligación que gravase al asegurado, tanto el interés jurídico como el interés económico en el cumplimiento de la misma corresponderían al asegurador. No obstante, al imponerse tal conducta como carga, se traspasa el interés jurídico al asegurado. Si no cumple, se «rescinde» su derecho a obtener indemnización. Mientras tanto, el asegurador mantiene el interés económico en la conducta del asegurado, pues él es quien requiere la información.

Como vemos, la carga supone un importante incentivo para que el acreedor realice la conducta que se le impone. Constituye, en el hecho, una grave consecuencia desfavorable para el caso que el acreedor no la

[88] Consideramos que no es correcto afirmar que el deudor tiene interés en el cumplimiento de la obligación. Si la obligación no puede cumplirse por causa ajena a su esfera de responsabilidad, entonces quedará liberado. Si ha incurrido en gastos por la falta de colaboración, entonces le serán devueltos, como consecuencia de la constitución en mora del acreedor. El supuesto interés del deudor se limita, en consecuencia, a no ser dañado por la ausencia de colaboración del acreedor. Ello se traduce en no soportar los gastos que pueda producir tal demora, o el riesgo de la cosa, o algún otro tipo de daño. Pero eso no quiere decir que tenga un interés en el resultado económico de la prestación que debe realizar. Su interés es recibir su contraprestación y no ser dañado. Por lo tanto, se puede sostener que el deudor tiene interés en la extinción de la obligación, pero no es preciso señalar que tiene interés en el pago o en el cumplimiento.

cumpla. Es por esto que se sostiene que si bien la conducta impuesta por la carga no es jurídicamente exigible, tiene de todos modos, un «carácter instrumental, indirectamente sancionatorio»[89].

c) Definición de carga del acreedor

En síntesis, la carga es un elemento pasivo de la relación obligatoria. Puede considerarse un deber, en sentido amplio, pero difiere de las obligaciones en cuanto carece de alteridad, es decir, su ejecución no puede ser exigida a quien tiene la necesidad de ejecutarla. Esto no quiere decir que su falta de ejecución carezca de consecuencias desfavorables para el sujeto pasivo de la carga. Este sujeto, que corresponde al acreedor, no podrá exigir el cumplimiento de su derecho gravado con una carga, mientras no la haya ejecutado. Esta inexigibilidad del crédito es temporal, mientras la carga no se ejecute, pero bien puede volverse permanente, si la ejecución del derecho se hace imposible.

En consecuencia, puede afirmarse que la carga del acreedor es un elemento pasivo de la relación obligatoria, en virtud de cuya inejecución el deudor puede oponerse transitoria o definitivamente al cumplimiento del crédito gravado con dicha carga.

3. La naturaleza de las cargas del acreedor

3.1. La distinción entre carga estructural y carga no estructural

El hecho de que tanto las cargas estructurales como las cargas no estructurales puedan reducirse a un concepto unitario, no quiere decir que unas y otras tengan un mismo régimen. No es lo mismo que la necesidad subyacente del crédito gravado con la carga, provenga de la estructura del tipo o de la imposición del legislador o de su acuerdo por las partes.

En el caso de las cargas estructurales, la carga supone un alto grado de objetividad, ya que la necesidad subyacente es una necesidad lógica y, por lo tanto, su efecto es ineludible para las partes. En cambio, en el caso de las cargas no estructurales, debe tenerse presente que, al establecerse o pactarse cargas, se están imponiendo o acordando conductas en una relación obligatoria. La imposición de conductas en una relación obligatoria o contractual se realiza a través de la imposición o pacto de deberes. En consecuen-

[89] Messineo, F., *op. cit.*, p. 85.

cia, las cargas impuestas son, sustancialmente, deberes, que en principio sólo difieren de las obligaciones respecto a sus efectos. Por ello, régimen diverso debe tener un fundamento suficiente, pues de no tenerlo, podrían considerarse cláusulas abusivas, al alejarse injustificadamente del régimen general de las obligaciones. Además, la reglamentación de las cargas impuestas debe ser integrada por las reglas generales sobre obligaciones.

Los autores coinciden en que las cargas del acreedor pueden ser tanto legales como convencionales[90]. Es decir, tanto la ley como las partes pueden imponerle, en ciertos casos, conductas cuyo incumplimiento tengan como resultado la imposibilidad de exigir sus créditos. Sin embargo, tal distinción sólo dice relación con la fuente formal de la carga, pero no implica una diferenciación sustancial entre unas y otras. La distinción entre cargas heterónomas y autónomas tendrá importancia al verificar la posibilidad de crear cargas por vía legal o contractual. Pero esta diferencia sólo dice relación con las características propias de la fuente formal de la carga, no con la diversa naturaleza que pudiesen tener las cargas heterónomas o autónomas. En sí misma, cualquier carga puede ser heterónoma o autónoma. Dependiendo simplemente de quién la haya creado. De este modo, las cargas estructurales son siempre legales, pues están incorporadas al tipo negocial reconocido en la ley[91]. En cambio, las cargas no estructurales pueden ser legales o convencionales, pues pueden ser establecidas por la ley o pactadas por las partes.

Pero de ambos criterios de distinción, consideramos más aclaratorio precisar entre cargas estructurales y cargas no estructurales. Esta distinción contribuye a determinar si la existencia de una carga tiene como causa el reconocimiento de una situación preexistente, o bien, su imposición como mecanismo técnico por estimarse conveniente por la ley o las partes. La distinción tiene un efecto aclaratorio para nuestro análisis de las cargas, consistente en que, por un lado, la ponderación de la validez o equidad de las cargas estructurales como mecanismo técnico es imposible, pues ello significaría una modificación de la estructura típica del negocio. En contraste, podrá objetarse la creación de cargas no estructurales, pues aquella supondrá sólo un acto de voluntad legal o contractual. De este modo, podrá indagarse sobre los motivos que la ley o las partes han tenido para pactarlas, para contrastarlos con el resultado de su utilización y valorar, de este modo, su imposición.

---

[90] Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 110, y CABANILLAS, *op. cit.*, p. 62.

[91] Excepcionalmente podría pensarse en una carga estructural convencional, cuando ella correspondiera a una carga derivada de la forma de un contrato atípico.

3.2. Cargas estructurales

a) Concepto y casos

Las cargas estructurales son aquellas cuya necesidad subyacente nace de la estructura misma del negocio jurídico. En ciertos casos, el tipo negocial impone que el acreedor deba realizar una conducta sin la cual no podrá exigir su crédito. Tal fenómeno se enmarca en la necesidad del acreedor de colaborar a la prestación del deudor.

Para saber si estamos ante un caso de colaboración necesaria, es preciso hacer en cada caso «un análisis de la prestación que debe realizar el deudor, la actividad demandada del acreedor, y el nexo de instrumentalidad entre ambas»[92]. Caballero propone algunos ejemplos en que esta colaboración es necesaria.

En el contrato de construcción de obra, el contratista no puede realizar la edificación si el acreedor no realiza trabajos preliminares.

En contratos de prestación de servicios, el deudor no puede cumplir si el acreedor no le permite ingresar al local para realizar las obras, si no se le permite acceso a los bienes que deben ser reparados. Asimismo, el sastre no puede cumplir su obligación si el cliente no se presenta a que se le tomen las medidas, ni el artista realizar el retrato si el acreedor no posa, ni el médico si el enfermo no acude a la consulta el día y hora pactado.

En el mandato, el mandante ha de suministrar al mandatario instrucciones y los medios necesarios para su ejecución[93]. Lo mismo ocurre en la comisión, donde el comitente debe proporcionar instrucciones al comisionista (Arts. 268, 269 y 272 C. Com.).

En el transporte de cosas, el porteador sólo podrá trasladar las mercaderías si le son entregadas por el cargador.

En el transporte de pasajeros, el viajero ha de hallarse en el medio de transporte a la hora indicada para la partida.

En el contrato de edición, el autor ha de corregir las pruebas que le presenta el editor antes de la impresión.

En el contrato de publicidad, el anunciante debe proporcionar a la agencia de publicidad los datos racionalmente necesarios para la eficaz realización de la campaña.

---

[92] CABALLERO LOZANO, JOSÉ M., *La mora del acreedor*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 99, siguiendo en este punto a CATTANEO, GIOVANNI, *La cooperazione del creditote all'adempimento*, Giuffre, Milán, 1964, p. 16.

[93] Nótese que el Código de Bello no incluye en su artículo 2158, n.° 1, la necesidad de dar instrucciones al mandatario, como uno de los deberes del mandante.

En el contrato de trabajo, el empresario ha de permitir al trabajador el acceso al lugar de trabajo, y suministrarle los medios adecuados para desempeñar su función[94].

Además, todas aquellas circunstancias en que el acreedor debe entregar cierta información fidedigna al deudor para que éste pueda cumplir. Estas situaciones se configuran como cargas, pues tal como afirma Cabanillas, si el acreedor «no informa adecuadamente, es decir, de acuerdo con lo establecido en la ley, puede ocurrir que pierda o se perjudique su derecho»[95].

Todos estos son ejemplos en que la cooperación del acreedor es indispensable para que el deudor cumpla. La no realización de estas conductas no importa la transgresión de un deber. Tendrá como resultado, simplemente, la imposibilidad de que el acreedor obtenga la satisfacción de su crédito. Por lo tanto, puede sostenerse que existe una carga genérica de cola-

---

[94] CABALLERO, J. M., *op. cit.*, p. 96.

[95] CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 254. También incluye las cargas de información en el hospedaje, que distingue entre información relativa a la introducción de los efectos en la fonda o mesón, e información sobre el daño o la sustracción de los efectos introducidos. Finalmente, se refiere a la carga de información en el transporte.

Como hemos dicho, el efecto de la inejecución de la carga es otorgar al deudor el derecho de oponerse, transitoria o definitivamente, a la acción de cumplimiento que intente el acreedor. Es evidente que el efecto transitorio de la carga acarrea incerteza a las relaciones jurídicas, ya que el deudor no tiene seguridad respecto a cuánto tiempo estará pendiente el resurgimiento de la exigibilidad de su obligación.

En atención a lo anterior, la ley da certeza a estas situaciones, a través de dos mecanismos: primero, reconociendo expresamente los efectos del incumplimiento de tales cargas; segundo, estableciendo plazos extintivos dentro de los cuales deberá proveerse la información necesaria, en aquellas circunstancias en que la certeza de la relación así lo exija.

Así ocurre, por ejemplo, respecto al contrato de transporte, según señala el inciso segundo del artículo 204 del Código de Comercio, que establece que en los casos en que el porteador reciba mercaderías embaladas, podrá exigir al consignatario la apertura y reconocimiento de los bultos en el acto de la recepción; y si éste rehusare u omitiere la diligencia requerida, el porteador quedará exento, por este solo hecho, de toda responsabilidad que no provenga de fraude o infidelidad. Si esta norma no existiera, el resultado debería ser el mismo, pues el incumplimiento de la obligación de entregar las mercaderías en buen estado no sería imputable al transportista. Sin embargo, es conveniente imponer una carga, para otorgar certeza al efecto de no entregar información sobre el peligro de la mercadería transportada. La carga funciona, además, como conminación a la entrega de información. Pongámonos en el caso de un transporte de materiales corrosivos que no es informado al transportista. Si las mercaderías se dañan en el transporte, en razón de que el cargador no dio aviso de las características de la mercancía transportada, nace una excepción para el transportista. El acreedor, en este caso, el cargador, no podrá exigir el cumplimiento de la obligación de entregar las mercaderías en buen estado, por no entregar la información requerida. De este modo, la ley busca otorgar certeza a esta circunstancia, señalando expresamente el efecto de la falta de información.

boración al cumplimiento, que se manifiesta en diversas cargas estructurales para el acreedor.

Mayores dificultades se presentan al analizar los efectos del rechazo del acreedor a la oferta de pago válida realizada por el deudor. Ello, tal rechazo, no genera sólo la ineficacia del crédito, sino que el ordenamiento jurídico apareja otro efecto, como es la mora del acreedor. Es menester distinguir, entonces, los ámbitos de la carga y de la mora del acreedor como resultados del rechazo del acreedor a la oferta válida de pago[96].

b) Fuente de las cargas estructurales

Las cargas estructurales tradicionalmente se han deducido del principio de buena fe negocial, que afecta el contenido del contrato y que se manifiesta normativamente para las partes. Así lo ha entendido la doctrina comparada, especialmente la doctrina alemana e italiana[97].

La razón por la que la doctrina comparada deriva cargas para el acreedor del principio de buena fe contractual, proviene del significado mismo de este principio y de la estructura bilateral de los contratos.

Para Betti, la buena fe contractual consiste «en una actitud de activa cooperación que lleva a cumplir la expectativa ajena, con una conducta positiva propia, la cual se desarrolla a favor de un interés ajeno»[98].

Esta conducta de cooperación y diligencia se impone a ambos contratantes, tanto deudor como acreedor, lo que se manifiesta con mayor inten-

---

[96] *Vid infra* «la colaboración necesaria y la mora del acreedor», p. 73.

[97] CABANILLAS, *op. cit.*, p. 63. señala que «autores alemanes e italianos destacan también que de la buena fe no sólo derivan deberes accesorios de conducta, sino que, en relación con el acreedor, es fundamento de cargas y limitaciones (*oneri* y *obliegenheiten*) en el ejercicio del derecho de crédito, basadas en el parráfo 242 del BGB o en el artículo 1175 del Código civil italiano».

[98] BETTI, E., *Teoría general... op. cit.*, v. 1, p. 77. De este modo, la distingue de la buena fe posesoria, que consiste en un estado de ignorancia de haber actuado contra-Derecho. La distinción proviene del desenvolvimiento del concepto de *fides* en estos distintos campos. Betti sostiene que *fides* «expresa una cualidad objetiva que se atribuye a todo aquello sobre lo que se puede confiar con certeza» (p. 83). Esta confianza cierta se manifiesta, en materia posesoria, en la conciencia de que la actuación que verifica y cumple ciertas formas externas, garantiza la corrección y el apego a Derecho de la conducta, y evita la lesión de intereses ajenos jurídicamente tutelados. Y agrega, «en cambio, en las relaciones de obligación, lo que se exige es una actitud positiva de cooperación, una actitud a favor del interés ajeno, y la *bona fides* consiste en un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte; conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte» (p. 86).

sidad aún en los contratos bilaterales. En estos contratos, ambas partes son recíprocamente deudoras y acreedoras. En el fondo, tales convenciones son relaciones de cooperación en busca de un resultado que beneficia a todos los contratantes[99].

En los contratos bilaterales se expresa cuáles son las obligaciones más relevantes, pero no quiere decir que éstas sean las únicas. Por eso, nuestro artículo 1546 del Código Civil señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Esto se debe a que la buena fe «es esencialmente un *criterio de reciprocidad*»[100]. Se trata de conductas que las partes se deben una en favor de la otra y en vista de la conducta que una ha desplegado o desplegará en beneficio de la contraria. Por medio del amparo del interés ajeno, las partes lograrán la consecución del interés propio[101].

La buena fe impone conductas para amparar el interés ajeno[102]. Pero en la medida que la consecución del interés ajeno es requisito de la consecución del interés propio, tales exigencias también amparan este interés.

Por esto, la buena fe en las convenciones consiste en «una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte; actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte y, en cuanto a los tratos preparatorios del contrato, la lealtad

---

[99] Sostiene JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 140, que «la buena fe que desarrolla como norma de comportamiento una función integradora de la relación obligatoria, es aquella, de origen romanístico, de carácter contractual que opera entre sujetos situados en un plano de igualdad». Esta función integradora de la relación obligatoria puede tener como consecuencia la moderación del rigor de la responsabilidad contractual, o bien, ser fuente de obligaciones accesorias de la prestación principal, ampliando el ámbito de la responsabilidad contractual.

[100] BETTI, E., *Teoría general... op. cit.*, v. 1, p. 102.

[101] Así lo expresa el BGB en el párrafo 241, n.° 2, que establece, a propósito de los deberes que derivan de la obligación, que «la obligación puede requerir a cada parte que tenga consideración de los derechos de la otra, intereses legalmente protegidos y otros intereses».

[102] En nuestro país, FUEYO LANERI, FERNANDO, «La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. LV, 1958, n.° 7-8, pp. 95 a 113, ha señalado que la buena fe es un principio presente en todos los contratos, por aplicación del artículo 1546 del Código Civil. Este principio señala un módulo o patrón objetivo para valorar el modo de cumplir las prestaciones, para imponer límites a la exigibilidad estricta del derecho del acreedor, y que da nacimiento a particulares deberes de conducta. Entre estos últimos, se impone al acreedor no impedir la prestación del deudor y, aún más, hacerla posible, en tanto esto dependa de él.

y la veracidad hacia la otra parte contratante»[103]. La determinación del contenido concreto de la relación obligatoria se podrá determinar de manera más precisa, teniendo presente el resultado que buscan las partes al obligarse.

En consecuencia, de la buena fe la doctrina ha derivado tres tipos de carga: la carga de facilitación de la liberación del deudor, la carga de colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación, y las cargas de información[104].

No obstante, consideramos que es impreciso atribuir a la buena fe la necesidad de que el acreedor contribuya a la ejecución de la prestación en ciertos casos. Tal necesidad proviene del tipo negocial. Sostiene Cattaneo que para explicar dicha necesidad, «basta observar que la prestación, legalmente y socialmente típica, de entregar una cosa o de pagar una suma no es realizable sin el concurso de su destinatario. Es el *stritum ius*, y no la buena fe, que hacen esta colaboración necesaria»[105].

Esto no quiere decir que la buena fe no cumpla una función en la determinación de la colaboración necesaria del deudor. Por el contrario, la buena fe sirve de criterio para aclarar cuál es la forma y el grado de esfuerzo que el acreedor debe desplegar como requisito para ver su crédito satisfecho. En ese sentido entendemos las referencias a la buena fe que hemos citado a este propósito. Sin embargo, no puede atribuírsele a la buena fe más que una función hermenéutica. Por esto, no se pueden deducir del principio general de buena fe las cargas que se estimen justas y equitativas para cada caso, pues el fundamento de la carga no se encuentra en la buena fe, sino en la estructura crediticia dada por el tipo negocial.

---

[103] BETTI, E., *Teoría general... op. cit.*, v. 1, p. 102.

[104] CABANILLAS, A., *op.cit.*, p. 71 y ss., incluye a estas cargas entre las llamadas cargas heterónomas, que son aquellas que tienen su fuente en la ley y la buena fe. Esta clasificación es adoptada por DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 111.

[105] CATTANEO, G., *op. cit.*, p. 62. Es por esto que en Roma, una de las características de los contratos de buena fe es que las excepciones oponibles por los contratantes son todas aquellas que deriven del contrato, sin limitación. Las excepciones derivan de la naturaleza del tipo, pero serán todas aquellas que según la buena fe correspondan en un caso concreto. GUZMÁN, A., *op. cit.*, p. 106, señala que entre las aplicaciones más importantes del principio de buena fe está que «las *excepciones* que puedan hacerse valer entre sí las partes no requieren su mención expresa en la fórmula, al revés de lo que ocurre cuando la fórmula pertenece a una acción que no es de buena fe». Apoya su afirmación con la cita al D. 2.14.7.6. «en los juicios de buena fe se comprenden las excepciones hechas después que son del mismo contrato».

c) *La colaboración necesaria y la mora del acreedor*

Hemos dicho que las cargas estructurales se vinculan al fenómeno de la colaboración del acreedor en el cumplimiento. Al ser esta colaboración necesaria en virtud del tipo negocial, se configura una verdadera carga estructural para el acreedor. No obstante, la ausencia de colaboración necesaria no afecta únicamente la exigibilidad del crédito, sino que puede provocar otros efectos, que tradicionalmente se vinculan al concepto de mora del acreedor.

Entre nosotros, se ha definido a la mora del acreedor como «el retraso del cumplimiento motivado por la falta de cooperación indispensable del acreedor, o bien su negativa a la aceptación de la prestación que le ofrece el deudor»[106].

Según Abeliuk, existen tres circunstancias que inciden en la mora del acreedor: en primer lugar, el incumplimiento de la obligación que se debe en todo o parte a dolo o culpa del acreedor. Segundo, el acreedor que se niega a recibir el cumplimiento. En tercer término, el profesor Abeliuk hace referencia a aquellas obligaciones que no pueden cumplirse sin la colaboración del acreedor[107]. A nuestro entender, las tres circunstancias señaladas por Abeliuk pueden reunirse en la idea de falta de cooperación del acreedor cuando sea necesaria. Los otros dos requisitos para que se produzca la mora del acreedor son que exista una obligación lícita y que haya sido ofrecido el pago[108].

¿Quiere decir esto que carga estructural del acreedor es lo mismo que mora del acreedor?

Sostenemos que la carga estructural es distinta a la mora del acreedor. Esta última es una institución que genera consecuencias mediatas al vínculo obligacional, pero que no lo afecta directamente. Las consecuencias de la mora del acreedor son la obligación de devolver gastos al deudor, el traspaso del riesgo de la cosa, y la posibilidad de pagar por consignación. Estos efectos constituyen una morigeración del efecto normal de la falta de colaboración del acreedor, que históricamente fue la liberación del deudor.

Así, en el antiguo Derecho romano, si el comprador no retira la cosa adquirida dentro de un plazo tácitamente establecido, teniendo el deudor la cosa a disposición del acreedor, el deudor podrá liberarse mediante el

---

[106] FUEYO LANERI, FERNANDO, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 1991, p. 441.

[107] ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 779.

[108] CABALLERO, J. M., *op. cit.*, p. 88, señala que así se ha entendido en la doctrina alemana y en la española.

abandono o destrucción de la cosa. El mismo efecto se contempla para el caso que el acreedor no reciba la cosa, quedando la destrucción de aquella a riesgo del comprador. En consecuencia, el deudor no está obligado a soportar gastos de conservación ni riesgos de destrucción de la cosa, una vez transcurrido el momento en que el acreedor debió recibir el pago[109].

Pero esta severidad fue atenuándose, para suavizar las consecuencias de la omisión de colaboración por parte del acreedor. De este modo, se estima que la conservación del bien por el deudor, a costa y riesgo del acreedor, constituye una situación más equitativa y conveniente[110]. Por otro lado, si el deudor quiere liberarse, deberá pagar por consignación en aquellos casos en que esto sea posible. Pero, desde la perspectiva de la evolución histórica, el nacimiento de la consignación como mecanismo liberatorio del deudor no nace como beneficio para éste sino, por el contrario, nace como un beneficio para el acreedor. Es el interés del acreedor, no el del deudor, el que se protege[111].

Para determinar los efectos de la ausencia de colaboración del acreedor cuando ésta sea necesaria, debemos distinguir si la obligación aún puede cumplirse o se ha tornado imposible.

Si la obligación se vuelve imposible, el efecto es la extinción de la misma, sin responsabilidad para el deudor. Sostiene Caballero que «en este caso, bastará con afirmar el derecho del deudor a la contraprestación, si la obligación es recíproca»[112].

---

[109] CABALLERO, J. M., *op. cit.*, pp. 39-40. Cita D. 18.6.14, D. 18.6.13 y D.18.6.15. Por su parte, CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 276, se refiere a la estrictez del Derecho romano en cuanto a la culpa del acreedor. Sostiene que este Derecho, «bajo el principio *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*, contempló numerosos supuestos en que se excluía la responsabilidad del actor cuando el perjudicado también era responsable del daño inferido».

[110] CABALLERO, J. M., *op. cit.*, pp. 39-40.

[111] En este sentido, CATTANEO, G., *op. cit.*, p. 58, sostiene que «estos "efectos de la mora [del acreedor]" son dirigidos no tanto a proteger los intereses del deudor, cuanto a los confines dentro de los cuales la ley tutela el interés del acreedor a la prestación».

[112] CABALLERO, J. M., *op. cit.*, pp. 39-40. En el mismo sentido, Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 112, sostiene que «la falta de colaboración del acreedor en los casos en que sea necesaria, determina que el deudor no pueda ser colocado en mora y que, si se produce una imposibilidad sobrevenida de la prestación por aquella causa, a la que debiera atribuirse un carácter definitivo, deberá considerarse como imposibilidad imputable al acreedor, de manera que habrá de considerarse al deudor liberado de su obligación o, por lo menos, facultado para exigir la resolución del contrato sin perder su derecho a la contraprestación». Existe, además, una disposición legal que consagra esta solución: el párrafo 326 número 2 del BGB establece que «si el acreedor fuese por sí solo o principalmente responsable de la circunstancia por la cual el deudor no necesita cumplir la prestación, según lo previsto por el § 275, apartados 1 a 3, o si esa cir-

Si la obligación aún puede cumplirse, los efectos son más complejos. En estos casos, la ley intenta proteger al deudor, impidiendo que deba correr con los gastos y perjuicios que se generan por la nula o defectuosa colaboración del deudor. Sin embargo, conserva el vínculo obligatorio a favor del acreedor, alterando su régimen jurídico en cuanto a gastos y riesgos. Éste es el ámbito de la mora del acreedor.

c.1) Naturaleza jurídica de la mora del acreedor

La mora del acreedor es una institución creada por la ley para permitir la subsistencia de la obligación, a pesar de la reticencia del acreedor a recibir, cuando la obligación aún puede cumplirse. La mora del acreedor extiende, de este modo, la tutela del crédito, a pesar de la actitud del acreedor.

Examinemos cuáles son los efectos que tradicionalmente se atribuyen a la reticencia del acreedor a recibir el pago. No existe en nuestro Código Civil, como en los demás Códigos de influencia francesa, una regulación autónoma de la mora del acreedor. Tal como en nuestro Derecho Civil, en el resto de las legislaciones dicha regulación se limita a establecer determinados efectos, consistentes en la agravación de la responsabilidad y en la obligación de reembolsar gastos.

En verdad, la negativa del acreedor a recibir o a colaborar se ha vinculado tradicionalmente al derecho del deudor de pagar por consignación, mas sin identificarlo como el único efecto de la reticencia del acreedor, sino como un mecanismo que la ley ofrece al deudor para poder realizar su pago con validez y certeza respecto de su efecto extintivo. Así, se ha sostenido que «el deudor no sólo tiene el deber de pagar su deuda, sino el derecho de hacerlo, porque tiene en ello interés»[113].

Por su parte, Abeliuk afirma que los efectos de la *mora accipiendi* son dos: primero, el nacimiento del deber del acreedor de indemnizar los per-

---

cunstancia no fuese imputable al deudor y se produce en un momento en el que el acreedor se hubiese retrasado en la aceptación, mantendrá el deudor su pretensión a la contraprestación. Pero deberá dejarse descontar lo que se haya ahorrado como consecuencia de haberse librado de la prestación o lo que haya ganado por utilizar sus empleados en otro lugar o lo que haya dejado de ganar intencionadamente» (VIVES MONTERO, MARÍA LUISA, «Traducción de la reforma 2002 del BGB», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, julio-septiembre 2002, p. 1263).

[113] Disentimos con esta afirmación de CLARO SOLAR, LUIS., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, v.12, p. 177, pues consideramos que el deudor no tiene, técnicamente, ni interés ni derecho a cumplir su obligación. Dice Claro que «si el deudor ofrece lo que debe, el rechazo del acreedor no tiene fundamento. La ley da al deudor los medios de rechazar a su vez esta injusticia de su acreedor. Dice el art. 1958 [del Código Civil]: "Para que el pago sea válido, no es menester que se

juicios en los que debió incurrir el deudor por la conservación de la cosa; segundo, la disminución de la responsabilidad del deudor, quien deja de responder de culpa leve y levísima por la custodia, y pasa a responder solamente por culpa grave o dolo[114].

Las consecuencias expuestas podrían llevarnos a entender que si el deudor tiene un derecho a pagar su deuda, debe existir una correlativa obligación de alguien de permitirle hacerlo. Si el deudor tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios por la mora del acreedor, que tiene su origen en el contrato, es porque existe un acreedor que tiene una obligación contractual de facilitar la liberación del deudor.

Estimamos que lo afirmado en el párrafo anterior es erróneo. No existe, en verdad, una obligación del acreedor de exigir o colaborar en el cumplimiento de su crédito. Esto, por dos razones.

En primer lugar, toda obligación es jurídicamente exigible. Para que una obligación sea tal, es necesario que exista la posibilidad de que sea exigida por otro, incluso por medios coactivos. La obligación en sentido técnico supone la alteridad, la posibilidad de que el acreedor pueda exigir del deudor. ¿Se convierte en este caso el deudor en acreedor de su acreedor para exigirle que le permita cumplir?

Consideramos que no. No existe acción a la que el deudor pueda acudir para exigir una conducta al acreedor en orden al cumplimiento de la prestación. No cabe la ejecución forzada de dicha prestación, pues el acreedor es quien tiene la facultad de facilitar el cumplimiento de la obligación, o no hacerlo.

Una cosa distinta es que el incumplimiento de la obligación, fundamento de la responsabilidad contractual, no pueda entonces imputarse al deudor. Éste tendrá una excepción ante la pretensión de cumplimiento del acreedor, como es que el incumplimiento de la obligación no se le puede imputar a él, sino al mismo acreedor.

Si verificamos los efectos de la conducta del acreedor que no facilita la liberación del deudor, veremos que ninguno de ellos supone una obligación. Nuestra propuesta es que tal conducta genera, por un lado, la mora del acreedor, con los efectos que ella supone. Por otro lado, el incumplimiento de una carga.

---

haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación"». El pago por consignación es una facultad que se le confiere al deudor para obtener la extinción de la obligación. No es un derecho, pues no puede exigirse de otro. Por otro lado, el deudor no tiene real interés en el resultado de la prestación, sino sólo en su liberación del vínculo. En este sentido, Claro Solar piensa en el pago como modo de extinción.

[114] ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 782.

La mora del acreedor tiene efectos mediatos sobre el crédito que no ha podido ser liberado por la negativa del acreedor a recibir. Podemos decir que se trata de efectos colaterales. La carga del acreedor dice relación directa con la inexigibilidad del crédito.

Además, la mora del acreedor y la necesidad del acreedor de colaborar tienen fundamentos distintos. En lo que respecta al traspaso del riesgo de la cosa, los artículos 1680 y 1827 del Código Civil tienen como efecto la disminución de la responsabilidad del deudor por custodia. El deudor que ha estado dispuesto a cumplir, y respecto de cuya voluntad existe constancia fehaciente, no responde por los daños que sufran las cosas que mantiene en su custodia, a menos que haya actuado con dolo o culpa grave. Pero este efecto dice relación con el riesgo de la cosa, no con el crédito mismo. Eventualmente, extinguirá el crédito, pero como consecuencia de la destrucción de la cosa y la consiguiente imposibilidad de prestación, no como efecto directo de la reticencia del acreedor a recibir.

El fundamento de esta solución es de justicia. Si el acreedor hubiese recibido a tiempo, el daño en las cosas no se habría producido. Existe una imputación a la conducta omisiva del acreedor. Esto se logra mediante la traslación del riesgo de la cosa al propio acreedor. Pero esto no quiere decir, como ya señalamos, que la extinción del crédito tenga su causa en la negativa del acreedor a recibir.

La segunda razón para desmentir una supuesta obligación del acreedor a facilitar el cumplimiento del deudor, consiste en que no existe una verdadera obligación de resarcir perjuicios, sino simplemente de reembolsar gastos.

Esto se debe a que la mora del acreedor no depende, para su configuración, de la culpa o dolo del acreedor. Como sostiene Medicus, se trata de «una *culpa no técnica:* en ella no se encuentra la infracción de un deber jurídico, sino contra una incumbencia que después de todo protege el interés a la remuneración del deudor»[115].

La responsabilidad del acreedor no es igual a la del deudor, pues esta última «supone, generalmente, la infracción de un deber como presupuesto de responsabilidad (...). Pero el acreedor —a diferencia del deudor— no está obligado en sentido técnico a conseguir la prestación posible»[116]. Por lo tanto, no puede surgir responsabilidad para el acreedor, pues no existe una verdadera indemnización de perjuicios fundada en la culpa.

Explica Larenz que el deudor puede reclamar al acreedor indemnización de los gastos suplementarios que haya tenido que hacer por el ofrecimiento infructuoso, así como por la custodia y conservación del objeto de-

[115] MEDICUS, D., *op. cit.*, p. 227.
[116] *Ibid*, p. 227.

bido. Respecto de esta indemnización, sostiene el profesor alemán que «son de tener en cuenta los gastos de almacenaje, primas de seguro, gastos de asistencia y alimentación de ganados; pero no las ganancias dejadas de obtener por el deudor —como, p. ej., el arrendamiento de uso que en otro caso hubiera podido concertar de los locales que necesitó para la conservación de las cosas—, ya que éstas son "daños", pero no "gastos"»[117].

Por estas razones, sostenemos que el artículo 1827 del Código Civil debe ser interpretado como una obligación de reembolsar gastos, fundada en la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto del acreedor. Pero no debe entenderse como una obligación de indemnizar perjuicios, pues no existe técnicamente un deber del acreedor[118]. Queda de manifiesto, además, que también este efecto deja intacto del crédito del acreedor reticente.

Por lo tanto, la necesidad de colaborar con la liberación del deudor no puede ser vista como una obligación. El traslado del riesgo de la cosa no responde al incumplimiento de una obligación, sino que es un efecto legal que pretende proteger al deudor ante la perpetuación del vínculo obligacional[119]. Lo mismo la obligación de restituir los gastos, que no supone la infracción de un deber que se traduciría en la obligación de indemnizar perjuicios. Estos son efectos que la ley impone, en razón de que sería in-

---

[117] LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, J. Santos (trad), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, v. 1, p. 388. En el mismo sentido, CATTANEO, G., *op. cit.*, p. 54, señala que «la razón de tales obligaciones radica simplemente en el hecho que el deudor ha ejercido una prestación, cuyo costo es atribuido por la ley o la autonomía privada a cargo del acreedor».

[118] En este mismo sentido, han sostenido LACRUZ, JOSÉ LUIS *et. al.*, *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, José María Bosch, 2.ª edic., Barcelona, 1990, v. 1, p. 253 que «las consecuencias de la mora del acreedor se resuelven en la extinción o disminución del crédito, pero nunca en una obligación suya independiente de indemnizar, pues no nacen de una deuda suya, y sí simplemente de la carga de no impedir la liberación. Por lo demás, el retraso del acreedor en prestar su cooperación al cumplimiento, puede determinar, en las obligaciones sinalagmáticas, la resolución de la recíproca (art. 1.505) a petición de quien estaba dispuesto a cumplir».

[119] Así, BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, «Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: una lectura en clave objetiva» en *Revista Chilena de Derecho*, v. 24 n.° 1, 1997, p. 165, afirma que «la custodia como prestación de hacer se integra con el deber de actuar diligentemente, a los efectos de distribuir riesgos por daños y deterioros, por lo que su presencia exonera de responsabilidad, no por ausencia de imputación, sino de infracción obligacional». Más adelante, afirma creer que se desprende «del artículo 1.680 del CC que la *mora creditoris* altera las normas de riesgo por pérdida de la cosa debida». En consecuencia, el deber de custodia es accesorio a la obligación principal, pero se ve afectado por la distribución del riesgo de la cosa, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal. De este modo, si se extingue la obligación principal por destrucción de la cosa, se extingue también el deber accesorio de custodia.

justo que el riesgo permaneciera en el acreedor, o bien, que él debiera soportar los gastos de una custodia que ya no le corresponde.

Estas consecuencias no afectan inmediatamente a la obligación. El riesgo de la cosa influye en la subsistencia del crédito, siempre que la cosa efectivamente perezca. La obligación de devolver los gastos es ajena a la obligación principal de la prestación. Las consecuencias de la mora del acreedor no son las mismas que las del incumplimiento de la carga estructural de colaboración, pues las consecuencias de la carga afectan directamente a la obligación.

c.2) Naturaleza jurídica de la colaboración del acreedor

En los casos en que la ausencia de colaboración del acreedor tiene como consecuencia la imposibilidad definitiva de la obligación, la colaboración tiene carácter de carga estructural. Esto es claro, pues esta situación cumple con las características de la carga estructural. En primer lugar, la colaboración es una circunstancia necesaria para la satisfacción del crédito. En segundo término, la conducta grava al acreedor. Por último, el resultado de la ausencia de colaboración es la ineficacia del crédito.

En los casos que la omisión de colaboración no supone la imposibilidad definitiva, sino transitoria, el resultado no es el mismo[120]. Esto en ra-

[120] La doctrina no está conteste en cuanto a la naturaleza jurídica de esta situación. CATTANEO, G., *op. cit.*, sostiene que todos los casos de colaboración necesaria del acreedor para el cumplimiento constituyen cargas (*oneri*). CABALLERO, J. M., *op.cit.*, pp. 110-130, descarta que la cooperación del acreedor sea una obligación. Considera, siguiendo a Díez-Picazo, que la posibilidad de liberarse de su crédito es una facultad del deudor. Pero niega que exista una carga correlativa a tal facultad. Se opone a la posición de Cabanillas y Díez-Picazo de que la colaboración del acreedor es carga, pues sostiene que el concepto de carga supone la protección de un interés propio, y en la colaboración del acreedor existe interés del deudor, no sólo del acreedor, en el cumplimiento. Luego sostiene que «la inobservancia de esta carga es un supuesto de auténtica responsabilidad contractual, puesto que la cooperación al cumplimiento constituye un *deber*, consecuencia de la buena fe, para el acreedor» (p. 128). Este deber lo deriva analógicamente del razonamiento que hace JORDANO, F., *op. cit.*, pp. 31, 141-142, para fundar los deberes de protección. Por su parte, CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 72, caracteriza a este caso de colaboración del acreedor como «carga de facilitación de la liberación del deudor», distinguiéndolo de la «carga del acreedor para que el deudor pueda ejecutar la prestación». Esta última está constituida por aquellos casos en que la omisión de colaboración del acreedor tiene efecto liberatorio, pues extingue la obligación por imposibilidad definitiva (p. 204). Los efectos del incumplimiento de la «carga de facilitación de la liberación del deudor» son, según Cabanillas, los derivados de la mora del acreedor. Ello supone que en este caso no hay una verdadera ineficacia, sino una disminución o atenuación de los mecanismos contemplados para la protección de la posición crediticia.

zón de que la ausencia de colaboración no hace imposible la obligación. Por lo tanto, no la extingue ni hace ineficaz el crédito en forma definitiva. Sólo tiene lugar una imposibilidad temporal, que suspende los efectos de la obligación, por un hecho imputable al acreedor[121]. Pero el crédito no se hace ineficaz. La razón de este resultado es el reconocimiento de la mora del acreedor. Como hemos dicho, la mora del acreedor viene a mejorar la situación que el acreedor tenía en el Derecho romano primitivo. En él, el acreedor que no recibía oportunamente, liberaba automáticamente al deudor, quien podía destruir los bienes, a pesar de que la entrega aún pudiese efectuarse. En el Derecho contemporáneo, los ordenamientos jurídicos han resuelto hacer pervivir el vínculo obligatorio, irrogando los gastos y riesgos de tal pervivencia al acreedor. Si el deudor quiere disolver el vínculo, deberá recurrir a medios alternativos de liberación permitidos por la ley, ya sea el pago por consignación, la venta pública de la cosa o requerir la resolución del contrato[122]. De tal modo que el reconocimiento de la mora del acreedor y de las posibilidades de liberación que ella implica una vez que el acreedor se ha constituido en mora, no son una carga del acreedor, sino una facultad del deudor. Es al deudor a quien se le reconoce la posibilidad de constituir al acreedor en mora para liberarse. El acreedor nada pierde por no concurrir a la colaboración en este tipo de obligaciones, pues su crédito no se hará ineficaz. La satisfacción del mismo está garantizada por la mora del acreedor, aunque irrogándole los gastos de su omisión.

En síntesis, en las obligaciones que no se hacen imposibles por la ausencia de colaboración del acreedor, éste no tiene una carga por recibir el pago, sino que es el deudor el que tiene la facultad de transferir los gastos, riesgos y extinguir la obligación por los medios que provee la ley. Tal facultad del deudor no tiene como consecuencia una carga correlativa del acreedor. La tutela de su crédito continúa. El traspaso de gastos y riesgos

---

[121] CABANILLAS, A., *op. cit.*, pp. 212-215, señala que la ausencia o deficiencia de la colaboración puede provocar que el acreedor no pueda ejecutar de manera tempestiva la prestación debida. En este caso, el deudor no responde del retraso mientras dure el impedimento. No obstante, la obligación puede perder interés para el acreedor «por razones atinentes a la propia relación obligatoria (los límites implícitos de su utilidad, tal como fueron considerados en ella por las partes) o la naturaleza de la prestación (prestaciones continuadas, con término esencial o a fecha fija). En estos casos la imposibilidad temporal se hace definitiva y, consiguientemente, extingue la obligación» (p. 213).

[122] *Vid* CABALLERO, J. M., *op. cit.*, pp. 323-332. Sostiene CATTANEO, G., *op. cit.*, p. 53, la mora del acreedor no provoca por sí misma la liberación del deudor. A menos que no recurra al procedimiento liberatorio adecuado, el deudor está obligado a hacer todo cuanto sea necesario para asegurarse de la satisfacción del acreedor.

no tiene como fundamento el incumplimiento de una carga ni implica «disminución» de su crédito[123].

3.3. Cargas no estructurales

Las cargas no estructurales son aquellas cuya necesidad para el acreedor no deriva de la naturaleza del negocio jurídico respectivo, sino de su creación legal o contractual, por razones que el legislador o las partes estiman convenientes.

Las cargas no estructurales, al ser creadas por la ley o por las partes, pueden ser legales o convencionales.

a) Cargas no estructurales legales

a.1) Concepto

Existen ciertas cargas, establecidas por ley, cuyo fundamento no se encuentra en la naturaleza misma del tipo de acto o convención. Se trata de cargas en las que su razón de ser escapa a la reciprocidad de la relación obligatoria dirigida a la obtención de un resultado. Las cargas no estructurales legales son aquellas que tienen su fundamento en una decisión del legislador, que estima conveniente, para ciertos casos, la conminación de una determinada conducta relevante para la realización de la relación obligatoria. De no ejecutarse tal conducta, el deudor del crédito gravado con la carga podrá oponerse a la exigencia de su deuda.

a.2) Casos

Encontramos entre ellas, aquellas cargas que Díez-Picazo agrupa en la denominación de cargas de diligencia en el ejercicio del derecho de crédito.

---

[123] El traspaso de gastos al acreedor dice relación con que el deudor ha realizado una prestación que no le corresponde soportar. El traspaso del riesgo de la cosa responde a que ya no es necesario ni justo que el deudor siga custodiando la cosa (aunque aún responde por culpa grave). Estas dos situaciones no responden a una disminución del crédito mismo. Se trata de circunstancias accesorias, relativas a la tutela que el ordenamiento jurídico está dispuesto a dar al crédito respectivo. Esta tutela disminuye con la constitución en mora del acreedor por el deudor, lo que constituye una facultad de éste para liberarse de gastos y custodias. Pero el crédito sigue siendo igual de eficaz. Prueba de aquello es que el deudor sólo se liberará al extinguir el crédito por un medio satisfactorio (por ejemplo, el pago por consignación), o bien, al hacerse imposible el cumplimiento.

Señala el profesor Díez-Picazo que «en ocasiones pesa sobre el acreedor una especial carga de diligencia en el ejercicio de su derecho de crédito y de las facultades que lo componen». Corresponden a circunstancias variadas y, por lo tanto, su exposición no puede ser exhaustiva, sino que debe «limitarse a algunos supuestos concretos»[124].

Entre los ejemplos de estas cargas que propone el profesor español, se encuentra la carga de examinar la prestación, lo que implica denunciar de forma inmediata sus vicios y defectos. También menciona la carga del acreedor de hacer excusión de los bienes del deudor, para poder promover su acción contra el fiador[125].

Nosotros entendemos que también deben agruparse entre las cargas legales, las del Derecho cambiario y las cargas en las apuestas y los juegos de azar lícitos[126].

A nuestro parecer, el fundamento común de este tipo de cargas se encuentra en razones de conveniencia, que sugieren la conminación de la realización de ciertas conductas en la relación jurídica obligatoria, que son vistas como fundamentales para su buen funcionamiento. Tal conducta no le sería exigible al acreedor, del modo que la ley señala, si es que la propia norma legal no lo hubiese establecido expresamente por medio de la imposición de la respectiva carga.

En todos los casos que se proponen como cargas no estructurales legales, no existe una relación de colaboración propia, tal como la entendimos a propósito de las cargas en los contratos sinalagmáticos.

Por ejemplo, no es naturalmente necesaria la colaboración del comprador de una cosa defectuosa, para que el vendedor pueda cumplir su obligación de vender una cosa en buen estado. Esta carga tampoco puede derivarse de la buena fe, pues la limitación de tiempo al acreedor para la denuncia del vicio por parte del acreedor, no consiste en una conducta necesaria para que la otra parte pueda responder. Simplemente deriva de la conveniencia, calificada por la ley, de que el acreedor sea cuidadoso al exa-

---

[124] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 112.

[125] *Ibid*, pp. 112-113.

[126] CABANILLAS, A., *op. cit.*, pp. 287-305, señala que son cargas en el Derecho cambiario, la presentación de la letra de cambio a la aceptación, la presentación de la letra de cambio al pago, levantar el protesto o hacer la declaración equivalente por falta de aceptación o de pago, la custodia de la letra de cambio, la presentación del cheque al pago, levantar el protesto por falta de pago del cheque, la custodia del talonario de cheque y sus hojas, y todas aquellas de las expresadas que sean aplicables al pagaré. Entre las cargas de los juegos de azar señala la de presentación del billete o del resguardo original, dentro del plazo legalmente previsto, ante el receptor, y la de custodia del billete o resguardo (pp. 305-310).

minar la prestación[127]. Se funda también en la conveniencia de que se consolide la situación de incertidumbre en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del vendedor.

Tampoco es intrínsecamente necesario que el acreedor haga excusión de los bienes, para poder ejercer su acción con éxito en contra del fiador. Si la ley no permitiera que las partes del negocio principal o el fiador lo establecieran como requisito, no sería necesario. Pero se estima conveniente, en algunos casos, que el acreedor realice esta excusión, de modo de asegurar que el patrimonio del fiador sea efectivamente una garantía subsidiaria[128].

Lo mismo ocurre con algunas de las cargas del Derecho cambiario. Es necesario, por ejemplo, que el tenedor de un cheque lo presente a cobro. Pero no es lógicamente necesario que esto se haga dentro de un cierto plazo. Ahora bien, sin la existencia de este plazo, el girador del cheque se vería obligado a tener por un plazo extraordinariamente largo, fondos disponibles en su cuenta corriente, o bien, tener una línea de sobregiro suficientemente cuantiosa, hasta que la obligación causal del cheque prescribiera[129]. De lo contrario, arriesgaría incluso la posibilidad de cometer un delito. Por esto, la ley establece un plazo para que el titular del cheque lo presente a cobro, a pesar de que no existe una necesidad absoluta de que el cheque se deba presentar a cobro dentro de tal plazo. Se trata, simplemente, de razones de conveniencia que permiten la eficacia de este título de crédito[130].

---

[127] Así, el artículo 1858 n.° 3 del Código Civil establece que, para que haya vicio redhibitorio, el comprador debe examinar la cosa, sin que pueda ignorar los vicios con culpa grave. Además, debe ejercer la acción redhibitoria o de *quanti minoris* dentro de los plazos que señalan los artículos 1866 y 1869 del mismo Código.

[128] VODANOVIC H., ANTONIO, *La fianza*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1999, p. 120, señala los casos en que el acreedor está obligado a practicar la excusión. Se trata de situaciones excepcionales en que el acreedor «se halla *obligado* [*sic*] a practicar la excusión como *requisito previo e ineludible* para proceder contra el fiador» (p. 120). Estos casos son los siguientes: primero, si así se hubiera pactado; y segundo, si el fiador no se hubiere obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiere obtener del deudor» (artículo 2365 inciso 2.° del Código Civil).

[129] Aun lo segundo resultaría inconveniente para el buen funcionamiento de la actividad bancaria. Esto debido a que, como sabemos, los bancos son intermediarios. Prestan el dinero ajeno que reciben. De este modo, la sincronización entre colocaciones y captaciones es fundamental para la subsistencia del negocio bancario. Por esta razón, el momento en que el acreedor presente a cobro su cheque, no puede depender del arbitrio del acreedor. Para que el banco pueda cumplir su compromiso de tener fondos disponibles, es necesario que tal presentación se realice en los plazos que el banco espera y se encuentra preparado para satisfacer tales requerimientos.

[130] Estimamos que una evidencia de que el legislador impone este plazo como carga, se encuentra en el artículo 23 de la Ley de Cheques, Decreto con Fuerza de Ley 707 de 1982.

a.3) Función del plazo en la carga no estructural legal

Como vemos, todas estas son circunstancias que se hacen jurídicamente necesarias para que el acreedor pueda obtener su crédito, por decisión legal. La ley integra en la figura típica un requisito para que el crédito pueda exigirse. La carga no estructural legal usualmente irá acompañada de un plazo. De este modo, un derecho, que en otras circunstancias sólo estaría limitado por la extinción de la acción por prescripción, corre el riesgo de extinguirse por la no realización de un acto dentro de un plazo. Se trata, en consecuencia, del efecto extintivo del plazo. Si la finalidad de tal plazo es proteger intereses públicos de certeza, este lapso constituye un verdadero plazo de caducidad. A nuestro entender, la llegada del plazo provoca que la extinción del crédito se produzca de pleno derecho, sin necesidad de que el juez la declare[131].

Además, otra ventaja del plazo extintivo es que determina un término preciso para que el acreedor ejerza su derecho. Esto favorece al deudor, pues será más fácil la prueba de la ausencia de la conducta exigida como carga por parte del acreedor, en comparación a las hipótesis de cargas derivadas de la buena fe. Se trata de una determinación clara del momento en que la obligación se hace imposible por causa del acreedor, pues simplemente la extingue, liberando de inmediato al deudor.

Pero aparte de estas diferencias, el efecto es sustancialmente el mismo que en las demás cargas. Tanto en las cargas estructurales como en las no estructurales, el juez constatará que el crédito gravado con una carga inejecutada no puede ser exigido por el acreedor. Técnicamente, esta pérdida del derecho se produce a través de su ineficacia o su extinción, en virtud del efecto de la caducidad o del plazo vencido, respectivamente.

b) Cargas no estructurales convencionales

b.1) Concepto

Las cargas también pueden provenir de la voluntad de los contratantes. Ellos, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden con-

---

Este artículo dispone que el portador de un cheque que no reclame su pago dentro de plazo, podrá incluso perder «su acción contra el librador [derivada del negocio causal] si el pago se hace imposible por hecho o culpa del librado, posteriores al vencimiento de dichos plazos». Entendemos que el precepto hace ostensible una regla de imputación causal del incumplimiento de la obligación, al atribuir al acreedor la causa del incumplimiento definitivo de la obligación, si esta se hace imposible por hecho o culpa del librado.

[131] Así, ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 427, sostiene que «vencido el plazo, se produce de pleno derecho la extinción del derecho y la obligación correlativa».

figurar libremente sus relaciones contractuales, con las respectivas limitaciones legales. Por lo tanto, las cargas no estructurales convencionales son aquellos mecanismos creados por estipulación contractual, en virtud de los cuales una de las partes puede oponerse temporal o definitivamente al cumplimiento de su obligación, si el acreedor del derecho gravado no ejecuta la carga según lo pactado. Al ser demandado por el acreedor, el deudor podrá oponer la inejecución de la carga como obstáculo, excepción que destruirá la pretensión del acreedor. La inclusión de la carga en la relación obligatoria, por vía contractual, tendrá entonces la virtud de servir como excepción al cumplimiento de la obligación. El deudor alegará que no debe cumplir la obligación que se le exige, pues no se ha ejecutado previamente la carga.

b.2) Casos de cargas no estructurales convencionales

Las partes pueden pactar cargas, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Estos pactos tienen por finalidad expresar cargas ya existentes, modificar cargas ya existentes, o crear cargas *ex novo*. El pacto de una carga no puede identificarse con el pacto de una condición. La carga podrá oponerse por el deudor como excepción a la acción de cumplimiento de su obligación. Para mayor certeza del momento en que la carga es exigible, puede ir acompañada de plazo.

Como afirma Cabanillas, «es casi imposible establecer un elenco exhaustivo de los supuestos de cargas negociales, pues su origen se encuentra en la autonomía privada y en cualquier tipo de negocio pueden aparecer»[132]. En razón de esto, estimamos que lo conveniente es establecer un marco dogmático general de tales cargas.

En primer lugar, las partes pueden expresar ciertas circunstancias que consistan en cargas estructurales o cargas no estructurales legales. Esto puede tener la finalidad de destacarlas, para mayor certeza. Un ejemplo es la cláusula contenida «en las condiciones generales de los contratos de transporte (billetes de pasaje) [donde] se recalca que, para no perder el derecho al viaje el pasajero deberá presentarse en las oficinas del transportista a la hora señalada en el billete de pasaje o, en su defecto, con la antelación suficiente que le permita cumplimentar los trámites de salida»[133]. A nuestro juicio, se trata del pacto de una carga estructural, que de no ser expresada, existiría de todos modos. La imputación del incumplimiento de la obligación del transportista es naturalmente conducible a la omisión del pa-

[132] *Ibidem*, p. 314.
[133] *Ibidem*, p. 316.

sajero. El objeto del pacto de la carga ha sido dar mayor certeza a su existencia.

En segundo lugar, las partes pueden modificar contractualmente cargas estructurales o cargas no estructurales legales, generalmente imponiendo como cargas conductas más gravosas para el acreedor. Puede señalarse como ejemplo, el caso de «las cargas negociales que imponen la observancia de ciertos requisitos de carácter formal para que el comprador pueda hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido el vendedor»[134]. Esto se puede realizar, por ejemplo, a través de la imposición de ciertas formalidades para la denuncia de los defectos de la cosa comprada.

b.3) Función del plazo en la carga no estructural convencional

La carga puede ir acompañada de un plazo, dentro del cual el acreedor tendrá que realizar o no realizar la conducta prevista para impedir la ineficacia de su crédito. El plazo tendrá por función la determinación cierta del momento o período en que el acreedor tiene que actuar u omitir la conducta. En consecuencia, el plazo puede cumplir una función configuradora de la carga impuesta convencional. La llegada del plazo tendrá como resultado la extinción del derecho gravado con la carga, si la carga no ha sido ejecutada.

Ahora bien, puede ocurrir que la carga impuesta convencional se pacte para agravar una carga estructural o una carga no estructural legal. En la mayoría de estos casos, la mayor gravosidad impuesta al acreedor vendrá dada por el pacto de un plazo extintivo, dentro del cual debe ejecutarse la carga del acreedor. Por ejemplo, se puede pactar que el acreedor deba hacer excusión de los bienes del deudor no sólo antes de ejercer su acción contra el fiador, sino luego de un cierto plazo después de constatado el incumplimiento del deudor principal.

4. Efecto de la inejecución de la carga del acreedor

El efecto de la inejecución de la carga del acreedor, siempre es el mismo: el deudor puede oponerse transitoria o definitivamente al cumplimiento del crédito gravado con dicha carga, lo que puede entenderse como la pérdida del derecho. Esta oposición del deudor al pago del crédito puede derivar de su inexigibilidad temporal, su ineficacia o su extinción.

El efecto de la carga puede ser fruto de la estructura de la relación obligatoria o puede lograrse por medio de la imposición en ella de diversos

[134] *Ibidem*, p. 323.

mecanismos técnicos, por los cuales se puede obtener la ineficacia o la extinción del derecho. En este segundo caso, la finalidad será utilizar la función indirectamente sancionatoria que se le reconoce a la carga, constituyéndose ésta en un fuerte incentivo para la ejecución del acto o conducta impuesto como carga.

4.1. La pérdida del crédito es el único efecto de la inejecución de la carga

En términos prácticos, el efecto del incumplimiento de las cargas consiste siempre en la imposibilidad de exigir el cumplimiento del crédito al deudor. Esta inexigibilidad del crédito será temporal, mientras sea posible cumplir la obligación en un momento posterior. La imposibilidad se hará definitiva, cuando la obligación se extinga o se haga ineficaz.

Hemos propuesto que la colaboración del acreedor para el cumplimiento de su crédito puede adoptar diversas formas, pero todos aquellos casos de colaboración que consideramos cargas, comparten el carácter de ser necesarios para el cumplimiento de la obligación del deudor. Como puede apreciarse, es efecto común de todas estas cargas que su inejecución redunde en la pérdida del crédito al cual están anexas. Esta pérdida puede ser transitoria o definitiva. La pérdida definitiva puede lograrse a través de mecanismos que extingan el derecho, como la llegada del plazo extintivo, la caducidad del plazo para ejercer un derecho o la rescisión del contrato. La pérdida transitoria consiste en la inexigibilidad del crédito mientras no sea ejecutada la conducta que constituye el objeto de la carga.

a) Efecto de la inejecución de la carga estructural de colaboración

En cuanto a la colaboración necesaria para la liberación del deudor, señalábamos que se trata de una figura que coincide con la hipótesis de la mora del acreedor. Podría entenderse que el efecto del incumplimiento de esta carga sería, por lo tanto, el efecto de la mora del acreedor. Nuestra opinión es que en esta hipótesis, confluyen la mora del acreedor y la carga estructural de colaboración, produciendo diversos efectos.

Como analizamos en su oportunidad, el efecto de la mora del acreedor es complejo, compuesto de diversas consecuencias[135]. La primera consiste en un traspaso del riesgo de la cosa del deudor al acreedor. Así lo prescri-

[135] *Vid supra* «la colaboración necesaria y la mora del acreedor», p. 65.

ben los artículos 1680 y 1827 del Código Civil. Si la cosa objeto de la obligación se destruye, el riesgo es del acreedor que se ha retardado en recibirla. El deudor sólo responde por culpa grave o dolo en la custodia, es decir, si ha tenido intención de destruir la cosa. Pero, además, señala el artículo 1827, que se le impone al acreedor la obligación de reembolsar los gastos en que incurrió el deudor para la conservación de la cosa. Por último, la reticencia del acreedor a recibir el pago, genera la posibilidad de que el deudor extinga la obligación mediante el mecanismo del pago por consignación. ¿Son estos los únicos efectos de la negativa de recibir por parte del acreedor?

Señala Claro Solar que «la ley da al deudor que quiere solucionar su obligación el derecho de pagar por consignación a su acreedor que se resiste a recibir o no se presenta en el lugar del pago el día que debe éste efectuarse; pero el deudor no está obligado a usar esta forma de pago. El deudor puede limitarse a hacer al acreedor una simple oferta de entrega de la cosa, no las ofertas reales exigidas en el pago por consignación; si el acreedor guarda silencio y nada hace para recibir la cosa, cesa la responsabilidad del deudor proveniente de la culpa leve o levísima a que pudiera estar obligado»[136]. De las palabras de Claro Solar se desprende que el pago por consignación es una opción para el deudor, pero no es necesario para constituir en mora al acreedor. Esto se debe a que, para que se produzca la mora del acreedor, basta que el acreedor no reciba sin justa causa, pues en ese momento se cumplirá el requisito del artículo 1680 del Código Civil.

Sin embargo, éste tampoco es el único efecto del retardo en recibir. Claro Solar, señala que «debiendo hacerse el pago en el lugar indicado en la convención, si el acreedor no se encuentra allí el día señalado, la ejecución de la obligación se haría imposible por su culpa, y quedaría constituido en mora»[137]. Es decir, si el acreedor no recibe, el cumplimiento se hace imposible para el deudor, no por hecho suyo, sino por causa del propio acreedor. Por lo tanto, podemos sostener que los efectos del retardo en recibir serían los siguientes: primero, traslación del riesgo de la cosa, por el sólo hecho de retrasarse en recibirla, sin necesidad del pago por consigna-

[136] CLARO, L., *op. cit.*, v. 5, p. 750.

[137] *Idem.* Claro Solar critica a Laurent, pues sostiene que este confunde, entre los efectos de la mora del deudor, la posibilidad de realizar el pago de su deuda, cuando el acreedor retarda o resiste la recepción de la cosa debida. Lo anterior en razón de que Claro Solar reserva para la mora del acreedor el efecto de traspasar el riesgo de la cosa y reembolso de gastos. La imposibilidad de cumplimiento por parte del deudor es, para Claro Solar, un aspecto distinto.

ción. En segundo lugar, surgimiento de la obligación de resarcir gastos[138]. Tercero, la posibilidad de cumplir por medio del pago por consignación. Cuarto, la imposibilidad del cumplimiento de la obligación mientras dure el retardo en recibir, imposibilidad que puede tornarse definitiva. Este último efecto es especialmente relevante, pues consideramos que si la obligación se hace imposible porque ha transcurrido la oportunidad en que la obligación podía cumplirse, el incumplimiento es atribuible al acreedor. Esto quiere decir que, si la obligación es de aquellas que deben cumplirse necesariamente en cierta oportunidad, se extingue si no pudo cumplirse por motivo imputable al acreedor[139].

No obstante, no puede identificarse el retardo en recibir con la carga de facilitar la liberación del deudor. Ella sólo es un elemento de la relación obligatoria, cuyo efecto puede tener lugar a propósito de este retardo. Estimamos que el efecto propio de la inejecución de la carga de facilitación de la liberación del deudor es solamente el efecto antes señalado del retardo en recibir. Esto se debe a que los otros dos efectos corresponden, propiamente, a lo que se conoce como mora del acreedor, y suponen la extinción de la responsabilidad por custodia y el nacimiento de la obligación de restituir los gastos causados por el retardo en recibir. Por esto, Claro Solar sostiene que «una cosa es la mora del acreedor y otra muy distinta el pago que el deudor pueda hacer de su deuda, cuando el acreedor retarda o resiste la recepción de la cosa debida. No es, pues, lo mismo la mora del deudor que la mora o retardo del acreedor; no produce los mismos efectos; y en realidad no hay para qué calificarla de *mora*»[140]. En consecuencia, no puede identificarse el retardo del acreedor en recibir con el incumplimiento de una obligación, pues lo que se conoce como mora del acreedor produce efectos distintos que el retardo en el cumplimiento de una obligación. Lo que se conoce como mora del acreedor es una situación compleja, cuyos efectos son expresión de la extinción de la obligación de custodia, el surgimiento

[138] La obligación de resarcir gastos no tiene como fundamento, en verdad, el incumplimiento de una carga, sino que evitar un enriquecimiento injusto por parte del acreedor. Por esto, la ley limita el resarcimiento al «alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido», pero no habla de indemnización de perjuicios. Lo anterior no obsta a que, por analogía, puedan deberse otros gastos en que haya incurrido el deudor para la conservación de la cosa, en vista del retardo del acreedor.

[139] Por ejemplo, si el concierto no pudo llevarse a efecto pues los organizadores no han podido conseguir el teatro. El tenor tendrá derecho a exigir o retener su pago si es que llegó en el día pactado al lugar convenido para cumplir su obligación, pero no pudo hacerlo por causa de los organizadores del espectáculo, y se encuentra imposibilitado de cumplir en fechas subsiguientes, pues tiene otros compromisos.

[140] CLARO, L., *op. cit.*, v. 5, p. 750.

de la obligación de restituir gastos, el nacimiento de la opción de pagar por consignación, y la imposibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación, derivada de la inejecución de la carga de facilitación de la liberación del deudor.

b) Pérdida temporal o definitiva del derecho del acreedor

En cuanto al efecto de la carga estructural, Cabanillas sostiene que se debe distinguir si la obligación es, a pesar de la falta de colaboración, aún posible de cumplir, o bien, si se ha tornado imposible por esta causa. En el primer caso, señala el profesor español que «la imposibilidad temporal de la prestación determina la pervivencia de la obligación, si bien que suspendida su eficacia (...), desaparecido el obstáculo que impedía temporalmente el cumplimiento, la obligación recobra su eficacia (...); el deudor deja de estar justificado en su retardo y si no procede a cumplir de inmediato incurre en responsabilidad»[141]. En cambio, «es evidente que se producirá la liberación del deudor si debido a la falta de colaboración del acreedor o a su deficiente colaboración tiene lugar la imposibilidad definitiva de la prestación», pues si el propio acreedor hace imposible la prestación mediante su conducta, el incumplimiento no será imputable al deudor[142].

Por esto, apunta Larenz que «cuando el acreedor mediante su conducta hace imposible la prestación, no responderá el deudor de esta imposibilidad, por lo tanto, quedará libre de su obligación[143]. No obstante, el mismo autor destaca el problema que puede producir esta solución, consistente en entender que el incumplimiento de la obligación del deudor provocará la resolución del contrato bilateral. A este respecto, señala Larenz que «si se trata de un contrato bilateral perdería entonces [el contratante favorecido con el efecto de la carga]... su pretensión a la contraprestación. Este resultado sería injusto en el caso en que el acreedor haya de responder de su

---

[141] CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 213.

[142] *Ibidem*, p. 215.

[143] LARENZ, K., *Derecho... op. cit.*, p. 375. La alusión al § 324 debe entenderse actualmente hecha al § 323 (2). Esta norma dispone que «si el acreedor fuese por sí solo o principalmente responsable de la circunstancia por la cual el deudor no necesita cumplir la prestación, según lo previsto por el § 275, apartados 1 a 3, o si esa circunstancia no fuese imputable al deudor y se produce en un momento en el que el acreedor se hubiese retrasado en la aceptación, mantendrá el deudor su pretensión a la contraprestación. Pero deberá dejarse descontar lo que se haya ahorrado como consecuencia de haberse librado de la prestación o lo que haya ganado por utilizar sus empleados en otro lugar o lo que haya dejado de ganar intencionalmente» (VIVES MONTERO, M., *op. cit.*, p. 1236).

conducta, por lo cual la ley contiene para este caso otra regulación (§ 324). Por lo tanto, el acreedor aunque no le afecte normalmente obligación alguna a realizar o hacer posible el resultado de la prestación, es, sin embargo, responsable concurrente del mismo cuando la hace imposible transitoria o definitivamente y ha de responder frente al deudor por los gastos ciertos que para él pueden derivarse de ello»[144].

Si bien nuestro Código Civil no contiene una norma similar, estimamos que puede aplicarse la misma solución al Derecho chileno. Esta conclusión se funda en que es el incumplimiento el fundamento de la responsabilidad civil contractual. De este modo, la falta del resultado debido es excusable para el deudor en razón de que la causa del incumplimiento no le es imputable[145]. En consecuencia, el efecto no es la resolución del contrato por aplicación del artículo 1489 del Código Civil, pues éste sólo tiene lugar en caso de incumplimiento de *obligaciones*, originada en la conducta de *uno* de los contratantes en su posición de *deudor*.

El caso de la inejecución de la carga estructural de colaboración es diverso. Se trata de un momento previo al regulado en el artículo 1489 del Código Civil. No existe, propiamente, incumplimiento de un deber del deudor, pues falta o se ha contravenido un requisito para que el derecho sea exigible. No es aplicable, en consecuencia, el artículo ya citado, en razón de que no hay incumplimiento generado por la conducta del deudor. ¿Cuál es el efecto, entonces, de la inejecución de esta carga? Simplemente, de la inejecución de la carga se derivan las consecuencias lógicas de la imposibilidad de realizar la prestación por una causa ajena a la voluntad del deudor: el cumplimiento de la obligación se suspende hasta que el acreedor preste su colaboración necesaria, o bien, la obligación se extingue sin que surja responsabilidad para el deudor[146].

---

[144] LARENZ, K., *Derecho... op. cit.*, p. 375.

[145] JORDANO, F., *op. cit..*, pp. 212-220. En la doctrina nacional, BARAONA, J., *op. cit.*, pp.151-177, suscribe esta posición. Por ello, postula «que el caso fortuito en sede de indemnización de daños y perjuicios actúa como circunstancia que exonera al deudor de responder, no en cuanto elimina la "culpa" del deudor (falta de diligencia debida), sino porque, en principio, destruye la relación de causalidad que debe existir entre el hecho (infracción del contrato) y la persona del deudor» (p. 175).

[146] La misma solución establece nuestro Código respecto del caso fortuito (artículos 1547 inciso 2.º y 1558 inciso 2.º). El incumplimiento de la obligación por caso fortuito no da lugar al efecto propio de la condición resolutoria tácita, pues la causa del incumplimiento es ajena al deudor. Si esta es la solución respecto a una circunstancia ajena a los contratantes, con mayor razón debe serlo en caso de que la causa del incumplimiento provenga de una de ellas. Por esto, las críticas a la solución de nuestro Código respecto del riesgo de la cosa que se debe tienen su fundamento en razones de justicia, pues se estima que «no es equitativo que la contraparte que nada recibe siga siempre obligada a cumplir la prestación»

c) Efecto de la inejecución de la carga estructural de información

Con relación a las cargas estructurales de información, el efecto es el mismo que en las cargas de colaboración. Podemos decir que, en este caso, la colaboración se presta mediante la comunicación de la información necesaria por el deudor para cumplir su obligación. Ahora bien, como puede resultar incierto que el deudor pueda probar que la información es un requisito necesario para que él pueda cumplir su obligación, se hace imprescindible el reconocimiento de esta situación como una carga. Esto se podría lograr a través del explícito reconocimiento del efecto de la falta de información en la ley o convención. Por ejemplo, la ley podría reconocerle efecto rescisorio del contrato, lo que acarrearía la ineficacia del crédito. También podría hacerse mediante la imposición de un plazo para que se comunique la información necesaria, con efecto extintivo del derecho y, por consiguiente, liberatorio para el deudor.

Finalmente, el efecto de la carga estructural inejecutada nos sirve para distinguirla de la condición resolutoria tácita. Esto se debe a que en los contratos bilaterales, el efecto de la carga inejecutada no provoca la inexigibilidad de la obligación correlativa, pues no ha habido incumplimiento de una obligación contractual, imputable al deudor. El crédito de la contraparte, es decir, del deudor que se ha visto beneficiado con el efecto de la carga incumplida, subsiste.

d) Efecto de la inejecución de las cargas no estructurales

Las cargas no estructurales tienen el mismo efecto que las cargas estructurales. Como sabemos, en las cargas impuestas existirá una decisión legal o un acuerdo, por el cual se impone que cierta conducta del acreedor es requisito para la exigibilidad de su crédito. El incumplimiento de esta conducta obstará a la exigibilidad del derecho, o lo extinguirá transcurrida la oportunidad para su ejercicio por lo que el deudor podrá oponerse válidamente a su cumplimiento. Alegará que la causa de la insatisfacción del crédito no radica en su conducta, sino en la del propio acreedor, que ha incumplido el presupuesto establecido o acordado.

(ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 1063). Sin embargo, es evidente que tal crítica basada en la equidad pierde sustento si consideramos que la subsistencia de la obligación recíproca en el incumplimiento de la carga tiene su fundamento en una conducta u omisión imputable al propio acreedor. En este caso, es evidente que resulta equitativa, como sostiene Larenz, la solución del § 323 (2) del BGB.

En conclusión, los distintos tipos de carga se uniforman con respecto a su efecto. Éste siempre consistirá en la pérdida del crédito, en razón de que el acreedor no ha ejecutado un requisito necesario para su exigibilidad o subsistencia.

4.2. Ineficacia de un derecho por el transcurso del plazo para su ejercicio. ¿Caducidad?

Como hemos venido señalando, el plazo es una de los mecanismos técnicos utilizados para la creación de cargas impuestas. Parte de la doctrina nacional ha señalado que estos casos corresponden a plazos de caducidad[147]. ¿Son estos plazos verdaderos plazos de caducidad? La pregunta es relevante, pues se predica como característica de la caducidad su indisponibilidad por las partes y la imposibilidad de interrumpir su transcurso. Es necesario dilucidar si éstas son también características aplicables a los plazos legales señalados para la imposición de cargas.

Por otro lado, se ha señalado que la caducidad no afecta a verdaderos derechos, sino a derechos potestativos. Al parecer, los plazos de caducidad son propios de este tipo de situaciones jurídicas[148]. En cambio, nosotros hemos afirmado que las cargas afectan la eficacia de un crédito.

Resulta necesario, entonces, verificar el significado y alcance de la figura de la caducidad. De este modo, podemos determinar si la caducidad puede considerarse como un efecto de la inejecución de una carga.

a) Concepto de caducidad

La caducidad es una institución que ha surgido de manera relativamente reciente[149]. Sus contornos aún no han sido delineados de manera

---

147 Por todos, BAEZA PINTO, SERGIO, *El seguro*, Editorial Jurídica de Chile, 4.ª edic., Santiago, 2001.

148 DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, 9.ª edic., Madrid, v. I, 1998, p. 456, sostienen que, en cuanto a la naturaleza del derecho objeto de presunta caducidad, «ésta recae sobre lo que antes hemos llamado derechos potestativos o facultades de configuración o modificación de una situación jurídica. Pendiente el ejercicio, la situación jurídica afectada se encuentra en una fase provisional o transitoria, que exige un rápido tránsito a la situación definitiva».

149 DÍEZ-PICAZO, LUIS, *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 68, sitúa sus orígenes no más allá de la obra de Savigny y Zacharie. Por su parte, CAÑIZARES LAZO, ANA, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 14-15, señala a la doctrina alemana de fi-

precisa. Su desarrollo ha tenido lugar a través de su contraste con la figura de la prescripción, sin que exista, todavía, pleno acuerdo en la doctrina acerca de los criterios para distinguir qué plazos son de caducidad y cuáles de prescripción. Tal circunstancia se ve agravada por el hecho de que la caducidad sólo tiene reconocimiento legal en aquellos Códigos más modernos, pero no en los que, como el nuestro, corresponden al primer movimiento codificador[150].

Para dilucidar estas dudas, debemos antes determinar el concepto de caducidad. Siguiendo a Cañizares Laso, nos concentraremos en tres elementos de la distinción de los plazos en el Derecho de Grawein[151]. Ésta distinción comprende todos aquellos supuestos en los que, con el vencimiento de un plazo, sobreviene la extinción de un derecho o una consecuencia semejante, agrupándolos en virtud de la causa de este efecto.

Entre los plazos señalados, Grawein sostiene que la caducidad legal es la extinción que afecta a un derecho que por su naturaleza tiene una duración determinada por el sólo transcurso del tiempo fijado para su vigencia, sin necesidad de requerir un hecho externo que ponga fin a su existencia. El tiempo es la medida de vigencia del derecho: tanto plazo, tanto derecho. Un ejemplo es la vigencia de una ley transitoria[152].

---

nes del siglo XIX como precursora de la figura, especialmente a Fick, Demelius y Unger. Ambos autores señalan a GRAWEIN, ALEXANDER, *Verjärung und Geseftzliche Befristung*, Leipzig, 1880, como el elaborador decisivo de la figura, al realizar su clásica distinción entre las distintas maneras en que el tiempo afecta la eficacia de los derechos. En Italia, la recepción y reelaboración de la figura corresponde a MODICA, *Teoría della Decadenza nel Diritto civile italiano*, Torino, 1906 (vol. I), 1909 (vol. II), 1915 (vol. III). La recepción de la figura en España fue realizada por ALAS, L.; DE BUEN, D., y RAMOS, E., *De la prescripción extintiva*, Junta Para la Ampliación de Estudios, Madrid, 1918, pero la popularización del concepto se debe a la traducción y anotaciones de Pérez González y Alguer en la edición de 1935 de ENNECERUS, L.; KIPP, T., y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, B. Pérez González y J. Alguer (trad.), Bosch, 3.ª edic., Barcelona, 1981, v. 1, Parte General, II. En Chile, el primer autor que hace un estudio de la institución es LIRA URQUIETA, PEDRO, «El concepto jurídico de la caducidad y la prescripción extintiva», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 24, Derecho, pp. 145-168. Tal estudio sigue siendo hasta ahora el más completo de nuestra literatura jurídica.

[150] Apunta PRADO PUGA, ARTURO, «Algunos aspectos sobre la caducidad y su distinción con figuras afines», en *Gaceta Jurídica*, t. 274, p. 7, que «nuestro ordenamiento jurídico no contempla una exposición orgánica de esta institución, lo cual no obsta que en numerosas oportunidades se refiera a este supuesto entendida como sanción de derecho objetivo por no ejercer un derecho subjetivo o no ejecutar un acto o ejercerlo de forma extemporánea de manera que queden ineficaces».

[151] CAÑIZARES LASO, ANA, *op. cit.*, pp. 34-36.

[152] *Ibidem*, p. 36. Opina Cañizares que los plazos que pueden ser más fácilmente confundidos con los de caducidad son los de prescripción y los plazos preclusivos. La pres-

b) Casos de caducidad

En nuestra doctrina, Lira Urquieta sostiene que son dos las situaciones propias y exclusivas de caducidad[153]. En primer lugar, aquellos casos de derechos con vida limitada «que llevan en sí mismos su extinción, no teniendo fuerza para sobrevivir más allá de ese *dies fatalis*»[154]. En segundo término, los llamados plazos preclusivos, en los cuales «el derecho propiamente no existe: pero realizando un acto dentro de determinado plazo puede ser engendrado»[155].

En el primero de los casos, el efecto del tiempo afecta la vida del derecho, independiente de la actividad del titular. En el segundo caso, el tiempo sirve de medida dentro de la cual «puede realizarse un acto con eficacia jurídica», pero este acto no implica el ejercicio de un derecho, pues el derecho nace con la realización del acto[156].

Este segundo caso presenta la dificultad práctica de distinguir a aquellas situaciones en que el derecho se encuentra perfecto, pero requiere de cierto acto para subsistir en aquellos casos en que el derecho aún no se ha perfeccionado, y necesita, precisamente, la realización del acto para nacer. Según Lira Urquieta, esta última circunstancia es propia de la caducidad, pues ella afecta el perfeccionamiento de un derecho que no ha nacido[157].

Como se puede apreciar, Lira Urquieta identifica a la caducidad con la caducidad legal y los plazos preclusivos de Grawein, oponiendo ambos casos

---

cripción afecta a derechos que, por su naturaleza, pueden tener una vigencia perpetua. El tiempo actúa como hecho extintivo que se va produciendo continuamente con la inactividad del titular. La extinción del derecho no viene predeterminada *a priori*, como en la caducidad, sino que depende de la inactividad del titular. Por eso, puede sostenerse que «prescripción es la extinción de una pretensión a consecuencia de no haber ejecutado, durante un cierto espacio de tiempo, ninguno de los actos que el ordenamiento jurídico considera como causas de interrupción» (p. 45). Por su parte, los plazos preclusivos son términos cuyo transcurso provoca la extinción no de derechos perfectos o formados, sino de derechos futuros en proceso de formación. Ejemplos de este tipo de plazos son los del Derecho cambiario. «Así, para la ejecución de determinados actos jurídico-cambiarios se establece un plazo con el significado de que realizado en tiempo oportuno, el acto en cuestión provoca la existencia actual de una prestación cambiaria. Si, por el contrario, se efectúa tras el vencimiento del plazo, queda sin la mínima eficacia jurídica» (p. 36).

153 LIRA URQUIETA, P., *op. cit.*, pp. 145-168.

154 *Ibidem*, p. 146.

155 *Ibidem*, p. 147.

156 *Idem.*

157 *Ibid*, p. 156, señala que «el término caducidad lleva envuelta la idea de un derecho que no tiene la firmeza, el vigor necesario para subsistir, como lo tienen los derechos comunes, perfectos».

conjuntamente a la prescripción[158]. Esta opción parece razonable. Es difícil encontrar una justificación a la distinción entre caducidad legal y plazos preclusivos. No vemos cuál sea la diferencia ontológica o funcional entre ambos, máxime si, como sostiene De Castro, nada impide al legislador aplicar la caducidad a los derechos potestativos y a los verdaderos derechos[159]. La utilización del concepto de derecho potestativo para la delimitación del concepto de caducidad es inconveniente, por la misma incertidumbre que presenta la noción de derecho potestativo o de configuración[160].

Lo razonable parece ser el recurso al criterio teleológico de interpretación. La doctrina coincide en que la finalidad del reconocimiento legal de plazos de caducidad radica en la necesidad de certeza. La caducidad pretende proteger intereses de pronta certidumbre de determinadas situaciones jurídicas. El interés de certeza corresponde, en estos casos, no sólo a las partes, sino también a terceros, al tráfico o a la organización de justicia[161]. En los casos en que el legislador ha pretendido proteger los intereses de certeza públicos mencionados mediante la constitución de un plazo para la realización de cierto acto, estaremos frente a un plazo de caducidad. Esto tendrá lugar aun si se trata de la configuración de situaciones que aún no constituyen derechos ciertos, o bien, en los casos en que la realización de cierto acto es necesaria para la subsistencia de un derecho.

Podría pensarse que si el plazo de caducidad afecta a la constitución de un derecho, estaremos frente a un derecho potestativo o de configuración, para cuya transformación a un derecho perfecto será necesario realizar el acto prescrito en el tiempo adecuado. Por el contrario, si el plazo de caducidad puede determinar la extinción de un derecho existente, el acreedor de tal derecho está sujeto a una verdadera carga de realizar la conducta impuesta. No obstante, insistimos en que tal distinción no tiene mayor relevancia.

---

[158] Lo mismo, en el Derecho español, hace GÓMEZ CORRALIZA, BERNARDO, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 52, quien entiende por caducidad «aquella figura que determina de modo automático e inexorable, la extinción de ciertos derechos, poderes o facultades, si no se realiza un acto específico dentro del plazo fijado por la ley».

[159] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Temas de Derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972, p.178.

[160] En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción... op. cit*, p. 80. En una obra editada ocho años antes, DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1995, v. 1, p. 313, sugerían que un criterio de distinción aceptable entre caducidad y prescripción es que la primera recae sobre derechos potestativos o facultades de configuración o modificación de una situación jurídica. Sin embargo, los mismos autores sostenían más adelante en esa obra, que «hay que precisar que el instituto de la caducidad es objeto de una aplicación casuística y heterogénea a otros supuestos que no son derechos potestativos» (p. 314).

[161] *Ibid*, p. 79; DE CASTRO, F., *Temas... op. cit.*, p 178.

c) Carga del acreedor y caducidad

En lo que respecta a la carga del acreedor, si el legislador impone un plazo de caducidad para la realización de un acto, del cual depende la eficacia de un derecho, podemos estar frente a una carga impuesta legal creada mediante la imposición de un plazo de caducidad. Este caso es distinto al de un derecho potestativo. En el llamado derecho potestativo o de configuración, es la misma facultad la que está sujeta a extinción, sea por su ejercicio mismo o por el transcurso del plazo. En la carga, no existe un plazo que afecte una facultad. Existe una conducta libre, lo que es distinto. El acreedor puede o no puede ejercer una conducta dentro de un plazo, pero eso no quiere decir que tenga un derecho potestativo. Simplemente significa que puede actuar o no. Pero si no lo hace dentro del plazo, el crédito se vuelve ineficaz por haber caducado.

Como se ha dicho, la carga no estructural legal puede recurrir a un plazo de caducidad para fijar inequívocamente el momento en que debe ejecutarse. Por lo tanto, será necesario verificar cuáles son los caracteres y efectos de la caducidad para conocer los caracteres y efectos de este tipo de carga.

d) Características y efectos de la caducidad

Entre las características y efectos de la caducidad podemos mencionar las siguientes.

En primer lugar, en las acciones y derechos caducables, el plazo se cuenta desde «la producción del supuesto de hecho constitutivo del derecho en cuestión, sin tener para nada en cuenta cualquier otra circunstancia y sin referencia, por tanto, a la posibilidad de ejercicio o al hecho de que éste fuera más o menos exigible»[162].

Una segunda característica es que los derechos sujetos a caducidad se extinguen sin que exista, en principio, posibilidad de interrumpirlos o suspenderlos, sin importar las dificultades para su cumplimiento. Pero esto admite excepciones. Por un lado, la no interrupción del plazo de caducidad sólo dice relación con aquella que se produce por reconocimiento del derecho, o interrupción natural[163]. En cambio, la interrupción se produce

[162] DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción... op. cit.*, p. 70.

[163] Distinta es la solución legal italiana, aunque no implica una diferencia radical de principios: el artículo 2966 inciso segundo del *Codice Civile* admite como medio para evitar la caducidad el reconocimiento del derecho por la persona contra la que se debe hacer valer, siempre que se trate de un plazo legal o convencional que afecte la existencia de derechos disponibles.

por demanda judicial, tal como en la prescripción[164]. Por otro lado, la ley puede contemplar supuestos excepcionales de suspensión. Se discute si las partes pueden suspender de común acuerdo los plazos de caducidad[165].

En tercer término, el efecto del transcurso del tiempo en la caducidad importa la absoluta extinción del derecho sujeto a ella. En consecuencia, el derecho extinto no subsiste ni como obligación natural, ni el plazo de caducidad puede ser renunciado. En este segundo caso, «sólo puede existir como consecuencia de la declaración de voluntad de las partes, un acto de nueva constitución del derecho extinguido, al que hay que atribuir un efecto constitutivo»[166].

Por último, corresponde al juez declararla de oficio cuando las partes aporten al proceso hechos que acrediten el transcurso del plazo[167]. En cuanto a las partes, la prueba corresponde al demandante, pues «el tiempo es un presupuesto de la pretensión»[168]. Será el demandante el que deba probar que ha realizado el acto generador de su derecho sujeto a caducidad a tiempo, pues tal circunstancia es requisito de su derecho. De los datos aportados por las partes al proceso, el juez deberá declarar que el derecho se ha extinguido por su ejercicio, lo que favorecerá al demandante, o por el transcurso del tiempo, lo que obstará a conseguir un pronunciamiento favorable[169].

---

[164] *Ibid*, p.71.

[165] En contra de la suspensión convencional, GÓMEZ CORRALIZA, B., *op. cit.*, pp. 312-314. A favor, la jurisprudencia citada por DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «Caducidad y autonomía privada: especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes» en *La Ley*, 4 (1986), p.1020. CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.*, p. 130, apunta que se ha discutido la posibilidad de reconocer la llamada «caducidad atenuada». Esta correspondería a la suspensión del plazo por existir negociaciones pendientes entre las partes, especialmente en materia de vicios de la compraventa. DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción... op. cit.*, p. 71, sostiene, siguiendo a Grawein, que los plazos de caducidad pueden ser modificados por las partes tanto para alargarlos como para acortarlos, aunque esto es más difícil de admitir respecto de los plazos legales de caducidad.

[166] DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción... op. cit.*, p. 72. GÓMEZ CORRALIZA, B., *op. cit.*, pp. 455-459, le reconoce a la caducidad efecto automático, retroactivo, definitivo e indivisible.

[167] DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción... op. cit.*, p. 72. GÓMEZ CORRALIZA, B., *op. cit.*, pp. 344-345, funda la apreciación *ex officio* en la idea de orden público y en la facilidad de su cómputo, en contraste con la prescripción.

[168] DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción... op. cit.*, p. 72.

[169] CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.*, pp. 132-133, quien pone el ejemplo del ejercicio del derecho de opción en la compraventa. Señala la autora que «el demandante, probablemente, estará ejercitando una acción de cumplimiento de entrega de la cosa de la compraventa; en este caso estará alegando como un hecho el ejercicio del derecho de opción dentro del plazo (...). Realmente debe considerarse que si el derecho de opción se ejercitó, se agotó con su ejercicio, y si no se ejercitó dentro del plazo, se extinguió por caducidad».

Como se puede apreciar, el efecto del transcurso del tiempo se radicaliza a través de su reconocimiento como plazo de caducidad. Como sostiene De Castro, «la figura de la caducidad tiene el atractivo de cortar las cuestiones de modo todavía más tajante que la prescripción, y resultar así más cómoda para el intérprete o el juzgador; pero lleva consigo el riesgo de mayores injusticias»[170]. Ante esta realidad, creemos que la caducidad sólo puede reconocerse como el efecto de plazos legales que tengan la intención de proteger intereses de certeza públicos, y no intereses particulares. Existe, por ejemplo, claro interés público en los plazos que se establecen, por ejemplo, para ejercer acciones relativas al estado civil de las personas. El interés público parece atenuarse en casos en que, por ejemplo, se establece un plazo para el retracto en la compraventa. En estos últimos, parece más adecuada la calificación de simples plazos, los que, ante ausencia de regulación, deberán someterse análogamente a las reglas de la prescripción, admitiendo suspensión e interrupción. Consideramos que los intereses de seguridad jurídica privados están suficientemente resguardados por la institución del plazo, sin que deba exceptuárselos de la regulación usual que éstos tienen en el derecho de obligaciones.

Esta conclusión parece aún más adecuada, si reparamos en que la caducidad es aún una doctrina de escaso reconocimiento legal y jurisprudencial en Chile. Aún existe, salvo en los casos en que la ley se refiere expresamente a ella, un cierto grado de discrecionalidad para su aplicación por los jueces nacionales. En los casos en que los plazos para la ejecución de un acto del que depende la existencia o eficacia de un derecho patrimonial, o inserto en una regulación entre particulares, los magistrados deben realizar una acertada interpretación de la finalidad de la norma. Deberán determinar si el plazo ha sido impuesto para proteger intereses particulares o la certidumbre del tráfico. Sólo en el segundo caso debe reconocerse tal plazo como uno de caducidad[171].

---

[170] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas... op. cit*, p. 173.

[171] A este respecto, un interesante ejemplo es el que señala PRADO PUGA, ARTURO, *Manual de cuentas corrientes bancarias y cheques*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 65. Sostiene Prado que «se ha fallado que el pago del cheque que no se verifica dentro de los plazos legales produce el efecto de hacer caducar el cheque como tal, transformándose en un simple instrumento privado que se sujeta al plazo de prescripción ordinaria establecido en el art. 2515 del Código Civil y no al de la Ley de cuentas Corrientes Bancarias y Cheques» (Sentencia de la Corte Suprema, de 29 de abril de 1993).

e) Caducidad convencional

Tradicionalmente, la doctrina ha aceptado la posibilidad de que las partes pacten plazos de caducidad[172]. Tal parece ser también la opinión común de la doctrina chilena[173].

No obstante, la finalidad de seguridad jurídica y protección de intereses de certidumbre, que sirven precisamente para diferenciar a la caducidad de otros plazos, es ajena a las partes vinculadas por el derecho caducable. Esta disociación entre la finalidad misma de la caducidad y la esfera propia de la autonomía privada ha llevado a restringir o eliminar la posibilidad de pactos sobre la misma. Utilizando el mismo criterio de interpretación, parece, entonces, inapropiado que se admita a las partes el pacto de una institución que tiene radicales efectos extintivos, motivados por el interés público que ella supone.

Estas razones han sido expresadas de manera elocuente por De Castro. El autor sostiene que «las palabras se pueden emplear más o menos laxamente. Nada impide que se califiquen de "excepción propuesta de prescripción o caducidad del derecho ejercitado" (S. 28 mayo 1947) o de plazo de "prescripción" (S. 11 diciembre 1969), al transcurso del plazo establecido en una póliza o en otro contrato, para realizar una investigación o unas reclamaciones. Cosa diferente será darle carácter técnico; pues ello será negar, al plazo perentorio establecido en un pacto, su carácter de sometido a las reglas propias de la autonomía de la voluntad, y considerarlo, por el contrario, sometido a las disposiciones del Código sobre la prescripción o entender que le son aplicables los efectos que la doctrina atribuye a la caducidad (no interrupción, caducidad, aplicación de oficio)»[174]. Señala, a continuación, que «ha parecido conveniente, por estas razones, reservar el término caducidad a la caducidad legal»[175].

Esta conclusión parece reafirmarse por la propia regulación de la caducidad convencional, en un caso en que ha sido admitida legalmente. En Italia se admite este tipo de caducidad legal, sin embargo, se atenúan sus rigurosos efectos.

---

[172] Así lo sostienen DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1995, v. 1, p. 314 y GÓMEZ CORRALIZA, B., *op. cit*, p. 172, quien menciona en España a Albaladejo, Castán, García Amigo, Puig Brutau. En Italia, el pacto de plazos de caducidad está previsto por el *Codice Civile*, en sus artículos 2965, 2966 y 2968.

[173] ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 1075, PRADO PUGA, A., *op. cit.*, p. 11. En contra, LIRA, P., *op. cit.*, p. 149.

[174] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas... op. cit*, p. 175.

[175] *Idem*. Siguen en este punto a DE CASTRO, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *op. cit.*, p.1010, y GÓMEZ CORRALIZA, B., *op. cit.*, p. 175.

Puede sostenerse que en Italia existe una doble disciplina de la caducidad, dependiendo de los intereses que pretende cautelar. Por una parte, la caducidad puede estar al servicio de intereses generales. Por otra, puede servir a un interés particular. De este modo, la indisponibilidad de las reglas sobre la caducidad y su irrenunciabilidad sólo son aplicables cuando la caducidad ha sido establecida por la ley en materias sustraídas a la disponibilidad de las partes[176]. Además, la caducidad convencional puede ser interrumpida por el reconocimiento del derecho que haga la persona contra la cual se hace valer tal derecho[177]. Por último, el artículo 2965 del Código Civil italiano establece la nulidad de las cláusulas de caducidad que provocan que el ejercicio del derecho sea excesivamente difícil[178]. Esta nulidad está especialmente pensada para proteger a una de las partes contratantes, en los casos de aquellas estipulaciones «que imponen a un contrayente la carga de ejercitar un derecho en un término taxativo»[179].

En consecuencia, se puede observar que la doble regulación italiana de la caducidad es aún más protectora de la persona cuyo derecho está sujeto a caducidad, que la tendencia doctrinal que niega la existencia de la caducidad convencional. Esto pues el alcance de la regulación atenuada de la caducidad convencional en Italia no se aplica sólo a los casos de caducidad pactados. Se aplica también a los casos de caducidad en que se protegen intereses privados, o en que se trata de derechos disponibles. La única norma que se aplica exclusivamente a caducidades pactadas es la nulidad del artículo 2965 ya señalado. Esto no podría ser de otra manera, pues no sería adecuado otorgar al juez poder derogatorio de las reglas establecidas por el legislador.

Por lo tanto, más que estar frente a una regulación que distingue entre caducidad legal y caducidad convencional, nos encontramos ante una que precisa entre caducidad impuesta en casos de derechos indisponibles, y caducidad establecida en protección de derechos disponibles. La distin-

---

[176] Artículo 2968 del *Codice Civile*: «Las partes no pueden modificar la disciplina legal de la caducidad ni pueden renunciar a la decadencia misma, si ésta ha sido establecida por la ley en materia sustraída a la disponibilidad de las partes».

[177] Artículo 2966 del *Codice Civile*: «La caducidad no puede ser impedida sino por el cumplimiento del acto previsto por la ley o el contrato. Mas, si se trata de un término establecido contractualmente o de una norma legal relativa a derechos disponibles, la caducidad puede ser interrumpida por el reconocimiento del derecho proveniente de la persona contra la cual se debe hacer valer el derecho sujeto a caducidad».

[178] Artículo 2965 del *Codice Civile*: «Es nulo el pacto por el que se establece un plazo de caducidad que hace excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio del derecho».

[179] VITUCCI, PAOLO, «Prezcrizione e decadenza» en *Instituzioni di Diritto Privato*, M. Bessone (dir.), G. Giappichelli editore, 8.ª edic., Torino, 2001, p. 1236.

ción de la ley italiana nos parece correcta, pues la regulación es diferente según sea la finalidad de la norma que establece la caducidad.

f) Conclusión: la caducidad del crédito es una forma de ineficacia del derecho gravado con carga

La imposición de un plazo para la creación de una carga es una circunstancia que sólo es posible respecto de cargas no estructurales. De este modo, la caducidad no puede ser un efecto de la inejecución de una carga estructural, salvo que sea utilizada para otorgar certeza al momento en que el acreedor debe prestar la colaboración necesaria para ejecutar el crédito.

Con respecto a las cargas no estructurales, debe distinguirse entre cargas no estructurales legales y cargas no estructurales convencionales. Si son cargas no estructurales legales, ellas pueden ser creadas a través de la imposición de un plazo de caducidad para el ejercicio de una conducta. El transcurso del plazo sin que la conducta se haya ejecutado, se traduce en la ineficacia del crédito gravado con la carga. Por lo tanto, la caducidad es un mecanismo que sirve para establecer el efecto de la carga inejecutada de manera radical. Si se considera que el plazo, por medio del cual se crea la carga, es un plazo de caducidad, deberá aplicarse, a su respecto, el régimen legal de la caducidad.

En cuanto a las cargas no estructurales convencionales, ellas pueden crearse del mismo modo que las cargas estructurales legales. Esto es, por medio de un plazo que torna necesario para el acreedor ejecutar cierta conducta para preservar la exigibilidad de su crédito. Sin embargo, en este caso el plazo no debe entenderse de caducidad, pues parece razonable entender que los términos de caducidad convencional son meros plazos legales o contractuales. Por lo tanto, entendemos que los plazos fatales que se pactan para que una parte ejerza un derecho son simples plazos sujetos a las reglas generales del derecho de obligaciones y de la responsabilidad contractual. Al igual que en la imposición de caducidad en la carga no estructural, el acreedor pierde su crédito, el que se extingue por la llegada del plazo.

En síntesis, la imposición de caducidad o el establecimiento de un plazo extintivo es una de las formas en que se puede crear una carga, logrando que si el acreedor no ejecuta una conducta dentro del plazo, el derecho gravado con la carga se pierde definitivamente, al volverse ineficaz por la caducidad o al extinguirse por la llegada del plazo.

5. Carga del acreedor e instituciones afines

En este apartado se pretende contrastar la figura de la carga del acreedor con otras figuras, cuya ubicación en la relación obligatoria, o cuya manera de afectar la subsistencia de los derechos subjetivos, provoca que sean difíciles de distinguir de la institución que nos ocupa. Además, analizar las diferencias de la carga del acreedor con instituciones técnicamente cercanas, nos permitirá determinar si esta figura es una institución jurídica con autonomía conceptual suficiente.

5.1. Carga y condición

La distinción entre carga y condición presenta dificultades. Estas radican en que, en líneas generales, ambas figuras funcionan de manera análoga. Tanto en una como en otra, puede entenderse que existe un hecho futuro e incierto, que corresponde a la conducta del acreedor. Puede considerarse que a la ejecución o no ejecución de la conducta se atribuya la consecuencia de la ineficacia del crédito, como el efecto de una condición suspensiva o resolutoria. Esta circunstancia podría derivar de la estructura misma del contrato, de la ley o de un pacto. Vistas así las cosas, no existiría diferencia entre una condición simplemente potestativa dependiente de la voluntad del acreedor, por la cual se suspende o resuelve la eficacia de un derecho que le corresponde, y una carga estructural o no estructural. Sin embargo, la carga del acreedor no es técnicamente una condición, lo que queda de manifiesto a través del examen de aquellos tipos de condiciones cuya cercanía estructural con la carga, podrían llevar a confundir ambas figuras.

A continuación, analizamos las similitudes y diferencias entre la carga del acreedor y aquellas condiciones estructuralmente análogas:

a) Condición impropia

En primer lugar, la doctrina es reacia a admitir que la condición pueda confundirse con aquellos requisitos necesarios para la eficacia del negocio, que derivan del tipo negocial mismo. Esta figura es la que se ha denominado condición impropia, entendida como «un elemento del supuesto de hecho productor de efectos en el negocio jurídico no arbitrario ni contingente, sino necesario y constante: puesto que la norma jurídica subordina los efectos del negocio a un determinado evento, sin este evento tales efec-

tos no se verifican. De este modo, aunque las partes lo añadan en un determinado negocio, nada añaden, ya que ha de concurrir el evento por imperio de la Ley con declaraciones de voluntad de las partes para completar los factores de hecho de un contrato o de un negocio jurídico cualquiera»[180].

En consecuencia, al encontrarnos frente a una carga estructural, no estamos frente a una condición. En efecto, toda norma jurídica tiene un funcionamiento «condicional», en el sentido de que determinada consecuencia tendrá lugar «a condición» de que ocurra cierto requisito. Pero eso no significa que estemos frente a una verdadera condición en sentido técnico. De lo contrario, todas las normas jurídicas supondrían condiciones.

b) Conditio iuris

Lo mismo puede decirse de los casos en que la ley establece un requisito para la eficacia del negocio jurídico, aunque no deriven necesariamente de la estructura negocial misma. Se trata de aquellos elementos denominados *conditio iuris*. Éstos no son propiamente condiciones. La condición es extraña y marginal al supuesto de hecho al que el ordenamiento le reconoce efectos jurídicos. «En cambio, en la impropiamente llamada *conditio iuris* nos encontramos ante elementos que forman, por voluntad del ordenamiento, parte del supuesto de hecho requerido para dar lugar al desencadenamiento de los efectos jurídicos»[181]. El requisito legal se integra a la estructura del negocio reconocida en la propia ley. El paradigma negocial incorpora tal requisito como parte de su estructura, de manera que él mismo no puede entenderse como una condición.

Esto resulta claro al tratarse de requisitos de los cuales depende la vigencia del negocio como un todo. Sin embargo, en el caso de la carga, no es todo el negocio cuya eficacia depende de su cumplimiento, sino parte de él, concretamente el crédito o un crédito en un contrato sinalagmático. No obstante, si bien la carga no afecta a la eficacia de la totalidad del negocio, sino sólo a la exigibilidad de la prestación principal del deudor, consideramos que, a *fortiori*, el mismo razonamiento se aplica a los requisitos le-

[180] MONTES PENADES, V., *op. cit.*, p. 1003.

[181] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 575. Señala MONTES PENADES, V., *op. cit.*, p. 997, que, para quienes sostienen que la condición es una limitación añadida al negocio jurídico, por la cual se hace depender su eficacia de cierta circunstancia (tesis voluntarista), este caso carecería de la necesaria *arbitrariedad* en la relación entre condición y el tipo de negocio de que se trata. La *conditio iuris* también se ha denominado «condición impura» (p. 1191).

gales para la eficacia del crédito. Aquellas circunstancias que se imponen como necesarias legalmente para la eficacia del crédito consisten en requisitos legales, y no son verdaderas condiciones, aun cuando no afecten a la totalidad del negocio.

c) Condición que consiste en la conducta de cumplimiento

Mayor dificultad importa la distinción entre condición meramente potestativa pactada y carga no estructural convencional. ¿Pueden las partes pactar que un incumplimiento opere como condición? ¿Ante qué figura nos encontramos cuando la realización de cierta conducta se impone como requisito para la existencia o exigibilidad del crédito?

Este punto se ha discutido a propósito de la condición resolutoria[182]. Los autores se preguntan si el cumplimiento de la obligación principal de una de las partes puede estimarse verdadera condición de la obligación de la otra. La doctrina, además de considerar que este es un caso de *conditio iuris*, estima que aquello no es posible. Esto en razón de que un hecho futuro e incierto, atinente a la realización del negocio y, en consecuencia, con capacidad de influir en su eficacia de acuerdo con la regulación legal, no puede ser verdaderamente una condición[183]. Señalan Díez-Picazo y Gullón que en estos casos no existe, en verdad, incertidumbre, pues las partes prevén que la obligación se cumplirá y, precisamente por eso, acuerdan sus pactos[184]. Por su parte, Santoro-Passarelli estima que el efecto del incumplimiento de un contrato sinalagmático no es el efecto resolutorio de una condición. Si bien se trata de un acontecimiento futuro e incierto, el cumplimiento de la obligación influye en la eficacia del negocio mismo por defecto funcional de la causa[185]. Al fallar una de las partes en el cumplimiento, el negocio bilateral carece de causa para una de las partes y, en consecuencia, debe ser ineficaz[186].

---

[182] MONTES PENADES, V., *op. cit.*, p. 1191.

[183] *Ibidem.*

[184] DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Tecnos, 1995, v. I, p. 567.

[185] SANTORO-PASARELLI, F., *Dottrine generali del Diritto Civile*, Edit. Jovene, 9.ª edic., Napoli, 1985, p. 199.

[186] Señala SANTORO-PASARELLI, F., *Dottrine... op. cit.*, p. 199, que el nuevo Código Civil italiano repudió la figura de la condición resolutoria tácita. Incluso, si las partes intentan pactar una condición resolutoria expresa para el caso de incumplimiento, el *Codice* altera los efectos propios de la condición, excluyendo la retroactividad absoluta (artículo 1458 del Código Civil italiano).

No obstante, hasta aquí sólo nos hemos referido a los casos en que la condición resolutoria tiene como hecho futuro e incierto el cumplimiento de la obligación principal de una de las partes. ¿Qué ocurre si las partes pactan que un crédito no nacerá o se extinguirá si una de las partes no cumple una prestación diversa de la exigida por la obligación principal? Este punto ha sido menos abordado por la doctrina, y con menor claridad. Señala López Fernández que en supuestos en que obligaciones accesorias o deberes de colaboración constituyen «presupuesto para hacer efectiva la obligación de una de las partes», no estamos frente a una verdadera condición[187]. Para él, estos casos comparten «el esquema de una auténtica cláusula resolutoria expresa que garantice la desvinculación para el caso de incumplimiento relativo a obligaciones que eventualmente puedan considerarse como accesorias o no relevantes»[188]. Funda su opinión en las mismas razones dadas para negar el carácter condicional al efecto del incumplimiento del contrato sinalagmático, es decir, la ausencia de verdadera incertidumbre. Las partes prevén que las obligaciones correlativas serán cumplidas. Es en razón de aquella confianza, precisamente, por lo que han pactado. Luego, no puede hablarse de real incertidumbre.

Por su parte, Montes Penades defiende una posición favorable al reconocimiento de condiciones cuando ellas coincidan con supuestos de obligaciones[189]. Según Montes, se trataría de un caso de acumulación de regímenes por el pacto de la conducta de una de las partes como condición suspensiva o resolutoria de la obligación de la otra. La parte afectada por el incumplimiento, podrá recurrir indistintamente a la regulación de la condición o a la regulación legal de los efectos del incumplimiento, para amparar su derecho. El autor funda su razonamiento en la legítima posibilidad de las partes de integrar la disciplina legal prevista para el incumplimiento,

---

[187] LÓPEZ FERNÁNDEZ, LUIS MIGUEL, *La condición suspensiva en los contratos*, Montecorvo, Madrid, 2000, p. 44. Señala dubitativamente: «Creemos —tal vez equivocadamente—, que la terminología resulta algo confusa y que en tales supuestos no cabe hablar de condición en sentido propio». Pone como ejemplo la rendición de cuentas, la estimación de daños asegurados, descarga y pesaje de mercancías, liberación de gravámenes, o utilización de las cosas del contrato de una manera determinada.

[188] *Idem.*

[189] MONTES PENADES, V., *op. cit.*, p. 1017, acota el asunto, señalando que «el problema se presenta como admisibilidad de la inserción en el contrato de una cláusula mediante la cual las partes suspenden o resuelven los efectos, o algunos efectos, del negocio mismo para el caso en que una de la partes cumpla o no todas o algunas de las obligaciones asumidas en virtud del contrato». Como vemos, se refiere tanto a la subsistencia del contrato mismo, como a la de una de las obligaciones que lo compongan. Sólo este último coincide con la carga del acreedor.

con «otros instrumentos utilizados por la autonomía privada y tendentes a reforzar la tutela de la parte que cumple, persiguiendo, por tanto, intereses dignos de tutela por parte del ordenamiento jurídico»[190].

Nosotros consideramos que, cuando se pacta que el cumplimiento de cierta conducta es antecedente para la eficacia del crédito de una de las partes, no estamos frente a una condición. Consideramos que, si bien la protección de la parte cumplidora es una finalidad legítima, ella no puede realizarse de cualquier forma, sino de la manera establecida por el ordenamiento jurídico. Cuando la ley ha querido autorizar a las partes a alterar el efecto propio del incumplimiento de las obligaciones, lo ha hecho expresamente, como sucede en la cláusula penal. El fundamento de este razonamiento radica en que, como pretexto de la protección de la parte cumplidora, pueden convenirse —y dudamos que este verbo sea bien utilizado en casos de adhesión— deberes o cargas excesivamente onerosas para una de las partes. Es por esta razón que, cuando la ley autoriza un régimen alternativo ante el incumplimiento, como la cláusula penal, regula los excesos que tales tutelas convencionales pueden acarrear.

Más aún, el efecto retroactivo y automático de la resolución cumplida no se aviene con la naturaleza misma de la relación contractual. El mismo Montes afirma que «la mayor o menor adecuación entre la prestación realizada y el programa contractual se confía al criterio discrecional del acreedor, que puede perfectamente aceptar una prestación distinta o que objetivamente no sea conforme con la preestablecida»[191]. Al parecer, la discrecionalidad del acreedor es, para Montes, argumento a favor de la condición de incumplimiento. Por el contrario, para nosotros es evidencia de que el efecto retroactivo y automático de la condición dista mucho de la manera en que la relación de colaboración contractual se desenvuelve. Por lo tanto, reafirma lo ajeno de la figura de la condición al ámbito de la responsabilidad contractual.

Finalmente, nuestra posición es avalada por la regulación de la condición resolutoria en el Derecho Civil. Como afirma Santoro-Pasarelli, el Código Civil italiano altera los efectos de la condición resolutoria expresa por incumplimiento. En ella, la parte cumplidora puede provocar la resolución del contrato mediante declaración, pero sin la retroactividad absoluta propia de la condición[192]. En tal normativa subyace la interpretación de que no es opcional la regulación de la condición y la del cumplimiento: pri-

---

[190] *Ibidem*, p. 1019.

[191] *Idem*. Señala además, que debemos observar «que la reacción del ordenamiento jurídico no es nunca automática, sino que está en función de la decisión del acreedor» (p. 1019).

[192] SANTORO-PASARELLI, F., *Dottrine... op. cit.*, p. 200.

ma la segunda. En Chile, si bien el incumplimiento de la obligación en un contrato bilateral se estima legalmente como condición, los efectos son diversos. En primer lugar, la resolución del contrato no es automática, sino que nace para la parte cumplidora la opción del artículo 1489 del Código Civil. Por lo demás, la determinación del incumplimiento es mucho más compleja que en una simple condición, pues supone la observancia de las normas sobre el efecto de las obligaciones. Por último, nótese que el cumplimiento de una condición es literal (artículo 1484 del Código Civil). En cambio, el cumplimiento de una obligación es un fenómeno complejo, que debe interpretarse a la luz de la buena fe, la naturaleza de la obligación, la ley y la costumbre (artículo 1546 del Código Civil). Es clara la alteración de los efectos propios de la condición para el caso del incumplimiento contractual. A nuestro entender, aquello sugiere que se está ante figuras diversas, lo que no quiere decir que se pueda optar por una u otra. Como hemos dicho, cuando la ley admite opciones al régimen del incumplimiento, lo autoriza expresamente.

d) Recapitulación. Diferencias entre carga del acreedor y condición

En síntesis, la condición es una figura diversa a la carga. Es distinta a la carga estructural, pues los casos de carga estructural consisten, más bien, en condiciones impropias. También difiere de la carga no estructural legal, pues ésta se trata de una verdadera *conditio iuris*. Por último, los casos de carga no estructural convencional no pueden estimarse verdaderas condiciones, pues la regulación del incumplimiento contractual difiere de la regulación del efecto de la condición. El legislador, al admitir a las partes el pacto de un régimen alternativo para el incumplimiento, lo admite expresamente, lo que no ocurre en este caso. En consecuencia, las circunstancias en que los contratantes pacten que el crédito de una de ellas queda sujeto al cumplimiento de determinada condición, debe interpretarse como el pacto de una carga, figura autónoma a la condición.

5.2. Carga y pacto comisorio

Podría entenderse que la carga no estructural convencional es similar al pacto comisorio calificado. Esto debido a que ambos provienen de la voluntad de las partes, y a que las dos instituciones pretenden lograr un efecto inmediato, sin necesidad de declaración judicial o notificación alguna.

No obstante, el efecto del pacto comisorio calificado es la resolución *ipso iure* del contrato[193]. Como se trata de una resolución, la extinción de las obligaciones recíprocas en un contrato bilateral, supone la devolución de lo que se haya dado en virtud de tales obligaciones. El efecto del pacto comisorio es la extinción de las obligaciones recíprocas, en caso de que éstas no se hayan ejecutado. Si las obligaciones se han ejecutado, en todo o en parte, su extinción supone las restituciones mutuas de lo que se haya entregado[194].

En cambio, el efecto del incumplimiento de la carga es diverso. Tal como hemos afirmado, se imputa el incumplimiento del deudor al acreedor, de manera que éste no puede demandar que se ejecute la obligación de su deudor. Pero este efecto es unilateral, pues la carga no se impone ni influye al derecho de la contraria, sino que afecta al derecho del acreedor. Por lo tanto, la imposibilidad jurídica de exigir el cumplimiento de la obligación que se ha hecho ineficaz por el efecto del incumplimiento de la carga, no hace caer la obligación recíproca, que subsiste[195].

En consecuencia, el acreedor cuyo derecho se ha tornado ineficaz no puede alegar la extinción de la obligación recíproca, ni puede exigir que se le restituya lo dado en pago de su obligación recíproca. Desde la perspectiva del deudor que se favorece con el efecto de la carga, éste puede tanto exigir el cumplimiento de la obligación de su contraria, como retener lo que se le haya dado o pagado en virtud de esa obligación que ya no le será posible cumplir.

5.3. Carga y derecho potestativo

Se entiende por derecho potestativo, el «poder que, por efecto de una relación determinada, tiene el titular para provocar, por su propia y exclu-

---

[193] Si bien sostiene ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 480, que el acreedor puede «renunciar a la resolución ya producida, porque está establecida en su exclusivo beneficio, y, en consecuencia, pedir el cumplimiento».

[194] ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 492, afirma que, para el caso en que el deudor haya cumplido parte de su obligación, «debe restituírsele lo ya pagado, pues en caso contrario habría un enriquecimiento sin causa para el acreedor, ya que por un lado se le restituye la cosa dada o pagada por él, o se inhibe de darla o pagarla, y por el otro, recibe su parte del precio».

[195] En este sentido, CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 49, señala que «si la relación que vincula al acreedor con el deudor es sinalagmática, no puede plantearse ni siquiera el posible ejercicio de la acción resolutoria, porque el acreedor no observa voluntariamente la carga, pues es presupuesto de la aplicación del artículo 1124 del Código Civil [español] el incumplimiento de la obligación». Este artículo regula la resolución por incumplimiento en contratos sinalagmáticos.

siva voluntad, es decir, por un acto unilateral, un cambio en la situación jurídica del sujeto pasivo, que no puede ni debe hacer nada, sino resignarse a sufrir las consecuencias de aquella declaración de voluntad»[196].

Santoro Passarelli sostiene que se trata de un derecho subjetivo que, en este caso, no otorga un derecho de exigir cierta conducta de otro. El derecho potestativo otorga una potestad, pues permite al titular realizar, por sí mismo, su propio interés. No se requiere la cooperación del deudor, como en la pretensión. El sujeto pasivo del derecho potestativo no debe actuar, mas «no puede y no debe hacer nada y solamente se somete a las consecuencias de la declaración de voluntad»[197].

Entre los clásicos ejemplos propuestos por la doctrina, se encuentran el derecho a pedir resolución del contrato bilateral por incumplimiento, la elección en las obligaciones alternativas, el derecho a pedir la partición de la comunidad, entre otros[198].

No todos los autores están de acuerdo con respecto a la aceptación de esta categoría como derecho subjetivo. Se considera que las circunstancias señaladas como derechos potestativos serían meras facultades, mas no derechos, pues no existe un deber correlativo[199].

Pero más allá de esta polémica, nosotros creemos, siguiendo a Gete-Alonso, que los derechos potestativos son integrantes del elemento activo de una relación obligatoria, la que no se compone únicamente de créditos. Lo que no nos debe llevar a confundir poderes jurídicos con facultades derivadas de la mera capacidad de obrar[200].

En cuanto a su similitud con las cargas, podemos señalar que los derechos potestativos son, al igual que aquellas, situaciones jurídicas secundarias. Por esto, son inescindibles de la relación obligatoria que integran. En segundo término, ambos casos suponen que la realización de la conducta depende de la misma parte a quien interesa el derecho subjetivo.

No obstante, no se puede identificar carga con derecho subjetivo. Esto se debe a que las cargas son situaciones jurídicas secundarias pasivas, pues su efecto supone la conservación o pérdida de un derecho. No es una situación de poder, sino que una sujeción a un interés propio. Por su parte, el

---

[196] ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *Tratado de las obligaciones... op. cit.*, p. 9.

[197] SANTORO-PASARELLI, F., *op. cit.*, p. 71.

[198] ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *Tratado de las obligaciones... op. cit.*, p. 10.

[199] CANDIAN, A., *op. cit.*, pp. 23-24. Por su parte, SANTORO-PASARELLI, F., *op. cit.*, p. 71, responde a esta crítica, señalando que ella se funda en una «desviación determinada por la preponderante importancia práctica del aspecto obligatorio de la relación».

[200] GETE-ALONSO, M., *op. cit.*, p. 427.

derecho potestativo es una situación jurídica secundaria activa. Corresponde a una potestad del acreedor dentro de la relación obligatoria, y supone la sujeción no de él, sino de su contraparte. Sin embargo, no puede pasarse por alto la observación de Micheli, quien sostiene que podría entenderse que la carga es simplemente la contrapartida del derecho potestativo y que, por consiguiente, no existe mayor diferencia entre estos conceptos de la que existe entre obligación y crédito[201]. Además, podría sostenerse que ambos han sido impuestos en interés de la parte afectada por la no realización de la conducta impuesta como carga o reconocida como derecho potestativo.

Opinamos que esto es impreciso. El derecho potestativo ha sido identificado como «aquella posición jurídica activa que confiere a su titular la legitimación (poder) para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, modificándolas, destruyéndolas o creando una nueva relación mediante una declaración de voluntad unilateral. Por ejemplo, la facultad de impugnación del contrato que se concede a quien ha padecido (sufrido) un vicio del consentimiento (error, dolo, intimidación, violencia...), o la de revocar una donación por ingratitud del donatario»[202].

De lo expuesto, se pueden apreciar dos diferencias entre derecho potestativo y carga. Primero, el derecho potestativo supone una «situación jurídica» que puede ser alterada. En cambio, la carga afecta a un crédito existente, es decir, a una prestación que un deudor puede exigir a un acreedor. En segundo lugar, la conducta en que consiste el derecho potestativo es una mera declaración. Por su parte, la conducta de la carga es cualquiera correspondiente al deudor, distinta a su prestación correlativa, si la hay, que se estime necesaria para que el deudor pueda cumplir con su obligación.

Pero sustancialmente, la diferencia entre derecho potestativo y caducidad está en su vínculo con la facultad o crédito. La conducta reconocida como facultad o derecho de configuración, generalmente una elección que depende de la sola voluntad del titular, se identifica con el derecho potestativo. Son lo mismo. En cambio, la conducta impuesta como carga al acreedor es una situación distinta de su crédito. Son situaciones diferentes,

---

[201] Señala MICHELI, *op. cit.*, p. 84, que «la tendencia a construir la carga como situación pasiva al lado de la obligación y paralelamente a ella, conduce, en el plano jurídico, a poner en evidencia el imperativo, contenido en la norma jurídica, sin permitir, por otro lado, una distinción precisa entre el derecho subjetivo, los poderes, las facultades, etc., cuyo ejercicio en ciertas condiciones puede ser considerado precisamente como obligatorio si el sujeto agente quiere alcanzar una cierta finalidad».

[202] GETE-ALONSO, M., *op. cit.*, p. 427.

la una dependiente de la otra, pero distintas al fin, y a cargo de diversos titulares.

Por último, generalmente se ha entendido que el efecto del no ejercicio de un derecho potestativo, es su caducidad[203]. Si bien reconocemos que la delimitación del concepto de derecho potestativo o de configuración no es precisa, y menos aún su limitación con el concepto de carga, es posible encontrar una diferencia en este aspecto. La caducidad no es efecto de la carga estructural, pero tampoco efecto de la carga no estructural, al menos no de la no estructural convencional. La carga no estructural convencional supone el pacto de una condición potestativa suspensiva o resolutoria, la que puede ir acompañada de plazo. Es decir, supone una conducta u omisión del acreedor, que no consiste en su sola voluntad. Distinto es el caso del derecho potestativo, el cual supone una condición potestativa muy cercana a la condición meramente potestativa.

Este hecho puede ilustrarse mediante el examen de las condiciones, con relación a los derechos potestativos y cargas. La doctrina admite que el contrato quede sujeto a una condición meramente potestativa o de querer[204]. Para nosotros, la opción de una de las partes, en orden a otorgar vigencia o no a la relación obligatoria, es para ella un derecho potestativo o de configuración jurídica. No se admite, en cambio, que sólo la obligación de una de las partes quede sujeta a condición meramente potestativa[205]. Lo anterior, en razón de que la obligación de la contraparte dejaría de tener causa. Sí se permite que la obligación de una parte quede sujeta a la ejecución o no de una conducta por la otra, si ésta no consiste en una mera declaración de voluntad. No obstante, en este caso ya no estamos ante una condición mera y simplemente potestativa, sino ante una verdadera carga.

En nuestra opinión, esto se debe a que una condición potestativa «consiste en el querer expresado como manifestación de una voluntad hacia un interés negocial unido a un acontecimiento exterior»[206]. Esto quiere decir que la condición potestativa es antes una expresión de voluntad que la ejecución de un hecho. Lo relevante en la condición potestativa es que la voluntad se manifiesta a través de algún hecho, que la objetiva para demostrar inequívocamente la intención negocial de una parte. En cambio, la carga no supone una manifestación de voluntad dirigida a crear o extinguir un de-

---

[203] *Ibid*, p. 428. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 456 y STIGLITZ, RUBÉN, «Cargas, caducidad, diferencias con la prescripción» en *Contratos. Teoría general*, Stiglitz, Rubén (dir.), Depalma, Buenos Aires, 1990, v. 1, p. 756.

[204] Por todos, LÓPEZ FERNÁNDEZ, L., *op. cit.*, pp. 28-29.

[205] *Ibidem*, p. 27.

[206] FUENTESECA, CRISTINA, *La condición potestativa*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 28.

recho, sino que es un acto requerido para la exigibilidad del mismo. Se trata de un derecho cuyo nacimiento o extinción no depende de la declaración de voluntad de una de las partes, pues esa manifestación ya ha sido realizada, sino que es un crédito cuya exigibilidad puede impedirse por faltar la ejecución de la carga.

Por lo tanto, puede verse el derecho potestativo como el reflejo subjetivo de la condición meramente potestativa a favor de una parte en la relación obligatoria, pero no puede identificarse a la condición de querer con la carga.

En síntesis, las esferas de una y otra categoría son difusas. No puede entenderse, como Micheli, que cargas y derechos potestativos son dos caras de un mismo fenómeno. Nuestra posición consiste en que hay diferencias cualitativas entre ambas. Primero, la carga afecta a derechos, no a meras situaciones jurídicas, poderes o facultadas. Segundo, el derecho potestativo se identifica con la conducta que su titular puede realizar, en cambio, la carga impuesta al acreedor y el crédito son situaciones distintas. Por último, la conducta del acreedor en la carga es más que una declaración de voluntad. La carga impuesta convencional no puede identificarse con la condición meramente potestativa o con la condición simplemente potestativa, porque la carga no es condición[207]. Además, porque su inejecución no es una declaración de voluntad vinculada al nacimiento o extinción de un derecho, sino que resulta en la ausencia de un elemento necesario para la exigibilidad del crédito.

5.4. Carga y límites del derecho de crédito

Díez-Picazo se refiere a los límites del derecho de crédito como aquellos que demarcan el ámbito de actuación del titular. Son «impuestos, en primer lugar, por la naturaleza y alcance que legalmente posee la situación que al acreedor se confiere, y, en segundo lugar, por la finalidad y función para cuya realización el derecho es concedido o atribuido»[208].

De este modo, el acreedor no puede traspasar estos límites que demarcan objetiva, temporal y territorialmente su derecho de crédito[209]. Señala el

---

[207] *Vid supra* «carga y condición», p. 98.

[208] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 108.

[209] *Ibid*, p. 108, señala que de traspasarse tales límites, el acreedor incurría, según las fuentes clásicas, en *plus petición*. Esta «determinaba la pérdida de la litis sin posterior posibilidad de repetición de la acción».

profesor español que entre las instituciones modernas que garantizan el respeto de estos límites, se encuentran la buena fe y el abuso del derecho. La primera como una exigencia de conducta ética en el ejercicio de los derechos. El segundo, como represión de los actos extralimitados[210].

Podría entenderse que las cargas constituyen límites del derecho de crédito, especialmente aquellas que derivan de la estructura típica del negocio. Así lo ha hecho Cabanillas, quien sostiene que las cargas del acreedor «implican una limitación del derecho de crédito en cuanto que han de observarse por el acreedor para conseguir del ejercicio del derecho las consecuencias favorables que el mismo lleva consigo»[211].

Por nuestra parte, coincidimos con el profesor Cabanillas en que «una cosa es la conducta que ha de llevar a cabo el acreedor para facilitar el cumplimiento del deudor, y otra el ejercicio abusivo del derecho de crédito»[212]. También coincidimos en que la consecuencia de lo anterior es «que el problema de la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento no ha de resolverse en virtud del mencionado precepto [artículo 7, 2 del título preliminar del Código Civil, que regula el abuso del derecho], sino que ha de tenerse en cuenta la normativa del Código Civil sobre la mora del acreedor y la imposibilidad sobrevenida de la prestación»[213].

Pero disentimos de la opinión de Cabanillas en cuanto a considerar que las cargas son límites al derecho de crédito. Estimamos que el sentido de unas y otros es diverso.

Los límites al derecho de crédito determinan sus deslindes, es decir, hasta dónde llega el poder del acreedor para exigir una prestación al deudor. La conducta que sobrepasa el límite del derecho de crédito es lícita y posible, y podría ser exigida sin problemas, si es que fuera parte integrante del derecho de crédito. La inexigibilidad o ineficacia de la conducta es consecuencia de ser ajena a lo pactado.

Por su parte, la inexigibilidad del crédito que se ha hecho ineficaz por incumplimiento de la carga, no proviene del hecho de que tal conducta sea ajena a la relación obligatoria. La inexigibilidad o ineficacia del crédito radica en que la conducta impuesta como carga es requisito necesario para que el deudor pueda cumplir, sea porque así lo exige la estructura negocial, la ley, o porque las partes así lo han pactado. En consecuencia, la carga es parte de la relación obligatoria que da nacimiento al crédito, no algo ajeno a ella.

---

210 *Ibid*, pp. 108-109.

211 CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 58.

212 *Ibidem*, p. 59.

213 *Idem*.

En consecuencia, la carga no es precisamente un límite del derecho de crédito. La inexigibilidad o ineficacia del crédito que genera su incumplimiento deriva de que no se ha ejecutado un requisito necesario para que el deudor pueda cumplir, requisito establecido o que se obtiene de la regulación misma de la relación obligacional.

5.5. Carga y deberes accesorios

Forman parte del contenido pasivo de la posición crediticia, una serie de deberes que imponen al acreedor conductas leales para con su contraparte, pero cuya exigibilidad es de carácter diverso al de verdaderas obligaciones. Sostiene Larenz que «de las exigencias de la buena fe derivan para todos los participantes en una relación obligatoria determinados deberes de conducta que hacen referencia a la preparación de la prestación propiamente dicha, a la forma de su ejecución, a la cooperación eventualmente necesaria para ambas partes y a la consideración que según la equidad puede cada parte esperar de la otra en semejante relación»[214].

Estos deberes de conducta son los llamados deberes accesorios. Se les llama de esta manera porque están intrínsicamente unidos al deber de prestación principal[215].

Díez-Picazo señala que los deberes accesorios no son exclusivamente los que provienen de la buena fe, sino que distingue entre aquellos de origen legal, convencional, consuetudinario o usual y, finalmente, los ya mencionados[216].

Su principal diferencia con la prestación principal es el efecto de su incumplimiento y el grado de exigibilidad. En cuanto a la falta de cumplimiento de los deberes accesorios, ésta solo tiene como consecuencia que se entienda que el cumplimiento de la obligación ha sido imperfecto.

Como vemos, su diferencia con la carga del acreedor radica en que ésta afecta a la obligación principal. La inejecución de la carga impide de manera absoluta la satisfacción del crédito.

Con relación a la exigibilidad de los deberes accesorios, si bien hay algunos que pueden reclamarse autónomamente, separados de la prestación principal, otros no pueden exigirse en forma independiente a ésta. En

---

[214] LARENZ, K., *Derecho... op. cit.*, p. 151.

[215] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 121, señala que este rasgo es, precisamente, lo que los distingue de las prestaciones accesorias.

[216] *Ibid*, pp. 118-119.

este caso, su incumplimiento sólo se traduce en la posibilidad de exigir indemnización de los perjuicios[217]. Por su parte, la carga no se traduce en la indemnización de perjuicios[218]. El efecto de la inejecución es la pérdida del crédito, lo que constituye una consecuencia de mayor relevancia económica.

5.6. Carga y deberes de protección

Los deberes de protección son una creación de la doctrina alemana, por la que se afirma la existencia de deberes contractuales distintos de la prestación principal, derivados de la buena fe, dirigidos a preservar a cada una de las partes del daño personal o patrimonial que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación[219]. Son diversos a los deberes accesorios, pues tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación. Por lo tanto, operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido. Su incumplimiento no obsta de modo alguno al cumplimiento de la prestación principal.

La función de los deberes de protección es, precisamente, amparar el interés del acreedor de los daños que puedan producirse con ocasión de la relación obligatoria.

El daño que se pretende evitar no es cualquiera que tenga lugar *con ocasión* de la relación obligatoria, sino de aquellos daños causados *en el cumplimiento* de la relación obligatoria. La obligación concreta servirá para determinar los «cuidados, atenciones y cautelas» que se imponen al deudor, derivados de la misma. La buena fe y los usos servirán en la labor interpretativa. Los otros daños producidos no corresponden a la relación obligatoria en sí, por lo que se estiman extracontractuales[220].

De este modo, y a pesar de que muchos de ellos se encuentran expresados en la ley, constituyen una «serie abierta», para la tutela de las exigencias que se presenten en cada caso[221]. La doctrina los clasifica en deberes de aviso o comunicación, deberes de custodia, deberes de conservación o seguridad y deberes de salvamento o rescate.

---

[217] *Ibid*, p. 121.

[218] *Vid supra* «la pérdida del crédito es el único efecto de la inejecución de la carga», p. 80.

[219] CABANILLAS, ANTONIO, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 248 y 263.

[220] *Ibidem*, p. 272.

[221] JORDANO, F., *op. cit.*, p. 142.

De la breve descripción realizada de esta figura, se desprenden ciertas similitudes con la carga del acreedor. Ambas instituciones constituyen elementos pasivos secundarios de la relación obligatoria. Por lo demás, muchas de las circunstancias categorizadas como deberes de protección podrían coincidir con el ámbito de las cargas.

No obstante, carga y deber de protección son conceptos diversos. La carga incumbe al acreedor, mientras que el deber de protección al deudor. Esta diferencia se matiza en los contratos bilaterales, pues la figura de acreedor y deudor confluyen en ambas partes. No obstante, las diferencias subsisten: una carga no estructural siempre tiene efecto de carga, y su inejecución no tiene como efecto la indemnización de perjuicios[222]. Pero la diferencia sustancial es que la carga no supone un daño para la contraparte.

El área en que los límites de ambas figuras se sitúan con mayor proximidad, es la mora del acreedor. En ella, existe una carga de colaborar con el cumplimiento, además de un deber del acreedor de devolver los gastos incurridos por el deudor. Este deber podría confundirse con un deber de protección, sin embargo, la mora del acreedor no tiene lugar respecto del cumplimiento de la obligación por el deudor, sino, por el contrario, dice relación con la colaboración a la ejecución por parte del acreedor. Además, la mora del acreedor se limita a la devolución de gastos, pero no se extiende a otros perjuicios. En cambio, la infracción de deberes de protección puede significar la indemnización de cualquier daño derivado del cumplimiento de la obligación.

En conclusión, los deberes de protección y cargas difieren en que los primeros tienen lugar en el cumplimiento de la obligación por el deudor, en cambio, las cargas son usualmente anteriores a este momento, pues precisamente lo impiden. Por ello, las cargas no suponen un daño, sino que constituyen un obstáculo para la ejecución que, finalmente, libera al deudor. En cambio, los derechos de protección pretenden evitar la producción de daños.

5.7. Carga estructural de información y consentimiento exento de vicios

Existen ciertas cargas que «determinan que el acreedor tenga que informar diligentemente al deudor de aquellas circunstancias, cuyo conocimiento, al incidir sobre la ejecución de la prestación debida, es fundamen-

[222] *Vid supra* «efecto de la inejecución de las cargas no estructurales», p. 86.

tal para que el deudor pueda cumplir de acuerdo con los términos fijados en el programa de prestación»[223].

Ahora bien, puede ocurrir que tales informaciones sean necesarias al momento de celebrar un contrato. Esto se debe a que, para que la reglamentación de la relación negocial sea adoptada en forma voluntaria y autodeterminada, es necesario no sólo que exista una coincidencia entre la voluntad y lo declarado por las partes, sino que además, se requiere «que la relación sea tal que la voluntad que pone en vigor la reglamentación negocial a través de la declaración se base en valoraciones correctas, y no esté influida por violencia o engaño»[224].

Si la voluntad de contratar de cierta forma ha sido lograda por fuerza o engaño, será viciada, lo que afectará a la validez de la relación negocial.

De lo afirmado hasta ahora, se desprende entonces la diferencia entre tener que cumplir la carga y la exigencia de manifestar una voluntad carente de vicios. El fundamento de consentir sin error (sea este involuntario o provocado con dolo) o violencia está en que sólo es admisible imponer la reglamentación del negocio jurídico a una parte, en la medida en que ella tenga absoluta claridad respecto a las obligaciones que contrae. Si esto no es así, es justo que quien no supo exactamente a qué se obligaba, pueda liberarse de un vínculo que, en verdad, no fue el que contrajo.

En consecuencia, el efecto natural del consentimiento viciado es la nulidad relativa, que afecta a todo el contrato y, por lo tanto, a todos los derechos y obligaciones que genera. Cada vez que nos encontramos ante un error o un engaño, que influya en la decisión libre de celebrar un negocio en determinadas circunstancias, estamos ante un vicio del consentimiento.

Por su parte, el fundamento de la carga estructural de información es distinto. Consiste en que el conocimiento de ciertas circunstancias es relevante para la ejecución de la prestación debida. Estas circunstancias son de conocimiento del acreedor quien, para poder ejecutar su crédito, debe comunicarlas al deudor. De no informarlas el acreedor al deudor, el incumplimiento de éste debe imputarse a aquél.

Este es el caso, por ejemplo, del artículo 185 del Código de Comercio, que establece que «aun cuando el cargador no sea propietario de las mercaderías, sufrirá las pérdidas y las averías de ellas siempre que en la redacción de la carta de porte les hubiere atribuido una distinta calidad genérica de la que realmente tuvieren». La información sobre la calidad de las mercaderías

---

[223] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 113.

[224] FLUME, WERNER, *El negocio jurídico*, trad. J. M. Miquel y E. Gómez, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 475.

es necesaria para que el deudor, en este caso, el transportista, pueda cumplir su obligación de custodia y conservación de las mercaderías[225]. Por ejemplo, si las mercaderías fueren perecibles, o pudieren dañarse por altas temperaturas, y tales circunstancias no se comunican al transportista, no se le puede imputar el daño a las mercaderías y su consiguiente incumplimiento de la obligación de custodia. Por lo tanto, la ley reconoce una carga de información sobre el acreedor. De incumplirse esta carga, el derecho del cargador a ser indemnizado por los daños a las cosas, pierde su eficacia.

Pero estimamos que el incumplimiento de esa carga no es suficiente para requerir la nulidad del contrato. Señala Vial del Río que «la irrestricta aplicación del dogma de la voluntad llevaría necesariamente a concluir que cualquiera forma de error invalidaría el acto en que incide, pues la errada representación de la realidad hace que la víctima declare algo distinto de lo que habría declarado de no mediar el error. Sin embargo, no puede desconocerse que de primar este concepto la seguridad y certeza de las relaciones jurídicas se tambalearían peligrosamente»[226].

Por esta razón, el legislador señala cuáles hipótesis de error son jurídicamente relevantes, al afectar decisivamente a la voluntad. Es decir, para que determinada circunstancia sea constitutiva de un error capaz de viciar el consentimiento, debe ser de aquéllas expresadas en la ley.

En nuestro ejemplo del artículo 185 del Código de Comercio, el desconocimiento del transportista acerca de las cualidades del objeto transportado no puede considerarse error sustancial, pues no recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato. Se trata, más bien, de un error accidental de aquéllos que no vician el consentimiento.

En consecuencia, tal información es irrelevante desde la perspectiva de la formación del consentimiento. Pero en cuanto la misma información es necesaria para el cumplimiento del deudor, se transforma en relevante desde la perspectiva de las cargas del acreedor.

En conclusión, no es asimilable la carga de información con la necesidad de que el consentimiento se haya otorgado exento de vicios. La primera consiste en aquellas comunicaciones necesarias para que el deudor pueda satisfacer la obligación. Su incumplimiento trae como consecuencia la atribución de la insatisfacción de la obligación al propio acreedor, cuyo crédito se hace ineficaz. En cambio, el error supone una influencia de-

[225] El artículo 199 del Código de Comercio dispone que «el porteador es obligado a la custodia y conservación de las mercaderías en la misma forma que el depositario asalariado».

[226] VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edic., Santiago, Chile, 2003, p. 83.

cisiva en el conocimiento de la realidad por parte de un contratante, o ambos. Este conocimiento errado de la realidad debe afectar el consentimiento de manera jurídicamente relevante, pues no todo error vicia el consentimiento. El efecto de un error de tal entidad es entender que la parte afectada no ha querido consentir en el acto de la forma que tal acto ha resultado. El acto o contrato es, por consiguiente, un acto o contrato viciado, que podrá declararse nulo.

No obstante, puede ocurrir que una misma información pueda considerarse requisito de un consentimiento libre de vicios y, a la vez, carga del acreedor. En tal caso, la ausencia de información deberá considerarse, primero, como vicio del consentimiento. Esto se debe a que es irrelevante la discusión de las cargas que gravan al crédito, si el mismo crédito es inválido.

6. Límites de las cargas

Para hablar de las limitaciones a las cargas, es necesario distinguir, nuevamente, entre cargas estructurales y no estructurales. Esto se debe a que el ámbito jurídicamente posible de las cargas viene dado por la naturaleza de las mismas. Luego, por la fuente de creación de cada una de ellas.

6.1. Límites de las cargas estructurales

La pregunta en torno a los límites implica averiguar si, aduciendo a la estructura negocial, se pueden reconocer todo tipo de cargas, dirigidas a la consecución de la obligación. En otras palabras, si es lícito que se impongan al acreedor todo tipo de cargas, en razón de entenderse generalmente que ciertas conductas necesarias para el cumplimiento de la obligación son de parte del acreedor.

La respuesta a este interrogante se encuentra en la misma pregunta. El límite de las cargas estructurales está en el propio tipo contractual, pues éste sirve para señalar las formas precisas en que la colaboración del acreedor debe prestarse en casos concretos. La buena fe no es la fuente de tales cargas, sino el principio que determina su extensión. De este modo, Betti señala que la buena fe consiste en un «compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte *en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria que se trate*»[227].

[227] Betti, E., *Teoría general... op. cit.*, v. 1, p. 102.

El reconocimiento de cargas estructurales no debe contradecir la configuración misma del tipo de relación obligatoria. Esta configuración puede derivarse de la ley que reconoce un cierto modelo de relación obligatoria como, por ejemplo, un contrato típico o nominado. O bien, puede desprenderse de la voluntad clara de las partes al configurar la relación contractual.

De este modo, no puede alterarse la estructura misma del negocio creado por el legislador o las partes. La utilización del principio de buena fe no es ilimitada[228].

En lo que respecta a las cargas estructurales de información, ellas no sólo se ven limitadas por lo que hemos señalado hasta ahora. Como dijimos en su momento, también se encuentran limitadas por la consideración de los vicios del consentimiento. Así, las cargas de información sólo podrán configurarse en la medida en que la información requerida, al momento de celebrar el contrato, no pueda considerarse como necesaria para que el consentimiento se exprese exento de vicios. En este caso, más que frente a una carga de información, nos encontraremos ante un caso de error.

En síntesis, el límite a la imposición de cargas estructurales se encuentra en la estructura misma del contrato, que a la vez es fuente de ellas. La buena fe actuará como mecanismo de interpretación para determinar la extensión de tales cargas.

6.2. Límites de las cargas no estructurales legales

Como hemos dicho, las cargas no estructurales pueden ser establecidas por ley o por pacto contractual. En consecuencia, sus límites vendrán dados por los límites propios de la ley o las partes al crear mecanismos que funcionen como límite a la tutela crediticia.

En principio, es difícil probar la existencia de restricciones a la imposición de cargas no estructurales legales. Como decíamos, tales limitaciones vienen dadas por las posibilidades mismas de las fuentes de las cargas. En el

[228] DE LOS MOZOS, J., *op. cit.*, p. 69, señala que «los verdaderos límites externos de la buena fe se dan cuando, por razón de la materia, interviene la aplicación del principio de orden público, sentido que hay que dar a la imposición que viene determinada por una norma de derecho estricto». Sin embargo, explica que no hay que limitar el terreno de actuación de la buena fe al *ius dispositivum*. Propone, siguiendo a Esser, Larenz y Clemente de Diego, que debe entenderse por normas de orden público «las que en conexión inmediata con las bases fundamentales que constituyen el orden social, de tal modo miran a la utilidad o interés de la comunidad, que se imponen incondicionalmente a la voluntad de los particulares, y se sustraen a su iniciativa, siendo inderogables por ellos». Se trata, por consiguiente, de un concepto más restringido que el de norma imperativa.

caso de las normas legales, ellas sólo pueden verse afectadas por otra norma legal posterior que las impidan, o bien, por la Constitución Política. Pero es difícil que una regla legal limite a otra que impone cargas. Como sabemos, las normas legales vigentes no afectan la posibilidad del legislador de crear nuevas normas que contengan cargas. Podría ocurrir que nuevas normas legales, inconciliables con leyes que determinen el contenido de un tipo contractual, derogasen las cargas señaladas en tales tipos. Sin embargo, tal hipótesis es improbable y de incierta determinación.

Más interesante resulta la posibilidad de limitar la imposición de cargas a través de la regulación de tipos contractuales, que serán adoptados posteriormente por las partes, por vía constitucional. Esto ocurre pues entendemos que el legislador puede afectar algún derecho constitucional al imponer cargas que alteren de manera grave el equilibrio contractual. Puede estimarse, para este caso, que la desigualdad de la regulación imperativa de un tipo contractual sea atentatoria contra el derecho a no ser discriminado arbitrariamente en materia económica, y al derecho de igualdad. Esto se debe a que el legislador no debe alterar la regulación de un tipo contractual de manera que lesione la justicia distributiva. Esto ocurrirá en la medida que se afecte gravemente la posición de acreedor por medio de la imposición de cargas, de manera tal que quienes realizan determinada actividad económica sufran un menoscabo importante en las utilidades que esperan legítimamente de esa actividad. Las cargas deberán constituirse en gravámenes arbitrarios, que no respondan a razones suficientes para su imposición[229].

Una situación distinta tendría lugar si el legislador impone cargas legales que afecten contratos en curso. Se trataría de una violación a la intangibilidad del contrato, lo que implicaría una transgresión del artículo 19 n.° 24 de la Constitución Política de la República[230].

---

[229] FERMANDOIS VÖRINGHER, ARTURO, *Derecho constitucional económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, v. 1, p. 209, sostiene que «sería discriminación económica arbitraria aquella acción del Estado que confiere beneficios o impone gravámenes, apreciables en dinero, a grupos de sujetos incorrectamente agrupados en relación al fin de la norma, por efecto de una deficiente apreciación de los elementos esenciales que los vinculan».

[230] LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª edic., Santiago, 2001, p. 283, cita la sentencia de 8 de septiembre de 1995, «la cual acogió el recurso de inaplicabilidad de Endesa S.A., según el cual los nuevos artículos 99 y 99 bis de la Ley General de los Servicios Eléctricos (DFL n.° 1) infringen el artículo 19 n.° 24 de la Constitución *al regular un contrato de manera diversa a lo pactado por los contratantes*. La Excma. Corte Suprema ha insistido en su postura sobre propiedad de los derechos personales emanados de los contratos (*Fallos del Mes*, N.° 442, pág. 1184)». Véase también

Por lo demás, «en conformidad al artículo 22 inciso 1 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, *en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*. Por lo cual las normas legislativas sobre contratos únicamente empecen a los contratos que se celebren después que la respectiva ley entre en vigor»[231].

En consecuencia, consideramos que las limitaciones relevantes a la imposición de cargas no estructurales legales tienen lugar a propósito de dos circunstancias. Primero, la discriminación arbitraria que pueda suponer el establecimiento de las mismas, en razón de la grave alteración del equilibrio contractual por medio de la imposición de cargas al acreedor que disminuyan en forma relevante los beneficios que supone esta posición jurídica. Lo anterior, siempre que no exista justificación racional suficiente. Esto constituiría una contravención al artículo 19 n.° 22 de la Constitución Política de la República. En segundo lugar, el legislador no debe contravenir el principio de la intangibilidad del contrato, es decir, alterar las reglas de contratos en curso, por medio de la imposición de cargas. Lo anterior conculcaría el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 19 N.° 24 de la Constitución Política de la República.

6.3. Límites de las cargas no estructurales convencionales

a) Las buenas costumbres

La libertad de configuración interna de los contratos, cuyo fundamento es la autonomía de la voluntad, permite que las partes acuerden libremente el contenido de sus relaciones obligatorias. Estas relaciones obligatorias se componen de obligaciones y créditos, pero también de situaciones secundarias, como son las cargas.

No obstante, la autonomía de la voluntad no es ilimitada. Aun cuando pueda sostenerse que este principio supera la jerarquía legal, reconociéndole fundamento constitucional en los artículos 19 N.° 21 y 23 de la Constitución Política de la República, la ley puede limitar sus efectos. Esto se debe a que, por medio de la libre concreción de contratos, pueden afectarse otros derechos constitucionales[232].

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, «Fundamentos constitucionales del derecho de los contratos: intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe», en Corral, Hernán y Acuña, Guillermo (edits.), *Derecho de los Contratos*, Cuadernos de Extensión Jurídica 6 (U. de los Andes), Santiago, 2002, pp. 17-46.

[231] LÓPEZ SANTA MARÍA, J. *op. cit.*, p. 283.

[232] Sostiene DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, «Aspectos de la constitucionalización del Derecho civil chileno», en *RDJ*, t. 93, n.° 3, Sección Derecho, p. 135, que la libertad negocial

En consecuencia, la ley puede establecer límites al contenido de la relación contractual. Esto significa que el contrato no puede tener cualquier contenido, es decir, no puede tener cualquier objeto. De este modo, la ley distingue cuáles objetos son lícitos de pactar, y cuáles ilícitos. Sin embargo, la determinación de lo que es lícito o ilícito que las partes acuerden, no puede ser una enumeración estática de circunstancias. Primero, porque no podría establecerse una lista de objetos lícitos, ya que éstos son infinitos y dependen de la imaginación y necesidades de las partes. Además, atentaría gravemente contra la autonomía de la voluntad. Pero tampoco de objetos ilícitos, pues las cláusulas reprochables van evolucionando con la misma rapidez que evolucionan los negocios.

Por esto, es necesario que el Derecho recurra a otro orden normativo, uno más dinámico, que impida la obsolescencia de las normas sobre objeto ilícito. Entendemos que ésta es la razón por la cual el legislador recurre a la moral y a las buenas costumbres. Así, «podemos decir en términos generales que es ilícito el objeto cuando éste consiste en la ejecución de un hecho que atenta contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, ya que el reproche de ilicitud se formula específicamente en consideración al hecho que constituye el objeto del acto»[233].

De todos estos criterios de valoración, estimamos que el de buenas costumbres permite un control más preciso de la libertad contractual. Para estos efectos, se entiende por buenas costumbres aquellos valores vigentes en la sociedad respecto de lo que se considera correcto o incorrecto al celebrar un negocio. Ahora bien, resulta que nuestra idea de corrección o incorrección, se verá influida por las valoraciones presentes en el mismo ordenamiento jurídico. En consecuencia, la valoración social vuelve a convertirse, en cierto modo, en una valoración jurídica. Por consiguiente, un negocio jurídico contravendrá las buenas costumbres «cuando niegue los valores a cuya realización, según la convicción jurídica vigente, está llamado el Ordenamiento jurídico, de modo que el reconocimiento del negocio que niegue esos valores sea inconciliable con el sentido y la misión del Derecho»[234].

Esta contravención a las buenas costumbres la encontramos en la reglamentación del negocio jurídico que realizan las partes. Por lo tanto, se si-

---

«va envuelta en la libertad económica reconocida por la Constitución, como modo técnico de llevarla jurídicamente al efecto». En cuanto a los límites de la autonomía de la voluntad, señala que «sólo cuando las libres formas contractuales infringen otras garantías o principios constitucionales de mayor entidad pasan a ser ilícitas y allí es propio que el legislador las limite o incluso las impida».

[233] VIAL, V., *op. cit.*, p. 165.

[234] FLUME, W., *op. cit.*, pp. 437-438.

túa temporalmente al momento de celebrar el contrato. No obstante, la determinación de la infracción no es absolutamente objetiva, es decir, no mira solamente al examen de las reglas contractuales. Por el contrario, es necesario tener en cuenta la intención probable de las partes, pues tal voluntad ayudará a determinar el sentido ilícito de las cláusulas. Por todo esto, señala Flume que la contradicción del negocio con las buenas costumbres no depende únicamente del contenido del negocio jurídico, sino de la síntesis de contenido, motivo y fin[235].

Como hemos venido sosteniendo, las posibilidades de infracción a las buenas costumbres son infinitas. Sin embargo, pueden distinguirse algunos tipos de común ocurrencia. De entre ellos, y en lo que respecta al pacto de cargas del acreedor, destaca la ilicitud en que incurre el que «explotando un poder o una situación de monopolio, se libera de responsabilidades que usualmente le correspondan. Esto tiene especial importancia en las cláusulas de exención de responsabilidad en las condiciones generales de los contratos»[236]. El anterior ejemplo se conecta con la creación de cargas, pues su efecto es inhibir la exigibilidad del crédito, de manera transitoria o permanente. Por esto, podría estimarse que, en los hechos, tiene un efecto similar a la exención de responsabilidad del deudor.

El pacto de cargas del acreedor puede entenderse considerado en esta hipótesis, pues la carga tiene como efecto hacer imputable al acreedor el incumplimiento del contrato. Así, el deudor resulta liberado de su responsabilidad y, de este modo, se exonera de la misma. Sin embargo, no todas las hipótesis de pacto de cargas serán ilícitas, pues la sola estipulación de la exoneración de responsabilidad del deudor no basta.

Ya hemos justificado que es necesario recurrir al motivo y fin del pacto de la cláusula. Ahora bien, en razón de que no tenemos acceso al fuero interno de las partes, debemos averiguar el motivo y fin de la cláusula a partir de elementos externos. Nuestra opinión es que, en primer lugar, debemos recurrir a la racionalidad del pacto de la cláusula exoneratoria. Si es posible justificar racionalmente su existencia, entonces es poco probable que la finalidad de la misma haya sido obtener una ventaja indebida. La razón del pacto de esta cláusula podría encontrarse, por ejemplo, en las necesidades propias del negocio jurídico que se pacta, o en la posibilidad de realizar la actividad económica de la que un contrato particular es expresión.

---

[235] *Ibid*, pp. 439-440.

[236] *Ibid*, p. 444.

Pero también serán relevantes las circunstancias del negocio jurídico concreto, pues «negocios jurídicos del mismo contenido pueden ser, según las circunstancias, contrarios a las buenas costumbres o válidos»[237].

En síntesis, el pacto de una carga, cuando no se encuentra funcionalmente justificado, puede considerarse que tiene objeto ilícito por contravenir las buenas costumbres, pues su efecto práctico puede equipararse a la liberación de responsabilidad del deudor. Para la determinación de la licitud o ilicitud del pacto, deberá tenerse presente su racionalidad y las circunstancias concretas del acto[238].

b) Cargas como cláusulas abusivas

b.1) Posibilidad de considerar una carga como cláusula abusiva

La regulación de las obligaciones contractuales, heredada por los Códigos decimonónicos de la tradición del Derecho Común, fue concebida para una economía primordialmente agraria y artesanal. Como sabemos, la revolución industrial, la producción en serie, el acceso masivo a bienes de consumo y el desarrollo del sector económico de los servicios, han tenido como resultado la generalización de la contratación en masa. Este fenómeno no habría sido posible sin el surgimiento de dos categorías contractuales: los contratos por adhesión y los contratos tipo[239]. Lo anterior ha provocado un cambio profundo en el Derecho Civil, de suerte que es difícil sostener que el Derecho del Consumidor y las cláusulas generales de la contratación sean situaciones excepcionales frente al contrato li-

---

[237] *Ibid*, p. 445, ilustra esta aseveración diciendo que «la cuestión del ataque a las buenas costumbres por un contrato de garantía, por ejemplo, depende por regla general de la situación patrimonial en que se encuentre quien preste la garantía. La nulidad de un testamento que ponga en peligro a los herederos legítimos puede depender de la relación de proximidad en ver que se hallen éstos respecto del causante. Es contrario a las buenas costumbres, como se ha dicho ya, la explotación de una situación de monopolio y en general de una posición de poder».

[238] *Vid infra* «elementos para reconocer si una carga del asegurado es abusiva», p. 351.

[239] DE LA MAZA GAZMURI, ÍÑIGO, *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?* en www.econmeetings.cl/pdf/sesion16.pdf (consultado el 22 de diciembre de 2003), pp. 4-11, explica que «las razones que justifican la ubicuidad de este fenómeno en las sociedades modernas» estriban en los «costos de celebrar contratos en forma masiva» y «en la estructura interna, jerarquizada y verticalizada de las empresas». Entre los peligros que derivan de esta práctica, está el uso de cláusulas abusivas (véase también DE LA MAZA GAZMURI, ÍÑIGO, «Contrato de adhesión y cláusulas abusivas» en *Revista Chilena de Derecho Privado,* N.° 1, Diciembre (2003), p. 119).

bremente discutido. Más bien, la realidad del tráfico económico sugiere lo contrario[240].

Esta nueva realidad contractual ha generado la necesidad de crear nuevos mecanismos de control de licitud de las estipulaciones contractuales. Así, lo que antes era lícito para los contratos libremente discutidos, no lo es para los contratos por adhesión[241]. Esto se debe a que la forma de manifestar el consentimiento es radicalmente distinta. En los contratos por adhesión, el adherente difícilmente examina las condiciones del contrato, y es racional que no lo haga[242]. Por esto, la confianza depositada en el adherente es mayor que la confianza depositada en la contraparte de un contrato libremente discutido. Esto genera que la exigencia de buena fe sea de distinta naturaleza en los contratos de adhesión, lo que acarrea consecuencias respecto a la licitud de los pactos en ellos contenidos.

---

[240] Sostiene DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit.*, p. 57, que «todos estos datos provocan, como antes decía, una erosión en la teoría tradicional de las obligaciones y la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo a través de unos principios generales y de unas directrices también nuevas a la problemática económico-social de aquellos hechos que no pueden ser resueltos con los antiguos moldes normativos». A este respecto, resulta sugerente que en la reforma al BGB se haya integrado el «derecho de consumo contractual» alemán al Código (ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB», en *ADC*, LV fasc. III, (2002), p. 1151).

[241] Señalan TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO y VALDIVIA OLIVARES, JOSÉ MIGUEL, *Contrato por adhesión. Ley n.° 19.496*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 107-108, siguiendo a Claro Solar, que «en el contrato libremente discutido, las reglas que determinan la responsabilidad del deudor por la culpa en que pueda incurrir en la ejecución del contrato pueden ser modificadas por los pactos expresos de las partes. Salvo los casos expresamente prohibidos por la ley, son válidas las cláusulas eximentes de responsabilidad por incumplimiento total o parcial del contrato, las que aumentan o disminuyen el grado de responsabilidad, las que limitan el monto de la indemnización y las que reducen el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria». Sin embargo, los autores aclaran que la doctrina ha desconfiado de estas prácticas pues, según la cita de los autores a Viney, la estipulación de irresponsabilidad produce el mismo efecto práctico que descargar a una parte de su obligación.

[242] DE LA MAZA, *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué... op. cit.*, p. 20, explica que «aun si los consumidores actúan racionalmente, la lectura de un contrato por adhesión puede no resultar eficiente». Esto se debe a que «la cantidad de recursos que deberían invertir los consumidores en leer y comprender los términos de un contrato por adhesión es superior al beneficio que este les produce». Por estas razones, los consumidores estiman más racional ignorar las cláusulas contractuales, y confiar en que han sido redactadas por un comerciante preocupado de cuidar su reputación. Es esta situación la que provoca la existencia de una especial buena fe, que consiste en la confianza de los consumidores de que el contrato incluirá las condiciones acostumbradas según los usos comerciales.

El reconocimiento a este diverso grado de confianza y buena fe presente en los contratos de adhesión se ha traducido en el surgimiento de un nuevo concepto para el control de la licitud de las cláusulas de tales contratos. Este concepto es lo que conocemos como cláusula abusiva.

La doctrina señala cuáles son los criterios que sirven para identificar cuándo una condición general de la contratación es ilícita. Así, Luis Díez-Picazo señala, en primer lugar, que son ilícitas todas aquellas cláusulas que tienen en común permitir a una de las partes configurar a su arbitrio parte del contenido de la relación obligatoria, como, asimismo, las exenciones de responsabilidad contractual en que se incurra por dolo, culpa o morosidad. En segundo término, propone que las desviaciones del contrato a la regulación dispositiva del tipo contractual, es un indicio de que la cláusula divergente es una cláusula abusiva. Finalmente, la buena fe, entendida ahora como «lo que el otro contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante»[243].

Son los tribunales de justicia los que, a partir de estas directrices, están llamados a la determinación del concepto de cláusula abusiva, para cada caso concreto. Para ello, deberán tener presentes, además, las «ventajas o derechos que la ordenación atribuya al predisponerte y las obligaciones y cargas a que, para el ejercicio de sus derechos, se sujete al adherente (p. ej., plazos muy breves para reclamar, caducidades perentorias, etc.)»[244].

Por lo tanto, toda condición general de la contratación, que tenga como consecuencia un desequilibrio relevante en la relación obligatoria, y que haya sido adoptada unilateralmente por una de las partes, desviándose de los usos comerciales normales, y defraudando la confianza del adherente en la incorporación al contrato de esos usos, puede considerarse cláusula abusiva.

En consecuencia, las cargas pactadas en contratos de adhesión podrán declararse cláusulas abusivas. Esto se debe a que su predisposición puede importar un relevante desequilibrio en las prestaciones de las partes[245]. Dicho desequilibrio tendrá lugar pues, como hemos sostenido, cuando se estipulen cargas para el acreedor que son, sustancialmente, reglas de respon-

---

[243] DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 378-379.

[244] *Idem*.

[245] BAMBACH SALVATORE, MARÍA VICTORIA, «Las cláusulas abusivas», en *Contratos*, E. Barros (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 51, destaca que el desequilibrio entre las prestaciones de las partes es un criterio central del concepto de cláusula abusiva. Así, sostiene que, «como primera aproximación, podemos decir que cláusulas abusivas son estipulaciones contractuales que entrañan un desequilibrio de las partes en la convención».

sabilidad contractual, que descargan al deudor de su obligación, para el caso en que el acreedor no ejecute lo que la carga establece[246].

Por todo esto, las cargas no estructurales convencionales pueden estimarse, en ciertas circunstancias, cláusulas abusivas. Así, sostiene Díez-Picazo que es típica cláusula abusiva «la imposición a los adherentes de obligaciones o de cargas que resulten exorbitantes o desproporcionadas. Por ejemplo, [...] establecer cargas para el ejercicio de sus derechos, carentes de función real y con la finalidad de obstaculización o imponer plazos para el ejercicio de la reclamación que resulten excesivamente rápidos»[247]. En el mismo sentido, Bambach sostiene que son cláusulas abusivas las que «afectan la reciprocidad de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos»[248]. En cuanto a las cargas, éstas afectan la reciprocidad de los contratos bilaterales, pues el incumplimiento de una carga tendrá como efecto la inexigibilidad del crédito de una de las partes, dejando subsistente el otro. El pacto de cargas genera, en consecuencia, una alteración al efecto normal de los contratos sinalagmáticos, como es la resolución por incumplimiento. Esto se debe a que la conducta incumplida se ha pactado como carga, no como obligación.

Podría estimarse que estas cargas infringirían el artículo 16 letra g) de la Ley N.° 19.946, que establece una regla general de ilicitud de las cláusulas abusivas[249].

b.2) Sanción

El efecto del pacto de cargas abusivas es la nulidad parcial. En primer lugar, porque tal es la consecuencia que se desprende de la regulación de la

---

[246] No debemos perder de vista que el desequilibrio en las prestaciones no es suficiente. Es necesario, además, que las cargas sean pactadas como cláusulas abusivas. Lo anterior supone que su inclusión en el contrato de adhesión responda a una desviación de los usos normales del comercio, o bien, de las normas dispositivas del respectivo tipo contractual, o bien, que hayan sido adoptadas unilateralmente o, finalmente, se hayan acordado abusando de la confianza del adherente. Este último criterio es especialmente relevante, pues facilitará el reconocimiento como cláusula abusiva de una estipulación que genere un excesivo desequilibrio, lo que en sí mismo supondrá, usualmente, un abuso de confianza.

[247] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción... op. cit.*, p. 382.

[248] BAMBACH, M., *op. cit.*, p. 55.

[249] El artículo 16 g) fue introducido por la Ley N.° 19.955, de 4 de julio de 2004, que modifica la Ley de Protección al Consumidor. Esta letra establece, en lo pertinente, que «no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que, en contra de las exigencias de buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen».

Ley n.° 19.496[250]. En segundo lugar, pues tratándose de las cláusulas abusivas anulables por considerarse que atentan contra las buenas costumbres, la nulidad parcial también es la opción adecuada[251]. Esto debido a que, usualmente, eliminada la o las cláusulas abusivas, el contrato encuentra su equilibrio.

Pero aun cuando esto último no ocurra, una solución como la que contenía el artículo 10 de la Ley General para la Protección de los Consumidores y Usuarios española es inconveniente[252]. Esto se debe a que, una vez eliminadas las cláusulas abusivas, y si tiene lugar la situación de desequilibrio descrita en el precepto legal, es posible que «el adherente se vea obligado a elegir entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación o su invocación, o bien, soportar la ineficacia total del contrato, con la secuela de la pérdida del bien o servicio que necesitaba [...] Tal vez por ello, la solución en materia de condiciones generales de la contratación deba ser la nulidad parcial sin excepciones»[253].

En conclusión, las cargas pactadas en contratos de adhesión, que supongan un desequilibrio relevante en la relación contractual, pueden estimarse cláusulas abusivas. Lo serán ya sea que se consideren incluidas en la hipótesis del artículo 16 e) de la ley 19.496, o bien, sea que se estimen contrarias a la buena fe y buenas costumbres. Su sanción será la nulidad parcial por objeto ilícito.

---

[250] *Ibid*, p. 164, señalan que «los términos empleados por la Ley permiten concluir que la nulidad por regla general sólo afecta a las cláusulas abusivas o a las que han vulnerado las reglas formales, y por consiguiente, no obstaría a que en la parte no afectada el contrato permanezca eficaz». Luego de la reforma introducida por la Ley 19.955, de 14 de julio de 2004, esta consecuencia se desprende con toda claridad de los artículos 16 y 16 A.

[251] Estimamos que la solución de la nulidad parcial está reconocida en nuestro Derecho. Así, sostiene VIAL, V., *op. cit.*, p. 275, que «nuestro Código Civil no contiene una norma que solucione expresamente el problema de la invalidez parcial. Sin embargo, pueden citarse varios casos en que el Código hace aplicación del principio de la no extensión de la invalidez a todo el acto jurídico».

[252] Ley 26/1984, de 19 de julio. El artículo 16 disponía que «cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo». Actualmente, la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios incorpora las modificaciones introducidas por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Luego de esta reforma, se entiende que la invalidez sólo afecta a la concreta condición abusiva, DURÁN RIVACOBA, RAMÓN, «La nueva ley española sobre las condiciones generales de la contratación», en H. Corral (edit.), *Derecho del consumo y protección al consumidor: estudios sobre la ley N.° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión Jurídica 3 (Universidad de los Andes), Santiago, 1999, p. 101.

[253] *Idem.*

c) El enriquecimiento sin causa

Es difícil sostener que el enriquecimiento sin causa pueda entenderse como una limitación al pacto de cargas. La interpretación en la doctrina nacional de «causa» como fuente de las obligaciones obsta a que el efecto de una carga no estructural incumplida pueda estimarse como una hipótesis de enriquecimiento sin causa.

Este instituto no está definido en nuestro Código Civil, siguiendo el ejemplo del Código Civil francés. Sin embargo, varias soluciones de nuestro Código Civil se inspiran en los principios de esta institución[254]. Por esto, se ha reconocido que el enriquecimiento sin causa es una institución inducible de nuestro ordenamiento jurídico[255].

La falta de definición legal del enriquecimiento sin causa no ha obstado a que exista un cierto acuerdo en la doctrina nacional acerca de cuáles son los requisitos para que nazca la acción de enriquecimiento[256]. Estos requisitos son: El enriquecimiento y empobrecimiento recíprocos, la carencia de causa, y la subsidiaridad de la acción *in rem verso*.

En cuanto a las cargas del acreedor, podría entenderse que existe un enriquecimiento sin causa de parte del deudor que, indirectamente, se ve liberado de su obligación. Ya hemos mencionado que, al tener las cargas el efecto de imputar al acreedor el incumplimiento de la obligación, hacen que su crédito se haga ineficaz. Ahora bien, tal efecto es diverso al de la resolución por incumplimiento, pues el efecto de la carga incumplida sólo hace

---

[254] FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, *El patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., 1997, Santiago, p. 309, ABELIUK, R., *op. cit.*, pp. 178-180.

[255] Sostiene BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, *Del enriquecimiento a expensas de otro. Sobre sus orígenes y evolución en el derecho chileno*, Inédito, Fundación Fernando Fueyo Lànerí, Santiago, 2002, p. 202, que «técnicamente en el *Código Civil* chileno se encuentra regulada una acción de enriquecimiento que asume una tradición jurídica de raíz romana, que no está vinculada a la sede de las *condictiones*, desenvuelta por los juristas de la escolástica española y por los autores del derecho natural racionalista». Para Barrientos, la pretensión de la acción es la restitución del enriquecimiento que ha obtenido una persona, producido por un hecho voluntario, siempre que no exista otra fuente de las obligaciones que permita obtener la restitución. En consecuencia, la acción de enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de las obligaciones.

[256] Así, FIGUEROA, G., *op. cit.*, p. 310, sostiene que estos elementos son «a) empobrecimiento y enriquecimiento correlativos; b) ausencia de culpa del empobrecido; c) ausencia de interés personal del empobrecido; d) falta de causa, y e) ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley (puesto que la acción *de in rem verso* es subsidiaria)». Por su parte, ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 180, indica que los requisitos son el enriquecimiento y empobrecimiento recíprocos, la carencia de causa y que la acción de *in rem verso* es subsidiaria.

ineficaz un crédito del contrato sinalagmático. No hace caer toda la relación obligatoria, con lo cual subsiste el crédito de la contraria.

Si entendemos que la causa de la obligación en un contrato sinalagmático es la prestación de la contraria, al hacerse inexigible ésta, desaparece la causa del contrato. Por lo tanto, la retención de lo que ha recibido el deudor que se ha visto indirectamente liberado, o bien, la posibilidad de éste de exigir su crédito correlativo, no tendría causa. El acreedor, cuyo crédito se ha vuelto ineficaz por haber incumplido la carga, podría intentar la acción *in rem verso* exitosamente, para obtener la devolución de lo que ha dado por el contrato, o bien, para impedir que la contraparte le exija su prestación[257].

En consecuencia, en el caso de un contrato bilateral en que uno de sus créditos se ha tornado ineficaz por el incumplimiento de una carga, el núcleo de la determinación de si existe o no enriquecimiento sin causa es, precisamente, la determinación del significado técnico de la expresión causa. Esto se debe a que es claro que existe un enriquecimiento de la parte que se ve liberada de cumplir su obligación, pero cuyo crédito subsiste, y que este enriquecimiento es correlativo al empobrecimiento de su contraparte en el contrato[258]. Debemos preguntarnos, entonces, si este desplazamiento patrimonial tiene o no justificación suficiente, y qué es lo que nuestra doctrina entiende por causa para estos efectos.

Veamos primero qué se entiende, para estos efectos, por causa en la doctrina chilena. Abeliuk señala que causa es «el antecedente jurídico que justifique el beneficio obtenido y el perjuicio sufrido»[259]. Según este autor, el derecho tolera enriquecimientos y empobrecimientos recíprocos, aun cuando puedan parecer injustos. Basta que exista una causa jurídicamente suficiente, no moralmente suficiente. «En consecuencia, no habrá lugar a aplicar la teoría del enriquecimiento injustificado si existe entre las partes una relación patrimonial, ya sea derivada de un contrato, de un hecho ilícito, o de la mera ley. De ahí que no puede prosperar la acción de *in rem*

---

[257] DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción... op. cit.*, p. 110, afirma que la acción de enriquecimiento injustificado «es de carácter personal que compete al empobrecido contra el enriquecido. Se admite, sin embargo, que la pretensión de enriquecimiento pueda ejercitarse no sólo por vía de acción, sino también por vía de reconvención. Más dudoso es que pueda constituir una excepción en sentido técnico, por cuanto que, al dirigirse a compensar el crédito demandado contra el del actor, la vía procesal parece ser la de la reconvención».

[258] *Ibid*, p. 101, señala que «existe, también, un enriquecimiento positivo cuando disminuye el pasivo del interesado. Por ejemplo: se paga o se extingue una deuda; se libera o cancela un gravamen, etc.».

[259] ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 181.

verso contra texto legal expreso, por muy injusto que pueda ser el enriquecimiento, pues la ley lo justifica[260]».

En el mismo sentido, Figueroa destaca que la justicia o injusticia del enriquecimiento no es relevante al momento de determinar si existe o no causa del desplazamiento patrimonial. Así, sostiene que «algunos autores han denominado a esta institución "enriquecimiento injusto"; pero preferimos la expresión "sin causa", pues el problema planteado no dice estricta relación con la equidad, sino con la falta de fuente de la obligación, con la falta de "causa eficiente"[261]. En consecuencia, «la circunstancia de que en esta institución del enriquecimiento sin causa la palabra "causa" signifique "causa eficiente", fuente de la obligación, y en cambio en la "causa del acto jurídico" esa palabra signifique "causa final" o "causa psicológica", y sea *tan sólo un requisito* de una fuente autónoma de obligaciones, es una razón más para que no pueda confundirse "causa del acto jurídico" con "enriquecimiento sin causa", como lo hacen algunos»[262].

Por consiguiente, no es posible afirmar, para los efectos de promover la acción de enriquecimiento sin causa, que el enriquecimiento del contratante que se libera de su deuda por el efecto de una carga incumplida, es incausado. La causa del enriquecimiento está en el pacto lícito de una carga, o en su reconocimiento por la ley o la buena fe.

Por otra parte, si entendiésemos que se trata de un enriquecimiento injusto, la solución debe ser atacar el objeto del pacto de la carga, si ella es una carga convencional, por vía de la declaración de nulidad de la carga. De este modo, el principio de subsidiaridad de la acción de enriquecimiento sin causa, impediría que fuese intentada, aun cuando pudiésemos considerar que ella estuviese justificada[263].

En lo que respecta a la justicia material de esta solución, estimamos que es adecuada. Si tenemos en cuenta el sentido práctico de la carga, esto

---

260 *Idem.*

261 FIGUEROA, G., *op. cit.*, p. 311.

262 *Ibidem*, p. 312.

263 Así, DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción... op. cit.*, p. 106, entiende que «el fundamento de la restitución de las prestaciones realizadas en ejecución de un contrato nulo o de un contrato anulado o de un contrato bilateral resuelto por incumplimiento» se encuentra en la *conditio* de prestación, que es una de las acciones dirigidas a reclamar la restitución del enriquecimiento injustificado. Señala este autor que la subsidiaridad de la acción de enriquecimiento sin causa no encuentra apoyo en ninguna razón de fondo en el Derecho español, y que es perfectamente posible concebir un concurso de acciones con otras que persigan la misma restitución (p. 105). Nosotros estimamos, siguiendo a BARRIENTOS, J., *op. cit.*, pp. 129-130, que el reconocimiento del enriquecimiento sin causa en nuestro Código Civil es más restringido. Esto se manifiesta en que

es, hacer imputable al acreedor el incumplimiento de su propio crédito, no se ve razón por la cual deba perjudicarse al contratante por un hecho que le es ajeno. Si el contratante ha estado dispuesto a cumplir, pero no ha podido hacerlo por causa del acreedor, no es justo que se le prive de su crédito si, finalmente, su obligación se ha hecho imposible por un motivo atribuible al propio acreedor.

En consecuencia, es improcedente la acción de enriquecimiento sin causa a favor del acreedor cuyo crédito se ha hecho ineficaz por incumplimiento de una carga, para obtener la restitución de lo dado por el contrato, o bien, para impedir que le sea exigida su obligación. Esto se debe a que debemos entender por causa la fuente del enriquecimiento, y ésta se encontrará en la ley o el contrato. La inexigibilidad del crédito recíproco no afecta la subsistencia del crédito del deudor favorecido con el efecto de la carga, pues la causa no debe entenderse como causa del contrato, sino como fuente de la obligación.

7. Fundamentos de la imposición o pacto de cargas del acreedor

Nuestra intención en este apartado es dilucidar las razones prácticas por las cuales la ley y las partes se interesan en la creación de cargas del acreedor. Estas razones están estrechamente vinculadas a los efectos de la inejecución de las cargas y la especial manera en que ese efecto se logra por medio de esta figura.

Ya hemos anticipado que nuestra tesis consiste en que las cargas tienen como resultado práctico hacer imputable al acreedor el incumplimiento del deudor. Esto se logra de diversas maneras, dependiendo de la fuente de las cargas.

Así, en lo que respecta a las cargas estructurales, el efecto de la carga inejecutada consiste en la pérdida temporal o definitiva del derecho del acreedor. Este derecho es temporalmente inexigible mientras no se ejecute la carga. Sin embargo, la inexigibilidad de la obligación puede volverse definitiva, con lo que ésta se extingue, pues transcurre la época en que la obligación podía ser exigida, sin que lo haya sido por una causa imputable al propio acreedor. La obligación se ha extinguido, y no genera responsa-

---

los casos en que el Código concede la acción de enriquecimiento expresamente, no responden a situaciones cuasicontractuales ni contractuales, cuasi delictuales o delictuales, o legales, sino que a hechos voluntarios de la persona que resulta obligada. De este modo, la acción de enriquecimiento sólo tiene lugar cuando el desplazamiento patrimonial se debe a un hecho voluntario, pero no si tiene su causa en alguna otra fuente de las obligaciones.

bilidad para el deudor ni afecta su crédito correlativo, si se trata de un contrato bilateral.

Con relación a las cargas no estructurales, su efecto propio es la pérdida del crédito, a través del pacto o la imposición de cierta conducta cuya inejecución acarrea la ineficacia del crédito. Tal presupuesto puede ir acompañado de un plazo, que usualmente será de caducidad[264]. El sentido de la imposición de este plazo es doble. En primer lugar, dar certeza al momento en que la conducta impuesta al acreedor es exigida. En segundo lugar, hacer ineficaz el crédito del acreedor una vez transcurrido el plazo. Se trata, en el fondo, de circunstancias donde el legislador valora la conducta del acreedor como necesaria para el cumplimiento del deudor.

Esta misma valoración puede ser hecha por las partes. Así, ellas pueden utilizar el mismo mecanismo expresado en el párrafo anterior, para constituir cargas. Específicamente, las partes se valdrán de plazos extintivos del derecho del acreedor, dentro de los cuales deben realizarse ciertas conductas impuestas como cargas.

En cuanto a la posibilidad de crear cargas, ésta dependerá de su fuente. Como hemos dicho, las cargas estructurales dependerán de la naturaleza misma del tipo contractual. Por su parte, pueden imponerse por ley cargas al acreedor siempre que no conculquen los derechos constitucionales que protegen la libertad económica, estableciendo desigualdades arbitrarias. Finalmente, las cargas no estructurales convencionales no pueden ser contrarias a las buenas costumbres, ni constituirse en cláusulas abusivas.

7.1. La carga como mecanismo de responsabilidad contractual

Pero, suponiendo que el tipo contractual, la ley, o las partes reconocen cargas válidas, ¿cuáles son las razones por las que el legislador o las partes pueden considerar conveniente la imposición de una carga al acreedor? ¿Qué ventajas tienen las cargas respecto de otros mecanismos de responsabilidad contractual?

En primer lugar, existen ciertas conductas necesarias en la relación obligatoria, cuyo cumplimiento es imposible exigir por medio de su imposición como obligación en sentido técnico. Pensemos en el caso del cantante que debe dar un concierto, y que depende para el cumplimiento de su obligación, de la conducta de los organizadores, quienes tienen que arrendar un recinto apropiado para que el cantante pueda cumplir su prestación.

---

[264] *Vid supra* «carga del acreedor y caducidad», p. 91.

Esta conducta no puede estimarse como una obligación, pues no es de la incumbencia del cantante el arriendo del local. Por lo demás, si se considerase una obligación de los organizadores, el efecto sería injusto. Sería necesario declarar la resolución del contrato, con lo que surgiría una alternativa para el cantante: o exigir el cumplimiento, cosa imposible una vez transcurrido el momento en que podía dar el concierto según su ocupada agenda, o pedir la resolución, lo que no le favorece, pues no se le puede devolver el concierto que no ha dado. Por su parte, la indemnización de perjuicios no podría corresponder a la obligación misma, pues ella se traduce en la resolución o en la ejecución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Los perjuicios supondrían otros daños, distintos de la prestación misma del contrato[265]. ¿Cómo hacer efectiva esta conducta inexigible como obligación? Ello se logra a través del reconocimiento de una carga. La conducta no es directamente exigible, como si se tratara de una obligación, pero sí lo es indirectamente, por la amenaza que supone para el acreedor el efecto de su inejecución.

7.2. Ventajas de la carga como mecanismo de responsabilidad susceptible de pactarse

El ejemplo anterior trata de una carga estructural, que puede derivar su existencia de la naturaleza del tipo contractual. ¿Cómo pueden hacer las partes para que se reconozca jurídicamente la necesidad de realizar una conducta para la factibilidad del crédito?

Pensemos en que las partes consideran la realización de cierta actividad, por parte del acreedor, como sustancial para que el acreedor pueda cumplir su obligación. Esta conducta es distinta de la obligación principal.

Sería inconducente que se le imponga esta conducta al acreedor como obligación, pues su efecto sería la posibilidad de exigir su cumplimiento forzadamente. Esto no sería de utilidad para el deudor, pues la ejecución forzada de tal conducta no es de su interés. Al deudor le interesa un mecanismo más efectivo, que imponga al acreedor la necesidad de actuar en el momento preciso en que sea relevante para el cumplimiento de la obligación. La ejecución forzada podría demorarse mucho tiempo, y quizás ni siquiera se trate de una conducta que pueda exigirse forzadamente.

---

[265] Así, BARAONA, J., *op. cit.*, p. 158, sostiene que «el artículo 1489 inc. 2.º permite al acreedor ejercer a su elección la resolución o la pretensión de cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios, lo que autoriza a sostener que son complementarios a la prestación».

Tampoco interesa al deudor la resolución como efecto del incumplimiento de tal conducta, pues si el acreedor no la realiza, el deudor no podrá ejecutar la obligación, con lo que nada se le restituirá. Tampoco le interesa la indemnización de perjuicios, pues la intención del deudor es obtener la ganancia íntegra que supone su parte en el contrato, incluida la plusvalía, aquello que el contratante entiende que gana con la ejecución del acuerdo[266]. La única forma de asegurar el resultado favorable al contratante, si éste depende para la realización de su prestación de una conducta de la contraria, es por medio del pacto de una carga.

La carga impondrá indirectamente al acreedor la necesidad de actuar a tiempo. De no hacerlo, no podrá exigir su crédito y deberá, de todos modos, cumplir su parte del contrato.

Otra ventaja de la carga es la determinación con claridad de circunstancias en las que puede estimarse que el incumplimiento de la obligación es atribuible a la conducta del acreedor. Así, las partes pueden tener claridad en que la no realización de cierta conducta incide necesariamente en la posibilidad de cumplir la obligación, pero puede ocurrir que el juez no lo tenga tan claro[267]. La existencia en la ley o en el pacto de una carga facilita al juez la determinación de la inexigibilidad de la obligación, sin necesidad de adentrarse en complejos exámenes de imputación del incumplimiento. Tampoco será necesario reprocharle culpa a quien ha incumplido la carga, pues se trata de un criterio de atribución de responsabilidad sin culpa.

Esto trae, a su vez, un tercer beneficio, cual es la disminución del costo de la distribución judicial del daño. Señala Trimarchi que «esta reducción se puede realizar a través de la simplicidad de la regla de derecho: cuanto más simple sea el criterio que gobierna la responsabilidad contractual, y

---

[266] Si tal conducta se entendiera como deber accesorio, sería absurdo que se tasara el incumplimiento de tal deber accesorio en el mismo valor que el incumplimiento de la obligación principal, porque es el perjuicio efectivamente sufrido por el deudor que no puede cumplir su obligación por la inejecución de la carga del acreedor. Esto se debe a que los deberes accesorios sólo tienen como efecto la determinación de que el cumplimiento de la obligación ha sido imperfecto. En consecuencia, la exigencia de la conducta como deber accesorio tendría un resultado gravemente insatisfactorio para una de las partes.

[267] La tercera razón que propone FRIEDMAN, DAVID, *Law's order. What economics has to do with law and why it matters,* Princeton University Press, New Jersey, 2000, p. 147, para justificar la necesidad de regulación legal de los contratos, consiste en que aun si todos acuerdan que un contrato existe y que debe ser ejecutado, y todos están de acuerdo respecto de lo que dice, los contratos jamás dicen suficiente. No existe suficiente letra chica en el mundo para cubrir todas las posibles contingencias. Los contratos del mundo real cubren algunas contingencias, típicamente aquellas que los redactores estiman de posible ocurrencia, pero dejan vacíos para ser llenados por la corte.

cuanto más predecible sea la decisión del juez, tanto más se incentiva la composición extrajudicial de la litis, con evidente ahorro»[268]. En consecuencia, el pacto de cargas facilita la determinación de quien debe soportar el riesgo del incumplimiento del contrato, con la siguiente disminución de costos de transacción.

Una cuarta ventaja de la carga es que permite atribuir el riesgo del incumplimiento del contrato a aquella parte que está en mejores condiciones de evitarlo. Esto se debe a que los contratantes tienen en vista cuál de ellos, en el caso concreto, está en mejores condiciones de prevenir el incumplimiento del contrato. Por lo tanto, «un contrato eficiente usualmente atribuirá la pérdida asociada con algo que va mal a la parte que controla ese específico algo»[269].

Esto resulta especialmente claro tratándose de la parte que tiene algún control sobre los medios de producción[270]. Según nuestra opinión, también es claro respecto de quien controla la información necesaria para el cumplimiento del contrato. El costo de proveer tal información es mucho más bajo para el que maneja la información, que para el que la requiere. De este modo, es más eficiente un contrato que asigna el incumplimiento causado por la falta de información, a la persona que controla la información necesaria para la ejecución del contrato.

7.3. Desventaja de la carga

Estimamos que la imposición o estipulación de cargas del acreedor puede tener la desventaja de desincentivar al deudor a poner todo de su parte para prevenir el incumplimiento de la contraria[271]. Esto se debe a que la conciencia de que su crédito correlativo se verá satisfecho de todos modos, aun cuando no cumpla con su parte debido a la conducta del acreedor, puede llevar a que el deudor no se interese especialmente en la obtención del resultado buscado por el contrato. Lo anterior, debido a que su beneficio económico quedará intacto.

---

[268] TRIMARCHI, PIETRO, «Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale» en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, t. XXVI, (1970), p. 517.

[269] FRIEDMAN, D., *op. cit.*, p. 162.

[270] *Idem.*

[271] *Ibidem*, p. 168. A propósito de este punto, Friedman señala que «uno de los problemas de eliminar el riesgo moral por medio de la asignación del riesgo a una parte es que aumenta el riesgo moral de la otra, con el resultado de que, en la mayoría de los casos, la distribución eficiente del riesgo minimice la ineficiencia debida al riesgo moral pero no lo elimina... Una regla legal que me hace responsable por sus pérdidas debido a mi incumplimiento me da el incentivo correcto a no incumplir, pero le da a usted el incentivo incorrecto de confiar».

7.4. Recapitulación

En síntesis, las cargas del acreedor tienen efectos beneficiosos por los cuales la ley querrá imponerlas o las partes pactarlas. Entre estos efectos se encuentran permitir que ciertas conductas ineficazmente exigibles como obligaciones, pero relevantes para la relación negocial, tengan suficiente repercusión en cuanto a su incumplimiento. De esta manera, las cargas hacen indirectamente exigibles conductas que, de otro modo, no tendrían una conminación suficiente. Por otro lado, el pacto de una carga del acreedor permite aclarar situaciones en que las partes o la ley estiman que el incumplimiento de una obligación puede atribuirse al acreedor. Esto trae como consecuencia la simplificación de las reglas de responsabilidad, y el subsiguiente ahorro en la distribución judicial del daño. Por último, el pacto de cargas del acreedor permite, además, que las partes distribuyan eficientemente el riesgo de incumplimiento, atribuyéndoselo a quien está en control de tal riesgo. Pero esto tiene la desventaja de desincentivar la diligencia del deudor en orden a lograr que la parte acreedora cumpla su parte de la relación obligatoria.

8. Síntesis sobre la carga del acreedor

Si bien no puede sostenerse que la carga sea un concepto autónomo de aplicación general en el Derecho, ella tiene un significado preciso en el lenguaje jurídico. Éste consiste en que la carga es un gravamen inherente a una posición jurídica, que constituye un requisito necesario para el disfrute del beneficio intrínseco que tal posición jurídica supone.

Dentro del contenido pasivo de la relación obligatoria, se encuentra una figura cuyo significado técnico permite denominarla carga. La carga del acreedor es un elemento en virtud de cuya inejecución el deudor puede oponerse transitoria o definitivamente al cumplimiento del crédito gravado con la misma.

La autonomía dogmática de este concepto ha sido puesta en tela de juicio, dada la variedad de efectos atribuibles a la carga del acreedor y a la diversidad de elementos a los que la carga afectaría. Sin embargo, pensamos que el concepto de carga del acreedor es admisible si se comprende como una figura que afecta a la posición de una de las partes de la relación obligatoria, en cuanto acreedor. Además, el concepto es viable si se acepta que el efecto de la carga, esto es, la pérdida del crédito, puede lograrse a través de diversos mecanismos técnicos como la inexigibilidad temporal del crédito, la ineficacia por rescisión, el plazo extintivo o la caducidad. Por últi-

mo, es un concepto posible si se admite que las cargas pueden tener distinta naturaleza y fuente, pues pueden derivar del tipo y, por lo tanto, ser estructurales, o bien, pueden ser establecidas por ley o acordadas por las partes, y, en estos casos, ser no estructurales.

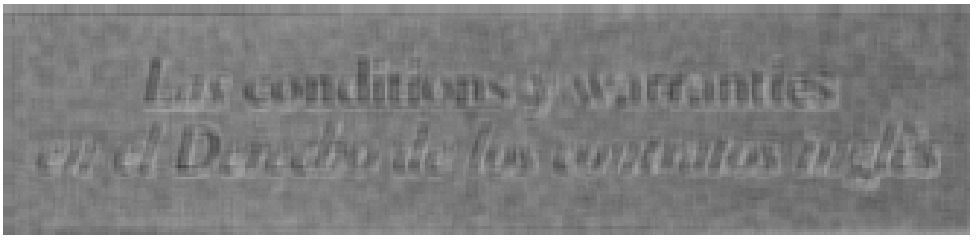
La carga del acreedor es una institución autónoma. No es una condición, pues el hecho de que la carga del acreedor pueda entenderse como un antecedente para la eficacia de un derecho, no significa que técnicamente pueda identificarse con esta figura. No es pacto comisorio, pues no siempre redunda en la extinción del contrato. No es derecho potestativo, pues la conducta que impone es más que una declaración unilateral que altera una mera facultad. No es un límite del derecho de crédito, pues no es ajena a la relación obligatoria, sino que está inserta en ella misma. No es un deber accesorio, pues su inejecución no redunda en el derecho a ser indemnizado, sino que afecta a una parte en cuanto a su posición de acreedor en la relación obligatoria. No es un deber de protección, pues no se trata de conductas que provocan daño al momento en que el deudor cumple, sino que precisamente evitan que esa oportunidad tenga lugar. Por último, la carga estructural de información no puede identificarse con el consentimiento exento de vicios, pues supone exigencias diversas en cuanto al contenido de la información requerida.

Finalmente, la ley y las partes tienen, en ocasiones, incentivos para establecer o pactar cargas del acreedor. Ello tiene lugar cuando existen deberes secundarios que son especialmente relevantes para la ejecución del contrato, cuya exigibilidad es ineficazmente lograda a través de la imposición o pacto de obligaciones o de deberes accesorios. Las cargas del acreedor hacen indirectamente exigibles conductas que, de otro modo, no tendrían una conminación suficiente. Esto es de especial interés para el contrato de seguros, pues, según veremos en la segunda parte de nuestro trabajo, este tipo contractual requiere la ejecución de conductas de colaboración por parte del asegurado que, sin corresponder a obligaciones principales, son decisivas para el correcto funcionamiento de la relación aseguradora.

En el capítulo siguiente, compararemos a las cargas del acreedor con términos contractuales característicos del Derecho de contratos anglosajón, las *conditions* y *warranties*. Este breve análisis comparado tiene como finalidad servir de antecedente para el estudio de estas cláusulas en el contrato de seguro, que serán comparadas en su oportunidad con las cargas del asegurado[272].

[272] *Vid infra* «las *conditions* y *warranties* en el Derecho de Seguros inglés», pp. 278-327.

II



1. NATURALEZA DE LAS *WARRANTIES* Y *CONDITIONS* COMO TÉRMINOS DEL CONTRATO

En el *Common Law*, al igual que en el Derecho continental, puede sostenerse, en principio, que los contratos crean derechos y obligaciones para las partes. Sin embargo, las conductas que se imponen por medio de las convenciones son establecidas a través de mecanismos que las exigen con diversa intensidad. En consecuencia, no todas las conductas que las partes deben realizar como consecuencia del contrato son propiamente obligaciones.

En el *Common Law* se distinguen dos géneros de deberes creados por los contratos. El primero consiste en aquellos deberes que imponen a las partes hacer lo que han acordado hacer. El efecto de este tipo de deberes consiste en que su contravención hace surgir para la contraparte el derecho a ser indemnizada, o bien, a exigir la ejecución forzada[1].

El segundo de estos géneros puede llamarse de los términos contractuales o condiciones del contrato[2]. Podemos entenderlas, en general, como afirmaciones de hechos cuya certeza se promete estrictamente. La diferencia con las obligaciones emanadas de los contratos es que no son ejecutables[3].

---

[1] ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, 5.ª edic., Oxford, 1995, p.168.

[2] *Ibidem*, p. 169.

[3] MCKENDRICK, EWAN, *Contract law*, Palgrave Macmillan, 5.ª edic., Hampshire, 2003, p. 181, ejemplifica la función de los términos de un contrato de la siguiente manera: «Supongamos que acuerdo vender mi bicicleta a mi vecino. Durante el curso de las negociaciones él puede hacerme varias preguntas sobre ella; cuántos años tiene, su tamaño, cuán seguido ha sido utilizada, si tiene equipamiento, y si es así, cuánto, y así sucesivamente. Pero el perfeccionamiento del contrato puede consistir simplemente en mi declaración: "yo

Las afirmaciones de hechos en que consisten estos términos o condiciones pueden ser: una afirmación respecto a un estado de cosas; una promesa de que algo ocurrirá o no ocurrirá en el futuro (aunque esto no dependa de la voluntad del promitente); o bien, una cláusula condicional. Podemos considerar que estas afirmaciones o promesas respecto a cierto estado de cosas son afirmaciones respecto de las cuales las partes se *comprometen*. Estos compromisos pueden hacer referencia a un estado de cosas actual o futuro. Este tipo de afirmaciones debe distinguirse de otras afirmaciones que puedan hacerse antes de la celebración del contrato. Ellas no son propiamente compromisos contractuales, pues no son parte de los términos del contrato, lo que no obsta a que se les puedan reconocer otro tipo de efectos como, por ejemplo, constituir una representación[4].

---

voy a vender mi bicicleta por £200" y su declaración "yo acepto". Es, sin embargo, altamente improbable que estas dos declaraciones sean tenidas como constitutivas de la totalidad del contrato». Estas declaraciones constituirán meras afirmaciones sin consecuencias jurídicas («nunca lamentará haber comprado esta bicicleta»), o bien, una representación fáctica o un término del contrato. La distinción relevante es entre representación y término, pues la representación errónea tiene consecuencias diversas que el incumplimiento de un término contractual. Tales diferencias pueden ser equiparadas, en principio, a las diferencias en nuestro sistema entre los efectos del error y del incumplimiento de deberes accesorios o la inejecución de cargas (p. 181).

[4] *Ibidem*, p. 184, apunta que las diferencias entre los efectos del incumplimiento de un término del contrato y de los casos de falsa representación o *misrepresentation*, son los siguientes:

En primer lugar, la extensión de los perjuicios. En el caso de que la afirmación sea considerada un término contractual, la parte inocente tiene derecho a ser puesta en el lugar en que se encontraría si el contrato hubiese sido cumplido (*expectation interest*). Si se trata de una falsa representación, la parte inocente tiene derecho a los perjuicios sufridos en virtud de su confianza en la representación falsa (*reliance interest*).

En segundo lugar, la relevancia de la distinción dice relación con la posibilidad de terminar el contrato. En el caso de la *misrepresentation*, la parte inocente siempre tiene la posibilidad de rescindirlo, con efecto retroactivo. En cambio, en el caso del incumplimiento de un término, el contrato sólo podrá resolverse si el término es una *condition* o un *innominate term* de relevancia suficiente. La resolución no tiene efecto retroactivo.

Al respecto, para saber si una determinada afirmación constituye un término del contrato, existen tres criterios desarrollados por la jurisprudencia inglesa.

En primer lugar, la verificación, que consiste en que si una parte sugiere a la otra que verifique por sí misma la verdad de la afirmación, tal afirmación no constituye un término. Por el contrario, si la parte inocente es disuadida de revisar la verdad de la afirmación, tal afirmación es un término.

En segundo lugar, la importancia de la afirmación, es decir, si fue lo suficientemente relevante para inducir a la celebración del contrato.

Por último, el especial conocimiento o habilidad que una parte pueda tener, que le permita reconocer las características del objeto, sin necesidad de ser advertida de ellas.

2. ENUNCIACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE *WARRANTIES* Y *CONDITIONS*

Los términos del contrato son, como hemos dicho, un tipo de deberes contractuales. Las especies que componen este tipo de deberes contractuales son los términos conocidos como *conditions*, *warranties* e *innominate terms*. La distinción entre unos y otros corresponde a los diversos efectos derivados de su incumplimiento.

La distinción entre *conditions* y *warranties* data de la *Sale of Goods Act* de 1893[5]. La expresión *condition*, en este sentido, consiste en un término del contrato, cuyo incumplimiento da derecho a la parte dañada a resolver el contrato, o a ratificarlo, pero en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios[6].

Por su parte, una *warranty* es un término del contrato cuyo incumplimiento no da derecho a resolverlo, mas da derecho a indemnización de perjuicios. La parte dañada puede hacer efectivo su derecho a perjuicios por medio de la disminución proporcional del pago del precio, si es que en ello consiste su obligación. Si los perjuicios son iguales o superiores al precio, entonces la parte dañada no debe pagar nada. Sin embargo, es necesario que la parte dañada no sólo pruebe el incumplimiento de la *warranty*, sino también la extensión de los perjuicios[7].

---

[5] *Ibidem*, p. 170.

[6] Según TREITEL, G. H., *The law of contract*, Thompson Sweet and Maxwell, 11.ª edic., Londres, 2003, p. 789, la expresión *condition* en el *Common Law* puede también designar el orden en que las obligaciones contractuales deben ser ejecutadas. En consecuencia, se distingue entre *concurrent condition* y *condition precedent*. De este modo, la ejecución de una obligación contractual por una parte puede ser condición precedente de la responsabilidad contractual de la contraparte.

La expresión *conditon precedent* corresponde, por lo tanto, a una cuestión de ejecución de las obligaciones, o *performance*. En cambio, la expresión *condition*, en la acepción que nos interesa, es una cuestión de *conformity*, es decir, relativa a la satisfacción sustancial del cumplimiento.

No obstante, la distinción se ha obscurecido, pues en ocasiones se utiliza la expresión *condition precedent* para referirse a términos relativos a la *conformity*.

[7] *Ibidem*, p. 789. CARTER, J.W., *Breach of contract*, Sweet and Maxwell, 2.ª edic., Londres, 1991, p. 77, sostiene que «cuando la afirmación de un hecho induce al contrato, la afirmación puede ser una mera representación o una *warranty*. Si es una *warranty*, la afirmación supone un compromiso contractual de que ese estado de cosas es cierto».

En consecuencia, en el Derecho inglés, una afirmación de hechos no sólo tiene incidencia en la formación del consentimiento, sino que también puede estimarse como una «promesa» o compromiso contractual.

3. Fuentes de la distinción

¿Cómo sabemos si cierto término del contrato es una *condition* o *warranty*? Podemos apreciar que es más grave el incumplimiento de una *condition* que el incumplimiento de una *warranty*. Tratándose, en consecuencia, de mecanismos contractuales de diversa intensidad, corresponde a las partes señalar expresamente su carácter. Por lo tanto, la primera y, en principio, más relevante forma de reconocer la naturaleza de una estipulación contractual, es recurriendo a la voluntad de los contratantes. Por consiguiente, la cuestión relativa a la determinación de la categoría de un término contractual ha sido tratada como un problema de interpretación[8]. Ha de recurrirse, en primer lugar, a las palabras utilizadas por los contratantes[9].

No obstante, muchas veces la intención de las partes no puede ser determinada a través de la interpretación gramatical, incluso habiéndose denominado o categorizado expresamente el respectivo término[10]. En consecuencia, es necesario recurrir a otras formas de interpretación.

Una típica forma de aclarar asuntos inciertos en el *Common Law* consiste en recurrir a «pruebas». De este modo, en cuanto a la determinación de si cierto término es una *condition*, se ha sostenido que «en la ausencia de una declaración expresa, pensamos que debemos observar el contrato como un todo, y ver si una cierta estipulación va a la raíz de la cuestión, por lo que un incumplimiento de la misma haría que la ejecución del resto del contrato por el demandante una cosa distinta en sustancia respecto de lo que ha hecho que el demandado contrate; o bien si sólo lo afecta parcialmente y puede ser compensado en sus daños»[11]. También se ha sugerido que «puede predicarse que todo incumplimiento de tal compromiso tiene como consecuencia un evento que despoja a la parte no incumplidora de sustancialmente todo el beneficio que se había acordado que obtendría del contrato»[12].

---

[8] *Ibidem*, p. 790.

[9] Por lo demás, ello constituye una obligación según la *parol evidence rule*. Treitel, G. H., *op. cit.*, p 192, señala que en virtud de esta regla «no se admite evidencia (o, incluso si se admite, no puede ser usada) para adicionar, variar o contradecir un instrumento escrito». Sin embargo, el mismo Treitel expone trece excepciones en que se admite tal evidencia.

[10] Así, en *Wickman Ltd v. Schuler AG* [1974] A.C. 235, se falló que una *condition* de visitar seis clientes determinados una vez a la semana, en un contrato de distribución, era sólo un término contractual que no daba derecho a resolver el contrato. Ello, a pesar de haberse señalado expresamente en el contrato que se trataba de una *condition*. Lo anterior, debido a que la *House of Lords* consideró que el contrato no podía ser resuelto por haber fallado una vez en mil cuatrocientas.

[11] *Bettini v. Gye* [1876] 1 Q.B.D. 183.

[12] *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] 2 Q.B. 26.

Otra forma de determinar si una cláusula es una *warranty* o una *condition* es a través de la calificación legal del mismo. Criterios para tal determinación son ofrecidos por algunas leyes, entre las que destaca la *Sale of Goods Act* de 1979[13].

4. La resolución del contrato por incumplimiento de una *condition*

Una vez que se ha resuelto que determinado término es una *condition*, su incumplimiento da derecho a la parte inocente a exigir la resolución del contrato más indemnización de perjuicios. Debemos señalar que es necesario probar que se han producido perjuicios para que proceda la indemnización. No obstante, la imposibilidad de probar tales perjuicios no afecta la posibilidad de que el contrato sea resuelto por el solo incumplimiento[14].

El derecho a terminar el contrato es un derecho que puede ejercerse con bastante estrictez por la parte inocente. De este modo, no es relevante que el verdadero motivo para la terminación del contrato sea, por ejemplo, un movimiento en los precios del mercado que indique que la verdadera intención de la parte que no ha incumplido es salirse de un mal negocio[15]. Tampoco es necesario que la parte inocente conceda un término de gracia al infractor, a menos que así se haya estipulado[16].

Así, la terminación por incumplimiento de una *condition* puede tener lugar aun cuando el incumplimiento genere escaso o ningún daño a la parte inocente. Tal rigurosidad ha intentado ser justificada a través de diversos argumentos. Por ejemplo, se ha sostenido que la terminación se permite pues lo relevante es que haya podido resultar daño, no que efectivamente se haya producido. La razón de fondo estriba en la necesidad de otorgar certeza en la redacción de los términos del contrato, para que así las partes

---

[13] También en otras leyes, como *Supply of Goods (Implied Terms) 1973* y *Supply of Goods and Services Act 1982*. Entre estos criterios, podemos mencionar a modo de ejemplo: la forma y estructura del término; la mayor o menor intensidad en que la conciencia de que el término no sería incumplido ha influido en la adopción del acuerdo por la parte no incumplidora; la relación entre ese término y otros del contrato; la obtención de un resultado razonable; la posibilidad de que la parte dañada sea efectivamente compensada por medio de la sola indemnización.

[14] CARTER, J. W., *op. cit.*, p. 147. En cambio, el incumplimiento (*breach*) de un contrato, si se incumple un deber principal, otorga la opción a la víctima de resolver (*rescind*) o ejecutar (*affirm*). «Esta es la regla general, aun si el contrato señala que será inválido (*void*) en caso de incumplimiento» (TREITEL, G., *op. cit.*, p. 844).

[15] *Arcos Ltd. V. E.A. Ronaasen & Son* [1933] A.C. 470.

[16] *L. Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.* [1974] A.C. 235.

puedan prever los efectos de su acuerdo, y otorgar la debida relevancia a aquellas circunstancias que según ellas la merezcan. Sin embargo, el resultado de esta estrictez es que la parte incumplidora, en ocasiones, debe soportar un perjuicio que no ha provocado. Usualmente, la variación de precios en el mercado[17].

Es por esto que las Cortes han reaccionado intentando limitar el efecto de la *condition* contravenida. El principal mecanismo utilizado ha sido la creación y aplicación de los *innominate terms*.

5. Un nuevo tipo de término contractual. Los *innominate terms*

Según L. J. Diplock en *Hong Kong Fir* (1962), «existen muchos compromisos contractuales que no pueden ser categorizados como *conditions* o *warranties*. Con respecto a tales compromisos, todo lo que puede predicarse es que algunos incumplimientos darán o no darán lugar a un evento que privará a la parte inocente de sustancialmente todo el beneficio que se había acordado habría de obtener»[18]. En este caso se discutió acerca de la estipulación de *seaworthiness* o navegabilidad en un contrato de fletamento. Se estableció que esta cláusula era demasiado compleja para interpretarse simplemente como *condition* o *warranty*, pues se trata de un término que puede ser contravenido de diversas maneras. En consecuencia, lo relevante, según L. J. Diplock, es la seriedad del evento que resulta del incumplimiento, es decir, si priva o no a la parte inocente de todo el beneficio que ella debería obtener del contrato.

Existen ciertos términos contractuales cuya complejidad sugiere tratarlos como términos innominados. Por ejemplo, la estipulación de navegabilidad (*seaworthiness*) en un contrato de fletamento, tal como se discutió en *Hong Kong Fir;* el embarque «en buenas condiciones» de ciertos alimentos perecibles[19]; o actuar con premura razonable (*reasonable despatch*)[20].

---

[17] Treitel, G., *op. cit.*, p. 794.

[18] *Hong Kong Fir Shipping co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 Q.B. 26 at 70.

[19] *The Hansa Nord* [1976] Q.B. 44. Este caso resolvió positivamente la discusión acerca de si la categoría de *innominate terms* era aplicable o no a la venta de productos, pues la *Sale of Goods Act* de 1979 sólo hace expresa referencia a las *warranties* y *conditions*. Se trata, además, de un típico caso de aprovechamiento de un término contractual para intentar resolver un negocio por la fluctuación del precio. La *Court of Appeal* resolvió que el término en cuestión no era *condition* ni *warranty*, y que no había evidencia para determinar que el incumplimiento fuese suficientemente grave para resolver el contrato.

[20] *Clipsham v. Vertue* (1843) 5 Q.B. 265. En este caso no se señala que tal término es un *innominate term*, sin embargo, se le niega la calidad de *condition* sin considerársele *warranty*.

En consecuencia, si de las circunstancias consta que un término contractual es demasiado complejo o ambiguo para interpretarlo sin más como *condition* o *warranty*, las Cortes tienen la posibilidad de considerarlo *innominate term*. Así calificado, tendrán la libertad de sopesar la gravedad del incumplimiento, y evitar consecuencias injustas. Nuestra opinión es que el recurso a la calificación de un término como *innominate term* es una válvula de escape típica del sistema del *Common Law*. Su consecuencia negativa puede ser la consideración de los jueces de ambigüedades o complejidades donde no las hay. Lo anterior, con el equitativo fin de evitar consecuencias injustas, pero alterando el derecho de las partes de configurar libremente sus negocios.

El eterno dilema entre certeza y equidad se refleja en los criterios que los tribunales ingleses han utilizado para la determinación de cuándo se trata de una *condition* y cuándo de un *innominate term*. En casos como *Hansa Nord* o *Hong Kong Fir*, donde la contravención del término es una excusa para resolver un contrato económicamente inconveniente, los jueces tenderán a calificar al término en cuestión como *innominate term*. En cambio, en aquellos casos en que el término transgredido consista en un plazo, o en la imposibilidad de cumplir cierto programa a tiempo, los jueces serán más proclives a considerar el término como una *condition*[21]. Entre otras razones pues, como hemos dicho, un *innominate term* usualmente es un término complejo que puede ser contravenido de diversas maneras. En cambio, un término relativo al tiempo en que debe cumplirse la obligación es más sencillo, pues «respecto de tal cláusula sólo hay una forma posible de incumplimiento, cual es atrasarse»[22]. Pero, al parecer, la balanza se inclina, en la duda, hacia la interpretación de los términos como *innominate terms*[23].

En síntesis, tenemos tres categorías de términos. *Conditions*, cuyo incumplimiento da derecho a resolver el contrato (con ciertas excepciones[24]); *warranties*, cuyo incumplimiento sólo da derecho a indemnización de perjuicios; e *innominate terms*, que en caso de ser incumplidos pueden dar lugar a la resolución, sólo si el incumplimiento es suficientemente serio,

---

[21] TREITEL, G., *op. cit.*, pp. 797-800.

[22] *Bunge Corp v.Tradax Export SA* [1981] 1 W.L.R. 711

[23] Así lo sostiene MCKENDRICK, E., *op. cit.*, p. 223, para quien, aparte de aquellos términos que son comercialmente vitales, donde la necesidad de certeza es muy relevante, señala que mayor consideración se tendrá con los intereses de justicia, al clasificar los términos contractuales como innominados en orden a dar a las cortes mayor flexibilidad para dar el alivio apropiado.

[24] Existen excepciones legales, como la establecida en la *Sale of Goods Act* 1979, donde el comprador sólo puede resolver por incumplimiento si actúa como consumidor. Aun si es consumidor, dicha ley señala algunas circunstancias en las que no puede rescindir.

pues de otro modo únicamente dan derecho a recibir indemnización de perjuicios[25].

6. Resolución del contrato por incumplimiento de una *warranty*

Existen ciertas circunstancias en que excepcionalmente se concede el derecho a resolver el contrato por incumplimiento de una *warranty*[26].

En primer lugar, si el hecho que se afirma y se pacta como *warranty* puede tener la suficiente relevancia para ser considerado como *misrepresentation* en caso de no ser real o verdadero.

En segundo término, si el incumplimiento de una *warranty* constituye o se adhiere a una falta de ejecución sustancial del contrato[27].

Por último, si se trata de una venta al consumidor regulada por las secciones 48 A y 48 C de la *Sale of Goods Act*, se admite la resolución por el incumplimiento de un «término expreso». Este término expreso puede consistir en una *warranty*.

No obstante, podemos apreciar que se trata, en verdad, de excepciones aparentes. Ellas consisten en la aplicación de los efectos de la *misrepresentation*, *repudiation* o de la contravención de un término expreso en un contrato que involucra a un consumidor. Estas consecuencias priman sobre los genuinos efectos de la *warranty* cuando en una misma cláusula confluye tal categoría con alguna de las circunstancias expresadas.

7. Síntesis comparada de los conceptos de carga del acreedor, *conditions* y *warranties* en el Derecho de contratos

Las cargas del acreedor son elementos pasivos de la relación obligatoria. Ante su inejecución, el acreedor pierde su derecho de crédito. Este efecto se logra por medio de la inexigibilidad, la extinción, o la caducidad del derecho, y la rescisión del contrato que acarrea la ineficacia del crédito.

Las cargas del acreedor pueden ser estructurales y no estructurales. Las primeras derivan de la necesidad de ajustarse a la estructura del nego-

---

[25] Treitel, G., *op. cit.*, p. 796.

[26] *Ibidem*, p. 805.

[27] Esto ha llevado a algunos a sostener, según MacKendrick, E., *ob. cit.*, p. 161, que la doctrina de los *innominate terms* es innecesaria, pues se puede obtener el mismo resultado considerando que el término es una *warranty*, cuyo incumplimiento es de tal gravedad que no puede sino implicar una repudiación del contrato.

cio típico, para obtener el resultado deseado al celebrar tal negocio. Las segundas son establecidas o pactadas en virtud de que la ley o los contratantes estiman conveniente la imposición de cargas, por razones ya apuntadas[28]. En este segundo caso, las cargas constituyen una especie de deberes, esto es, comportamientos jurídicamente obligatorios insertos en la relación obligatoria. Pero en ambos casos, el efecto de la inejecución es sustancialmente el mismo: la pérdida del derecho del acreedor de manera temporal o definitiva. Esta pérdida del derecho del acreedor se traduce, desde el punto de vista opuesto, en la liberación del deudor que se ha obligado a cumplir la obligación inserta en la relación obligatoria en la que la carga se establece o pacta.

Por su parte, las *conditions* y *warranties* son términos contractuales o condiciones del contrato, es decir, afirmaciones de hechos cuya certeza se promete estrictamente, pero que no son ejecutables, a diferencia de la obligación principal. Esto quiere decir que las estipulaciones comparten con las cargas del acreedor, el hecho de constituir términos contractuales distintos de las obligaciones principales y de no ser ejecutables. Por lo tanto, puede afirmarse que las cargas del acreedor no estructurales comparten la misma posición en la estructura de la relación obligatoria que las *conditions* y *warranties*.

No obstante, existen ciertas diferencias en cuanto a sus efectos. La inejecución de las *warranties* no redunda en la ineficacia o extinción de los derechos de la parte inobservante, sino que sólo dan derecho a la contraria a obtener indemnización de perjuicios. En cambio, la inejecución de las cargas del acreedor produce la pérdida del derecho de la parte infractora, y no da derecho a obtener indemnización de perjuicios. Por su parte, el incumplimiento de una *condition* da derecho a revocar el contrato, con indemnización de perjuicios. En cambio, la inejecución de la carga del acreedor no otorga derecho a indemnización de perjuicios.

Por esto, si bien consideramos correcto afirmar que todos estos términos ocupan un mismo lugar en la relación obligatoria, no puede afirmarse que los efectos de unos y otros sean análogos. A nuestro entender, las *warranties* del derecho contractual inglés son análogas a los deberes accesorios del Derecho continental. Por su lado, las *conditions* pueden considerarse asimilables a obligaciones contractuales que, sin ser la obligación principal, se estiman suficientemente relevantes para dar por resuelto el contrato ante su incumplimiento, con indemnización de perjuicios.

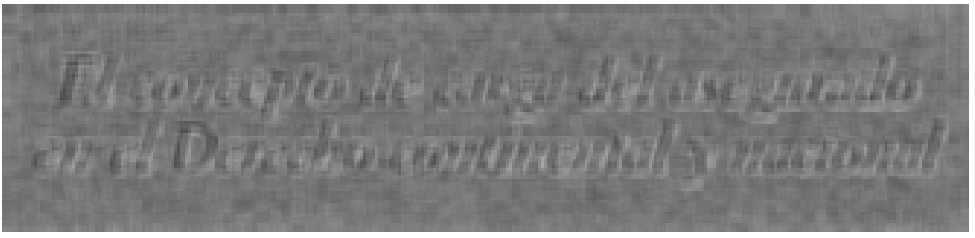
---

[28] *Vid supra* «ventajas de la carga como mecanismo de responsabilidad susceptible de pactarse», p. 135.

Como veremos al analizar las *conditions* y *warranties* en el Derecho de Seguros anglosajón, la diferente concepción de estos términos a propósito de este contrato hace posible una asimilación funcional a las cargas del asegurado en el Derecho chileno. El estudio de estos tipos de cláusulas se aborda en la segunda parte de esta tesis, lo que nos dará un panorama completo sobre el significado y funcionamiento de las cargas del acreedor en el contrato de seguro.

SEGUNDA PARTE
LAS CARGAS DEL ASEGURADO EN EL CONTRATO DE SEGURO

III



1. Las cargas y los deberes secundarios en el contrato de seguro

La obligación principal del asegurador en el contrato de seguro es la del pago eventual de la indemnización. Por su parte, la obligación principal del asegurado es el pago de la prima[1]. Sin embargo, existe toda una serie de deberes secundarios para el asegurador y para el asegurado, que resultan esenciales para el óptimo funcionamiento de la relación asegura-

[1] En el mismo sentido, Uría, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 28.ª edic., Madrid, 2001, p. 777, quien sostiene que «como contraprestación al pago de la prima, el asegurador asume la obligación de indemnizar el daño causado por el siniestro... En el seguro de vida para el caso de muerte, se trata de una obligación sometida a término incierto (*certus an incertus quando*). En los seguros contra daños en las cosas, en general, y en el seguro de vida para caso de sobrevivencia, es una obligación sometida a condición suspensiva (*incertus an*); mientras el evento no se realice, la obligación está en suspenso». Baeza, S., *op. cit.*, p. 34, señala que el contrato de seguro no es aleatorio, pues el asegurador se obliga a asumir el riesgo y el asegurado, recíprocamente, al pago de la prima. En consecuencia, la prestación del asegurador (la asunción del riesgo) no estaría sujeta a un albur, sino que se ejecuta desde el momento en que el contrato entra en vigencia. De esta afirmación podría colegirse que la obligación principal del asegurador es la asunción del riesgo. Sin embargo, es difícil separar la asunción del riesgo de la obligación condicional del pago de la indemnización. Por esto, el mismo Baeza, S., *op. cit.*, p. 121, no analiza la obligación de asumir el riesgo, sino la obligación de indemnizar. Consideramos que, si bien la industria aseguradora es cada vez menos aleatoria, un contrato de seguro individualmente considerado es siempre aleatorio. La obligación del asegurador es aleatoria y condicional, dependiendo, para hacerse exigible, de las condiciones determinadas en la póliza. Es una obligación sujeta a condición suspensiva. En esto radica, precisamente, el traspaso del riesgo: ante la eventualidad de su realización, surge la obligación de indemnizar. Cfr. Contreras Strauch, Osvaldo, *El contrato de seguro*, La Ley, Santiago, 2002, p. 143, quien señala que las obligaciones del asegurador son entregar la póliza e indemnizar los siniestros que ocurran al amparo de la misma.

tiva. Especialmente relevantes son los del asegurado, pues su finalidad es permitir la viabilidad económica del contrato. Estos deberes secundarios pretenden disminuir el riesgo moral, que en el contrato de seguro es superior a otros contratos. Por la naturaleza del negocio, la gestión exitosa del asegurador depende de que la información y las conductas del asegurado sean honestas[2].

La doctrina ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de estos deberes secundarios. Este debate se ha concentrado en los deberes del asegurado, pues son más numerosos, de naturaleza más peculiar y de consecuencias más graves que los del asegurador.

Además, la doctrina tiende a desconocer la existencia de cargas del asegurado. Donati sostiene que, entre los deberes impuestos al asegurador, algunos son obligaciones y otras cargas, dependiendo de su regulación y los efectos que producen[3]. Pero la mayoría de la doctrina se refiere solamente a las cargas del asegurado[4]. Algunos, incluso, limitan la institución a los deberes secundarios del asegurado en caso de siniestro. Es el caso, por ejemplo, de la *déchéance* en los seguros en Francia[5]. Quienes admiten la existencia de cargas para el asegurador, usualmente hacen referencia a sólo una carga, la de pronunciarse acerca del derecho del asegurado[6]. En nuestra opinión, el asegurador generalmente no es sujeto de cargas. En los casos en que las leyes establecen plazos para que el asegurador se pronuncie acerca del derecho del asegurado, más que una carga, estamos ante un plazo de caducidad. El plazo no afecta la subsistencia o adquisición de un derecho (como el derecho a la prima), sino que entrega un plazo para el ejercicio de una opción, por razones de certeza. En consecuencia, no corresponde verdaderamente a un deber. En cuanto a la entrega de la póliza, el artículo 549 inciso tercero del Código de Comercio da derecho al asegurado, en caso de incumplimiento, a indemnización de perjuicios. La indemnización de perjuicios es una sanción propia de un deber accesorio, y esa es la naturaleza del deber de entregar la póliza.

---

[2] *Vid* STIGLITZ, JOSEPH E., «Risk, incentives and insurance: the pure theory of moral hazard» en *Geneva Papers on Risk and Insurance*, n.° 26, January (1983), p. 6.

[3] DONATI, ANTÍGONO, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Giuffré, Milán, 1954, v. 2, p. 422

[4] Por todos, OSSA, E., *op. cit.*, p. 322.

[5] LAMBERT-FAIVRE, YVONNE, *Droit des assurances*, Dalloz, 11.ª edic., París, 2001, p. 362.

[6] *Vid.* STIGLITZ, RUBÉN, *Derecho de seguros*, Abeledo-Perrot, 3.ª edic., Buenos Aires, 2001, v. 2, p. 15.

2. Naturaleza jurídica de los deberes secundarios del asegurado

Teorías alemanas

La discusión sobre la naturaleza jurídica de las cargas del asegurado tiene su origen en Alemania. En ese país se ha debatido sobre el significado técnico de la expresión *obliegenheit*, utilizada a lo largo de la ley de contrato de seguro alemana (VVG), especialmente en el párrafo seis[7]. Las principales teorías son dos.

---

[7] Cabanillas, A., *Las cargas... op. cit.*, p. 255. La ley de contrato de seguro alemana (*Gesetz über den Versicherungsvertrag*, en adelante VVG, sigla difundida en la doctrina) fue promulgada el 30 de mayo de 1908. El párrafo 6 VVG, titulado «violaciones contractuales del tomador», prescribe: «(1) Si se estipula en el contrato que ante la violación de una carga, que debe ser observada ante el asegurador, antes de la ocurrencia del evento asegurado, el asegurador será liberado de su obligación, la consecuencia legal estipulada no deberá tener lugar si la violación se estima libre de culpa. El asegurador puede, dentro de un mes de haber conocido de la transgresión, cancelar el contrato con efecto inmediato, a menos que la violación pueda considerarse libre de culpa. Si el asegurador no cancela el contrato dentro de un mes, no podrá oponer la liberación de responsabilidad.

»(2) Si se ha contravenido una carga que debe ser observada ante el asegurador con el propósito de reducir el riesgo o evitar un aumento del riesgo, el asegurador no podrá oponer la liberación de responsabilidad si la violación no ha afectado la ocurrencia del siniestro o la extensión de la obligación del asegurador.

»(3) Si la liberación de responsabilidad ha sido estipulada en caso de una carga que debe ser observada con relación al asegurador después de la ocurrencia del evento asegurado se viola, la consecuencia jurídica estipulada no debe tener lugar si la violación no tuvo lugar por negligencia o culpa grave. En el caso de culpa grave, el asegurador debe permanecer obligado hasta el monto que la violación no ha afectado la determinación del siniestro o la determinación o la extensión de la obligación del asegurador.

»(4) No vale la estipulación por la cual el asegurador puede tener derecho a rescindir el contrato ante la violación de una carga» (*vid* Pfennigstorf, Werner, *German insurance laws*, VVW, 3.ª edic., Karlsruhe, 1995, pp. 155, 159).

Cabe preguntarse en este punto, si las *obliegenheiten* pueden considerarse cláusulas abusivas en Alemania. Debe precisarse que la Ley de condiciones generales de la contratación (AGBG) fue incorporada en bloque al Código Civil alemán (BGB) en la reforma de 2002 (Albiez, C., *op. cit.*, p. 1147). El párrafo 310 BGB se refiere al ámbito de aplicación de las reglas sobre condiciones generales de la contratación. Según esta norma, se excluyen los «contratos de servicio». Podría estimarse que el seguro es un contrato de servicio y, en consecuencia, excluir su aplicación de esta regulación. Aun si se estimara que el seguro no es un contrato de servicio y, por lo tanto, no está excluido, no existe una regla que expresamente estime abusiva las *obliegenheiten*. Ni el párrafo 308, titulado «cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración», ni el párrafo 309, titulado «cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración», consideran una regla que prohíba las *obliegenheiten*. En consecuencia, sólo cabría la aplicación de la regla general sobre control de contenido, establecida en el párrafo 307. Esta norma dispone que «(1) las cláusulas de las condiciones generales de la

1.1. *Teoría de la carga* (Obliegenheitstheorie)

Son también dos los elementos centrales de esta teoría. En primer lugar, la carga, ante su lesión o contravención, no otorga acción de ejecución. De este modo, se afirma que no es coercible o demandable de cualquier forma. En segundo lugar, la transgresión de la carga no genera derecho a indemnización de perjuicios[8].

La teoría de la carga presenta, a su vez, dos corrientes.

a) Teoría del supuesto *(Voraussetzungstheorie)*

La carga es un requisito o presupuesto para la obtención o extensión de la prestación en el contrato de seguro. El tomador, al observar la carga, actúa en interés o beneficio propio, pues vela por la obtención de su derecho. La carga no impone una relación acreedor-deudor entre el asegurador y el asegurado. Éste último actúa siempre en su calidad de acreedor de su derecho a indemnización, del cual la carga es requisito[9].

b) Teoría coercitiva *(Rechtszwangtheorie)*

Esta teoría diferencia las cargas de las obligaciones tradicionales, pues las considera mandatos de menor intensidad coercitiva. «Las cargas serían estados de cosas coercitivas metódicas de efectividad más débil, dirigidas a la ocurrencia de determinadas conductas, pero que no justifican un dere-

---

contratación contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponerte. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible». No obstante, el inciso (3) de este párrafo señala que «los apartados 1 y 2, así como los § 308 y § 309, sólo serán aplicables a las cláusulas de las condiciones generales de la contratación a través de las cuales se acuerdan regulaciones que difieran de las disposiciones legales o esta regulación complementaria. Otras cláusulas pueden ser ineficaces por aplicación del apartado 1, inciso 2, en relación con el apartado 1, inciso 1» (*vid* VIVES MONTERO, M., *op. cit.*, p. 1231 y ss). Con esto, se obtiene que las *obliegenheiten* son reglas autorizadas, y no pueden estimarse cláusulas abusivas en sí mismas. Esto se debe a que las cargas son contempladas expresamente en la ley (VVG). Sin embargo, las cargas pueden considerarse cláusulas abusivas si establecen condiciones más gravosas para el asegurado que las establecidas en la Ley de contrato de seguro (VVG).

[8] BUCK, SILVIA, *Die obliegenheiten im spanischen versicherungsrecht*, VVW, Karlsruhe, 2004, p. 39. Según LATORRE CHINER, NURIA, *La agravación del riesgo en el contrato de seguro*, Comares, Granada, 2000, p. 111, esta es la doctrina mayoritaria.

[9] BUCK, S., *op. cit.*, p. 40; CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 255. Estos autores identifican a BRUCK, ERNST, *Das privatversicherungsrecht*, Mannheim, 1930, como el principal representante de esta corriente.

cho a indemnización ni una pretensión de cumplimiento por lesión de la carga»[10].

1.2. Teoría del compromiso

Para los exponentes de esta categoría, los deberes secundarios impuestos al asegurado en VVG son verdaderas obligaciones jurídicas. Por lo tanto, son coercibles, demandables y ejecutables, y dan derecho a indemnización de perjuicios[11]. Los argumentos de esta teoría para negar el carácter autónomo de las cargas son tres. En primer lugar, la historia fidedigna de VVG revela que el legislador no quiso crear una institución jurídica independiente para los deberes del asegurado. En segundo término, VVG ocupa indistintamente las expresiones «carga» y «obligación» (*obliegenheiten und pflichten*). En tercer lugar, el problema de la posibilidad de ejecución y de la indemnización de perjuicios, es un problema de efecto de las obligaciones, que no altera la naturaleza jurídica del deber del asegurado como obligación[12].

3. Desarrollo de la teoría de las cargas del asegurado en otras jurisdicciones

3.1. Italia. La tesis de Donati

El concepto de carga pasó de la jurisprudencia científica alemana a Italia, por medio de la obra de Donati[13]. El profesor italiano adopta el con-

---

[10] Buck, S., *op. cit.*, p. 41; Cabanillas, A., *op. cit.*, p. 257. Estos autores citan como exponente principal de esta corriente a Schmidt, Reimer, *Die obliegenheiten*, Verlag-Versicherungwirtshaft, Karlsruhe, 1953, pp. 314 y ss. (véase también Schmidt, R., «L' influenza del comportamento dell'assicurato sulla garanzia prevista in contratto» en *Assicurazioni*, 1966, I, p. 448 y ss.).

[11] Cabanillas, A., *op. cit.*, p. 256, señala que el principal exponente de esta doctrina es Ehrenzweig, Albert, *Deutsches (Österrichsches) versicherunsverstragsrecht*, Wien, 1952.

[12] Buck, S., *op. cit.*, pp. 41-42.

[13] Donati, A., *op. cit.*, p. 384, cita a Bruck, Kisch, Dernburg-Kohler, Müller-Erzbach y Weyermann entre los autores alemanes de los cuales se nutre para la elaboración de su teoría de las cargas. Reconoce, además, la influencia de la doctrina procesal alemana (Hellwig, Weissmann, Goldschmidt) e italiana (Carnelutti y Betti). De la doctrina italiana civilista, cita sólo el tratado de derecho civil y comercial de Messineo (*vid*, Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. S. Sentis, E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, v. 5). La obra de Antígono Donati es fundamental para el Derecho de seguros italiano e iberoamericano. Su

cepto alemán, y señala que carga es «un deber impuesto a un sujeto para la tutela de un interés propio cuya observancia es necesaria si quiere lograr un determinado resultado y cuya inobservancia provoca la pérdida de ese resultado»[14]. Agrega que el concepto de carga no obsta a que la sanción sea distinta a la pérdida de un derecho (*decadenza*), pues las partes pueden pactar otro efecto. Lo que importa, en palabras del jurista italiano, es que falte pretensión y acción ejecutiva en forma específica de parte del asegurador. Además, el concepto de carga es sin perjuicio que la imputación del incumplimiento de la carga sea subjetiva u objetiva. En consecuencia, dependiendo del contenido de la carga, deberá imputarse al sujeto pasivo culpa o dolo, o bastará probar la inejecución sin necesidad de probar negligencia pero pudiendo exonerarse por caso fortuito. Todo esto dependerá del contenido de la carga, que puede ser objetivo o subjetivo[15]. Con esto, Donati propone un concepto amplio de carga, donde lo relevante es la ausencia de acción ejecutiva.

El jurista italiano resta importancia a la objeción común contra el concepto de carga, como es que las cargas en el seguro no son impuestas para velar por el interés propio del asegurado, sino para velar por el interés del asegurador. Donati estima que ésta es una realidad que no puede ser desconocida. Sin embargo, esto no es suficiente como para considerar que los deberes secundarios del asegurado son verdaderas obligaciones[16].

Para Donati, el fundamento de la distinción entre carga y obligación estriba en las opciones de comportamiento que uno u otro tipo de deber otorgan al sujeto pasivo. Según el jurista italiano, todos los deberes constituyen restricciones a la personalidad, imposibilidades de hacer.

Para saber si estamos ante una carga o una obligación, debe verificarse el grado de restricción de la libertad. En el caso de la obligación, el sujeto

---

tratado es una de las obras más completas sobre seguros que hayan sido escritas. Su influencia en el Derecho comparado es manifiesta (*vid* AA. VV., *Studi in onori di Antigono Donati*, Edizioni delle revista assicurazioni, Roma, 1970). El profesor italiano tuvo, además, especial influencia en el ámbito de países de cultura latina, tanto por sus artículos y su tratado como por su participación en la creación de AIDA (Asociación Internacional de Derecho de Seguros). También tuvo a su cargo la formación de secciones nacionales de esta organización en Italia, Francia, Portugal, España e Iberoamérica (*vid* «History of AIDA» en http://www.aida.org.uk/History/HistoryText.asp, revisado por última vez el 21 de junio de 2005).

[14] DONATI, A., *op. cit.*, p. 384.

[15] *Ibidem*, p. 385.

[16] *Ibidem*, p. 387. Esta es la crítica que realiza FANELLI, GIUSEPPE, «Considerazioni sugli oneri nell'assicurazione», en *Saggi di diritto delle assicurazione*, Giuffre, Milán, 1971, p. 210. (Publicado originalmente en *Rivista di diritto commerciale*, I (1946), p. 159).

pasivo puede decidir entre el sacrificio espontáneo de un propio interés o su sacrificio coactivo. Esto se traduce en la existencia de una pretensión o una acción ejecutiva en favor del acreedor. Cuando el deudor elige cumplir, está optando por cumplir la pretensión del acreedor. Si el deudor escoge no cumplir, opta por el sacrificio coactivo de su interés y, por lo tanto, por la posibilidad de una acción ejecutiva o, a falta de ella, por una acción de perjuicios. En cambio, en el caso de la carga, el sujeto pasivo debe escoger si sacrificará uno u otro interés propio. Cuando el deudor elige cumplir, está optando por conservar el interés propio (por ejemplo, su derecho a ser indemnizado) contra otro interés propio (por ejemplo, no tener que actuar con la debida diligencia para evitar el siniestro). Si escoge el sacrificio del interés amenazado por la inobservancia de la carga, esto se traduce en un no surgimiento o un decaer de un derecho o un poder, o en la lesión de cualquier otro interés previsto como sanción en la fuente[17].

Los tipos de sanciones ante el incumplimiento de la carga difieren. Donati distingue entre cargas cuya inobservancia tienen por efecto el no surgimiento o la caducidad (*decadenza*) de derechos diversos a la indemnización, y cargas cuya inobservancia tiene por efecto el no surgimiento, o la caducidad, o la reducción del derecho a la indemnización[18]. Nótese que para DONATI la *decadenza* no es la única sanción ante la inejecución de la carga[19].

El concepto de carga ha sido adoptado por la doctrina aseguradora, a pesar de que la expresión *onere* no se utiliza en la regulación italiana del contrato de seguro[20]. Sin embargo, la recepción del concepto en Italia no ha sido del todo pacífica, llegando en algún caso a desconocerse la noción de carga del asegurado[21].

---

[17] DONATI, A., *op. cit.*, pp. 388-389. De lo expresado por el autor, puede obtenerse que la doctrina de Donati sobre las cargas del asegurado es similar a la teoría coercitiva (*Rechtszwangtheorie*).

[18] *Ibidem*, pp. 394 y 396.

[19] Para Donati, *decadenza* (caducidad) es la pérdida total de un derecho por la inobservancia de una carga (*Ibidem*, p. 394).

[20] Según CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 259-260, siguen a Donati: Gasperoni y Cian y Trabucchi.

[21] SCALFI, GIANGUIDO, *Manualle delle assicurazioni private*, EGEA, Milán, 1994, p. 115, señala que las reglas que algunos consideran cargas, no tiene esa naturaleza jurídica. Son poderes (derechos potestativos), cuando se trata de comportamientos facultativos, no debidos. Por ejemplo, aquellos casos en que la ley admite la modificación del contrato en virtud de la variación del riesgo. Son obligaciones aquellos otros casos de deberes secundarios como, por ejemplo, las reglas sobre notificaciones al asegurador. Se trata de obligaciones accesorias (deberes accesorios) a la obligación principal, derivadas del deber de ejecutar el contrato según la buena fe.

3.2. España

En España, la naturaleza de las cargas del asegurado ha sido analizada por Garrigues[22]. Aparte de la opinión de este autor, la doctrina mercantilista española carece de un examen de la naturaleza de las cargas en el seguro[23]. Los autores analizan los deberes del asegurado, pero no de una forma unitaria, y prefieren resolver caso a caso los problemas que plantean los deberes del asegurado, a la luz de los principios generales del derecho[24].

---

[22] GARRIGUES, JOAQUÍN, *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, 2.ª edic., Madrid, 1982, p. 151, no propone un concepto de carga, sino que hace alusión a la discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de los deberes secundarios de los asegurados. Considera irrelevante la discusión, si bien estima que «es cierto que las consecuencias de la inobservancia de tal conducta no son las propias de las obligaciones en sentido estricto, porque no engendran acción dirigida al cumplimiento forzoso, ni a la reparación por incumplimiento (esto aparte de que tal acción de cumplimiento no tendría sentido en muchos casos, por ejemplo, en el de la falta de comunicación del siniestro). Sin embargo, niega que los deberes secundarios del asegurado sean verdaderas cargas, pues expresa que no es preciso señalar que tales conductas amparen el interés propio del asegurado, sino que resguardan el interés del asegurador. Su posición es que los deberes secundarios del asegurado son deberes de observar una conducta leal, impuestos por el principio de buena fe en el seguro. A pesar de esto, ocasionalmente utiliza la expresión carga al referirse a estos deberes. Por ejemplo, habla de las cargas del tomador del seguro de responsabilidad civil (p. 377).

[23] URÍA, R., *op. cit.*, p. 776, BROSETA PONT, MANUEL y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, 11.ª edic., Madrid, 2003, v. 2, p. 345, y GÓMEZ SEGADE, JOSÉ ANTONIO, «La declaración del siniestro y la información complementaria» en *Estudios empresariales y financieros*, E. Verdera y Tulles (dir.), Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, v. 2, p. 422, sólo mencionan que al asegurado se le imponen cargas, cuya naturaleza es diversa a la de las obligaciones, sin ahondar en el significado técnico de la figura. Una excepción a esta tendencia es LATORRE, N., *op. cit.*, p. 109, quien da cuenta del debate sobre la naturaleza jurídica de los deberes del asegurado en la doctrina comparada. No obstante, prefiere resolver los problemas de naturaleza jurídica de forma casuista.

[24] BUCK, S., *op. cit.*, pp. 38-39. señala que «la naturaleza jurídica de estas obligaciones conductuales sigue siendo tema de discusión en la literatura española. Al respecto, se remite regularmente a las teorías y sus autores en Alemania e Italia, sobre los que la discusión española se apoya fuertemente. Sin embargo, esta discusión dogmática apenas encuentra en España una representación profundizadora. Esto puede relacionarse con que apenas se le asigne relevancia práctica al carácter jurídico de las cargas. Y esta opinión también tiene representantes en Alemania. Aparte de eso, en España tampoco se le asigna un significado decisivo al carácter jurídico de las cargas respecto a preguntas que en Alemania todo el tiempo son discutidas relativas a la naturaleza jurídica, como por ejemplo, si el asegurado debe responder por la conducta de un tercero. Estas preguntas son resueltas a partir de los principios generales del derecho, sin detenerse en las tan típicamente alemanas diferenciaciones exactísimas, o bien, perderse en discusiones dogmáticas sobre definiciones y conceptos». La

3.3. Francia

En la doctrina francesa de seguros, no ha prosperado la teoría de las cargas. Sin embargo, se reconoce la *déchéance* como sanción, que constituye un efecto propio de las cargas[25]. La doctrina francesa sitúa a la *déchéance* entre las sanciones al incumplimiento de obligaciones impuestas al asegurado en caso de siniestro[26]. Se sostiene que la *déchéance* (caducidad) tiene un significado particular en el derecho de seguros, y se define como «la pérdida del derecho a la garantía del asegurador, establecida convencionalmente en contra de un asegurado que no ejecuta sus obligaciones en caso de siniestro»[27].

3.4. Argentina

La doctrina de las cargas ha sido acogida con entusiasmo en este país. Fue adoptada en la Ley de Seguros de 1967 (en adelante LS), la que establece un régimen que distingue entre carga legal y carga convencional[28]. Sin

---

obra fundamental sobre contrato de seguros en España (AA. VV., *Ley de contrato de seguro*, Sánchez Calero, Fernando (dir.), 2.ª edic., Aranzadi, Madrid, 2001) es un completo comentario de la LCS. El examen de las cargas del asegurado se hace a propósito de su imposición por la ley, sin esbozar una teoría general de los deberes del asegurado. No existe tampoco, en otra obra española, una monografía o artículo que pretenda proponer una teoría general de los deberes del asegurado. El mismo método adoptan BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, sin realizar un tratamiento unitario de las cargas del asegurado, sino que examinándolas por artículo.

[25] Si bien en la doctrina francesa de seguros no se habla de cargas del asegurado, sino simplemente de obligaciones del asegurado.

[26] LAMBERT FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 348; PICARD, MAURICE, y BESSON, ANDRÉ, *Les assurances terrestres en droit français*, LGDJ, París, 1950, p. 195.

[27] LAMBERT FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 348.

[28] Sostiene HALPERÍN, ISAAC, *Seguros*, Depalma, 3.ª edic., Buenos Aires, 2001, p. 398, que las cargas legales son aquellas impuestas por ley expresamente respecto de una situación determinada, fijándoles un régimen específico, además de presupuestos objetivos y subjetivos. Señala este autor que este tipo de cargas demuestran una gran diversidad, pudiendo ser pre y post siniestrales, de información o de conducta, vinculadas o no al transcurso del tiempo, etc... Las cargas convencionales son las establecidas en el contrato, y quedan sujetas al régimen genérico del artículo 36, que impone presupuestos objetivos (vínculo causal con la realización del siniestro o la magnitud de sus efectos) y subjetivos (culpa o dolo en el incumplimiento). Véase también HALPERÍN, ISAAC, «El régimen de sanciones al asegurado en la nueva ley argentina de seguros» en *Studi in onori di Antigono Donati*, Edizioni delle revista assicurazioni, Roma, 1970, v. 1, p. 185-194.

embargo, la ley no define lo que es una carga. Pero la doctrina ha realizado esta labor, y se señala que las cargas son «aquellas normas de conducta, legales o contractuales, de carácter facultativo, que contienen los presupuestos condicionantes para el ejercicio del derecho de aquél, de cuya inobservancia deriva como efecto sancionatorio, la caducidad». En la doctrina argentina de seguros, predomina la teoría de la suposición o supuesto (*Voraussetzungstheorie*)[29].

En Argentina, el asegurado sólo tiene una obligación, que es el pago de la prima. Todos los demás deberes del asegurado son cargas, que corresponden al concepto citado[30].

3.5. Colombia

El título V del libro cuarto del Código de Comercio colombiano, que contiene las reglas sobre contrato de seguro, no habla de cargas ni caducidades. Sin embargo, la doctrina colombiana adopta la teoría de las cargas. Señala Ossa que las cargas son deberes cuya función es garantizar el equilibrio de la relación asegurativa, cuya sanción es de naturaleza diversa a las obligaciones. La sanción está dirigida a reestablecer este equilibrio, y puede ser «la rescisión, que invalida retroactivamente el contrato, la reducción de la prestación asegurada al sobrevenir el siniestro, la terminación, con efectos *ex nunc*, [o] la caducidad, que despoja al titular de sus derechos como beneficiario del seguro». El autor colombiano también reserva el concepto de obligación para el deber de pago de la prima, y de carga para los deberes del asegurado[31].

---

[29] STIGLITZ, RUBÉN, *Cargas y caducidades en el derecho de seguros*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1973, p. 25. En el mismo sentido, se ha señalado que «las cargas constituyen un mecanismo que en su estructura lógico-jurídica enuncia como presupuesto de hecho la conducta que se requiere del asegurado (por ejemplo, denunciar el siniestro), y como consecuencia la pérdida de derechos (normalmente la pérdida del derecho a ser indemnizado en caso de siniestro) si el asegurado no se conduce como se requiere que lo haga» (MEILIJ, GUSTAVO RAÚL, «La caducidad en el contrato de seguro» en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N.° 145 (1992)). HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 405, adscribe a la teoría de la suposición o presuposición, y entiende que las cargas son presupuestos del surgimiento o conservación de un derecho, que el asegurado observa en su propio interés. La misma posición mantiene STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, p. 14.

[30] Así se desprende de la regulación legal y del tratamiento de los deberes del asegurado que hacen las dos obras principales del Derecho de seguros argentino (HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, y STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*).

[31] OSSA G., EFRÉN J., *Teoría general del seguro. El contrato*, Temis, 2.ª edic., Bogotá, 1991, p. 321. En el mismo sentido, y sin dar un concepto de carga, ORDOÑEZ ORDOÑEZ,

3.6. Conclusión

a) Concepto de carga del asegurado

El concepto de carga no es unívoco en los diversos ordenamientos revisados. No existe un concepto legal de carga, y sólo la ley argentina se refiere al concepto. La definición doctrinal de carga varía. Parte de la concepción procesalista y civilista de carga, para explicar aquellos casos en que se sancionan conductas del asegurado, sin que el asegurador tenga acción para hacerlas exigibles. Éste es el elemento central de la carga del asegurado, tal como lo expresa Donati[32]. Se expresa este elemento esencial del concepto en que, según los autores consultados, el deber de pago de la prima no es carga, sino propiamente, y quizás la única, obligación del asegurado[33].

Además, los autores coinciden en que la sanción es una pérdida o disminución de un derecho. A pesar de que la doctrina llama a la sanción de la carga caducidad (*déchéance*, *decadenza*), parte de los autores son conscientes de la diferencia entre la noción técnica de caducidad con la sanción de la carga[34]. Pero en lo demás la carga se presenta como un tipo flexible: en cuanto a si debe tener o no vínculo causal con el siniestro; con respecto a si, para darse por inejecutada, debe imputarse al menos culpa al asegurado; en lo relativo a si sólo tiene lugar respecto de deberes del asegurado vinculados al siniestro u otras conductas exigidas por la ley y el contrato; y, por último, con relación a si el derecho debe haber surgido con anterioridad a la aplicación de la sanción al asegurado.

En consecuencia, puede señalarse que, para la doctrina de seguros comparada, las cargas del asegurado son deberes distintos de la obligación del pago de la prima, cuya inobservancia tiene como efecto la pérdida o disminución del derecho del asegurado a la indemnización o a otro derecho.

ANDRÉS E., *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 9, señala que el contrato de seguros genera, ante todo, cargas para el asegurado. Su única obligación, propiamente dicha, probablemente sea la de pagar la prima. Para el autor citado, «la carga se diferencia de la obligación en que implica la subordinación del interés de quien está sujeto a la carga a otro interés suyo y no estrictamente al de otro, y en esa medida el cumplimiento de la carga no puede ser exigido coactivamente. Simplemente, si la carga no se cumple los efectos previstos por quien debe cumplirla no se verán realizados».

[32] DONATI, A., *op. cit.*, p. 385.

[33] Por todos, URÍA, R., *op. cit.*, p. 777.

[34] Así, LAMBERT FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 348 y el propio DONATI, A., *op. cit.*, p. 394.

Los caracteres de la carga deben ser examinados a la luz de las peculiares regulaciones legales de cada país, y de las interpretaciones de las doctrinas nacionales.

b) Crítica al concepto de carga

La variedad y heterogeneidad de concepciones sobre la carga en el Derecho de seguros comparado hacen que el concepto de carga del asegurado sea bastante impreciso. Esto se agrava en razón de que el concepto de carga se utiliza para una variedad de funciones. Se ha llegado ha sostener que mientras una regla se pueda clasificar sólo con dificultad en el concepto de regla de conducta y sanción, se está hablando de cargas[35].

Según nuestra opinión, no puede aplicarse indiscriminadamente un concepto de carga único. Debe distinguirse entre carga estructural y carga no estructural.

Las cargas del seguro son, en su gran mayoría, cargas estructurales[36]. Se trata de deberes establecidos como cargas, en razón de la inconveniencia de pactarlos como obligaciones tradicionales[37]. Sin embargo, la distinción entre carga y obligación, en este punto, se hace difusa hasta el punto de no poder determinarse con claridad si estamos ante una categoría diversa.

Esto se debe a que, al tratarse de cargas no estructurales, las diferencias entre cargas y obligaciones se radican en sus diversos efectos[38]. Se estima que este criterio de distinción es débil, pues «la indemnización de perjuicios, la demanda y la ejecución judicial ni son inmanentes a la esencia de la obligación jurídica ni la transgresión de una obligación jurídica conlleva siempre tales sanciones. El derecho civil conoce además obligaciones —por ejemplo, obligaciones de abstención—, que si bien no son coercibles, re-

---

[35] MÖHRLE, ULRICH, *Verhaltensabhängige risikobeschränkungen in der gewässerschadenhaft-plifchtversicherung*, Dissertation, Hamburg, 1992, p. 16, citado por BUCK, S., *op. cit.*, p. 44.

[36] En Chile, con respecto al seguro, sólo puede considerarse carga estructural la establecida en el artículo 556 n.° 7 del Código de Comercio.

[37] DONATI, A., *op. cit.*, p. 389.

[38] Está claramente superada en la doctrina contemporánea la distinción entre cargas y obligaciones, en función del criterio del interés. Los autores han demostrado que las consecuencias económicas de la inobservancia de ciertas cargas afectan indesmentiblemente al asegurador (BUCK, S., *op. cit*, p. 43). Además, negar una relación obligacional entre las partes y reemplazarlo por la teoría de la suposición o presupuesto, acarrea un alto grado de incertidumbre en la determinación de la regulación de las relaciones de las partes, pues las posiciones de deudor y acreedor cambian constantemente en la relación contractual del seguro (LATORRE, N., *op. cit.*, p. 113).

presentan una verdadera obligación»[39]. Además, el reconocimiento de la carga, como una verdadera obligación, tiene la ventaja de hacer extensiva a la carga el sistema normativo de las obligaciones. Con ello, se reconoce la relación acreedor-deudor entre las partes contratantes y se precisa que la naturaleza jurídica proviene del estado de cosas y no de las consecuencias jurídicas, sin cerrarse a la diferencia de si el cumplimiento de la carga puede ser exigible o no[40].

Por todo esto, al intérprete se le presenta la siguiente alternativa. Por un lado, puede entenderse que la carga del asegurado es un tipo de obligación, con características peculiares en cuanto a sus efectos. Por otro lado, puede entenderse que la carga del asegurado es un tipo de deber, que se diferencia de la obligación por sus efectos. Nosotros estamos por esta segunda opción.

Lo que es indiscutible es que las cargas del asegurado son cargas no estructurales, de naturaleza muy similar a las obligaciones, y que sólo se distinguen por sus efectos. Por lo tanto, deben aplicársele supletoriamente las reglas de las obligaciones.

4. Derecho nacional

A continuación, propondremos una noción de carga del asegurado en el Derecho chileno, con el fin de contrastarla con el concepto de carga en el Derecho comparado recién analizado. Esta noción será desarrollada con mayor profundidad en los capítulos siguientes, lo que nos permitirá obtener un concepto de carga del asegurado en el Derecho nacional.

4.1. Derecho legislado

El Derecho legislado chileno de contrato de seguros no ha incorporado el concepto de carga del asegurado. Como analizaremos en su oportunidad, establece obligaciones para el asegurado, cuya sanción ante el incumplimiento es la rescisión[41]. Se ha entendido generalmente que el efecto del incumplimiento de las cargas no afecta a todo el contrato, sino que sólo al derecho a ser indemnizado en un siniestro concreto[42]. En consecuencia,

[39] Buck, S., *op. cit.*, p. 43.

[40] *Ibidem*, pp. 44-45.

[41] *Vid infra* «la rescisión como sanción legal ante la inejecución de cargas del asegurado», p. 189.

[42] Por todos, Halperín, I., *Seguros... op. cit.*, p. 405.

no estaríamos ante verdaderas cargas, sino ante deberes híbridos, entre carga y obligación. Carga pues no da acción ejecutiva, obligación pues afecta la subsistencia del contrato[43].

4.2. Pólizas

Siguiendo la nomenclatura legal, las pólizas suelen referirse a las obligaciones del asegurado, sin hablar de cargas del asegurado. Sin embargo, suelen estipular una regla en virtud de la cual el asegurador queda liberado de sus obligaciones en el contrato ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del asegurado[44]. A nuestro entender, la cláusula citada transforma a los deberes secundarios o accesorios de los asegurados en verdaderas cargas[45]. Esto se debe a que no puede entenderse que las «obligaciones» del asegurado sean otras que las de pagar la prima pues, en sentido técnico, esa es la única obligación, ya que es la única exigible por la contraparte. Además, el incumplimiento de una obligación da derecho a resolución del contrato. En cambio, el incumplimiento de las «obligaciones» del asegurado, según la cláusula de estilo, sólo libera al asegurador de sus obligaciones, pero no resuelve el contrato.

---

[43] Determinar si estamos ante uno u otro caso puede tener relevancia práctica en la hipótesis en que se incumpla una carga a propósito de un siniestro, y posteriormente se provoque otro siniestro que no tenga conexión con el siniestro anterior. Esto fue discutido en el *Common Law*, en *Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual war Risks Association (Bermuda) Ltd, The Good Luck* [1991] 2 W.L.R. 1279 y en *Kumar v. AGF Insurance* [1999] Lloyd's Rep. I. R. 147. A pesar de que en Inglaterra el incumplimiento de las *warranties* no extingue el contrato, sí cancela la cobertura de siniestros posteriores. Sin embargo, si estos casos hubiesen sido resueltos bajo jurisdicción chilena, la solución sería distinta, pues, en primer lugar, para que se produzca la resolución, ella debe ser alegada. El efecto resolutorio no es automático. En segundo lugar, lo más probable es que, de ser una póliza de daños chilena, tendría la cláusula de liberación de responsabilidad del asegurador. Esta cláusula afecta sólo la responsabilidad del siniestro en el que incide la inejecución de la carga, y no el contrato completo. En consecuencia, los siniestros posteriores quedarían cubiertos.

[44] Por ejemplo, el artículo 28 de la POL 1 92 120, titulado «liberación de responsabilidad del asegurador», que reza: «El incumplimiento por parte del asegurado de cualquiera de sus obligaciones liberará a la compañía de toda obligación derivada de este contrato». En el mismo sentido, la cláusula 21 POL 1 90 006 (incendio): «En caso de incumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones que contrae por esta póliza, liberará a la compañía de toda obligación derivada de este contrato». Así también, el artículo 21 POL 1 94 021 (robo), el artículo 15 POL 1 97 008 (responsabilidad civil), y la generalidad de los seguros de daños incorporan esta cláusula.

[45] En el mismo sentido, SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Contratos mercantiles*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 286-287.

Ineludiblemente estamos ante un deber secundario o accesorio, o una carga. Nuestra opinión es que se trata de una carga y no de un deber secundario, pues la transgresión del deber accesorio sólo da derecho a indemnización de perjuicios[46]. No es el caso de la carga, cuya inejecución puede tener como efecto la pérdida del derecho del asegurado, según hemos visto. Esto es así, a pesar de que los perjuicios para el asegurado sean inferiores al valor de la indemnización debida en razón del contrato de seguro.

En síntesis, nuestra conclusión es que la cláusula de estilo establecida en las pólizas de seguros de daño, en virtud de la cual se libera al asegurador de responsabilidad por incumplimiento de alguna de las obligaciones del asegurado, transforma tales «obligaciones» en verdaderas cargas.

4.3. Jurisprudencia

En general, la jurisprudencia no se pronuncia acerca del concepto de carga[47]. Sólo se refiere a las obligaciones del asegurado. Sin embargo, la jurisprudencia nacional, como veremos, da un verdadero tratamiento de cargas a las obligaciones del asegurado[48]. En consecuencia, nos valdremos de los escasos fallos en que los tribunales se refieren a las obligaciones para revisar el estatuto de las cargas en el Derecho nacional.

4.4. Doctrina

En la doctrina nacional, se ha entendido por cargas del asegurado, aquellos «deberes impuestos a un sujeto como tutela de un interés propio,

---

[46] El incumplimiento de los deberes accesorios o secundarios no tiene como consecuencia que se entienda incumplida la obligación principal, sino que sólo dan derecho a indemnización de perjuicios (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones... op. cit*, p. 121). Cfr. STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit*, p. 14, quien coincide en que las cargas del asegurado no son deberes secundarios, pero por otras razones. Según STIGLITZ, como el asegurado se ve favorecido por la inejecución de la carga, no tiene interés en la ejecución del deber. Por lo tanto, no puede estarse ante un deber secundario, pues faltaría el interés correlativo.

[47] No conocemos fallos nacionales en que se analice o siquiera se mencione el concepto de carga del asegurado. En general, las sentencias de seguros se refieren a las obligaciones del asegurado, aludiendo al léxico del Código de Comercio. Existen sólo dos fallos que se refieren a la «caducidad» del seguro, entendido este concepto como sanción por incumplimiento de obligaciones, los que serán analizados más adelante en esta obra. *Vid infra* nota 599.

[48] *Vid infra* «opinión de la jurisprudencia», p. 184.

cuya observancia es necesaria si se quiere alcanzar un determinado resultado y cuya transgresión provocaría la pérdida o menoscabo del resultado»[49].

Se identifican como cargas las que el Código de Comercio llama obligaciones del asegurado, en el artículo 556. Se clasifican en cargas que deben ser ejecutadas al tiempo de la celebración del contrato, durante la vigencia del contrato y una vez ocurrido el siniestro[50]. Pero además, la doctrina considera cargas aquellos deberes del asegurado establecidos en los contratos de seguro, pues «la distinción entre obligaciones y cargas no está expresamente contemplada en nuestro derecho, pero tampoco está prohibido estructurar un contrato estipulando obligaciones como cargas»[51].

4.5. Noción de carga en el Derecho chileno

En nuestra opinión, el concepto general de carga del asegurado del Derecho continental puede aplicarse al Derecho nacional. Pero deben agregarse al concepto ciertos elementos característicos de nuestro ordenamiento, especialmente derivados de las estipulaciones de las pólizas.

El primero de estos elementos consiste en que en Chile no se reconoce, por regla general, la reducción proporcional de la indemnización. Ante la inejecución de la carga, la sanción propuesta es la pérdida total del derecho a ser indemnizado[52].

El segundo elemento es que al ser entendidas las cargas como un tipo de deber, se asimila su inejecución al incumplimiento de un deber. En con-

---

[49] BAEZA PINTO, SERGIO, *El seguro*, Editorial Jurídica de Chile, 4.ª edic., Santiago, 2001, p. 112. Como puede apreciarse, la doctrina nacional adopta el concepto de carga de Donati. La obra de Baeza es la que recibe el concepto de carga del asegurado en Chile. Es seguida muy de cerca por CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 117 y SANDOVAL, R, *op. cit*, p. 286, quienes citan a Baeza. Contreras atribuye la distinción entre carga y obligación a DONATI, A., *op. cit.*, p. 381 y ss.

[50] Por todos, BAEZA, S., *op. cit.*, p. 114.

[51] De este modo, continúa SANDOVAL, R., *op. cit.*, pp. 286-287, señalando que «las pólizas están concebidas de manera que si ciertos deberes del asegurado o del contrayente no se observan, dicho incumplimiento hace caducar o disminuir el derecho del asegurado».

[52] Esta es la misma situación que en Alemania, descrita como la regla del «todo o nada» (BUCK, S., *op. cit.*, p. 38). La disminución proporcional de la indemnización, en razón de los perjuicios del asegurado, es una regla utilizada en España. Según BUCK, S., *op. cit.*, p. 43, esta circunstancia debería llevar a la doctrina española a cuestionarse si se trata de verdaderas cargas. La sanción de la reducción proporcional según el daño producido por el asegurador en el incumplimiento de la carga es apreciada como una sanción justa, pero que apareja la dificultad de la prueba del monto del perjuicio al asegurador. Por esto, es dudoso que esta regla sea practicable (BUCK, S., *op. cit.*, p. 38).

secuencia, se reconoce a la imposibilidad y a la ausencia de perjuicios para el asegurador por la inejecución, como defensas del asegurado ante el efecto extintivo de la carga.

Con relación al efecto de la carga inobservada, la doctrina comparada manifiesta que ella puede disminuir o extinguir un derecho, o evitar su surgimiento[53]. Ello dice relación con los diversos mecanismos técnicos por los cuáles puede reconocerse una carga[54]. Pero, finalmente, lo relevante y común a todos los tipos de cargas, es que la inobservancia puede oponerse como defensa por el asegurador al contestar la demanda donde se le exige el cumplimiento de su obligación principal[55]. En Chile, este efecto se logra a través de la ineficacia del derecho provocada por la rescisión del contrato, en el caso de la carga legal del asegurado, o bien, por la liberación del asegurador de su obligación de pago de la indemnización, en el caso de la carga contractual del acreedor.

Por lo tanto, puede sostenerse que en nuestro Derecho, las cargas del asegurado son deberes distintos de la obligación de pago de la prima, cuya inobservancia tiene como efecto la pérdida del derecho del asegurado a la indemnización, efecto que puede ser inhibido por la acreditación de imposibilidad o ausencia de perjuicio para el asegurador.

---

[53] DONATI, A., *op. cit.*, p. 394, señala que el efecto es «normalmente la pérdida total o parcial (sea porque no surge, sea porque se extingue) de parte del contrayente o del asegurado de un derecho frente al asegurador». OSSA, E., *op. cit.*, p. 322, señala que las sanciones son variadas y están dirigidas a reestablecer el equilibrio de la relación asegurativa. Estas sanciones pueden ser la rescisión, la reducción de la prestación asegurada, la terminación o la caducidad. LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 349, señala que la *déchéance* es una sanción que supone que el siniestro ha tenido lugar. Las sanciones por inejecuciones anteriores al siniestro pueden ser la exclusión del riesgo, la nulidad o la suspensión de la garantía. Una vez producido el siniestro, la inobservancia de los deberes del asegurador se sanciona con caducidad (*déchéance*) que es la pérdida del derecho a la garantía del asegurado por las faltas cometidas con posterioridad al surgimiento de ese derecho. HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit*, p. 414, señala que la caducidad legal funciona como una sanción, que puede ser aplicada de oficio, pero que supone que el asegurador se resista al cumplimiento de la obligación. Por su parte, la caducidad contractual «funciona como una rescisión contractual: la defensa debe ser alegada al contestar la demanda (esto es, ser incluida como tal en la litis) y ser juzgada conforme a los principios que rigen en materia de rescisión expresa, especialmente en cuanto a la trascendencia e importancia del incumplimiento con relación al sistema de contratación en masa y técnica del seguro, y respecto a la medida de las obligaciones del asegurador» (p. 414).

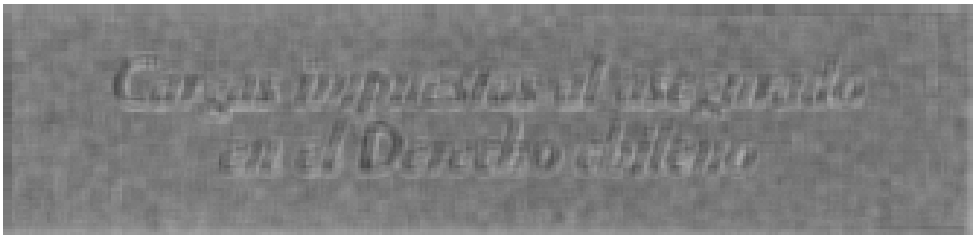
[54] Debe recordarse que MICHELI, G., *op. cit.*, p. 99, ha sostenido, respecto de la carga de la prueba, que ésta «no es más que la expresión de una consecuencia práctica de otras reglas jurídicas».

[55] PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, p. 159, señala que las *obliegenheiten* son deberes cuya violación resulta en la pérdida del reclamo indemnizatorio del asegurado.

Esta sanción se manifiesta como la opción que tiene el asegurador de oponer la excepción de inejecución de la carga al contestar la demanda, donde se le exige el cumplimiento de la garantía aseguradora para el siniestro en que la inobservancia ha incidido.

Estas conclusiones pueden ser refrendadas en los tres capítulos siguientes, donde se examinan las cargas no estructurales del asegurado en el Derecho chileno, se realiza una tipología de las cargas del asegurado en el Derecho nacional y se analiza la disciplina de las cargas en el Derecho de seguros chileno.

IV



1. Introducción

En nuestro Derecho de seguros, la determinación de los efectos del incumplimiento de las conductas impuestas al asegurado presenta diversas dificultades. Por un lado, nuestro Código de Comercio establece, en el artículo 556, cuáles son las obligaciones del asegurado. Sin embargo, en vez de establecer la resolución como sanción ante su incumplimiento, impone que «el seguro se rescinde por inobservancia de las obligaciones contraídas» (artículo 557 N.° 2 del Código de Comercio). Por otro lado, la doctrina ha calificado las obligaciones legales del asegurado como «cargas»[1]. Finalmente, las condiciones generales de las pólizas establecen que, ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas al asegurado, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar el siniestro[2].

Ante este panorama, surgen diversas preguntas con respecto al efecto del incumplimiento de algunas de las conductas que la ley y el contrato imponen al asegurado. ¿Se trata de obligaciones, deberes o cargas? ¿Prima la regulación legal o la regulación contractual? ¿Es lícito que se establezcan en las condiciones generales de las pólizas efectos más gravosos ante el incumplimiento de obligaciones del asegurado que en la ley? ¿Cabe aplicar las reglas de protección al consumidor? ¿Quién debe probar el incumplimiento de las obligaciones del asegurado? ¿Se debe acreditar negligencia del asegurado? ¿Se trata de responsabilidad objetiva o por el resultado? ¿Qué ocurre si existe falsedad involuntaria en la información? ¿El asegurador debe probar perjuicios? ¿Puede lícitamente el asegurador dejar de pagar un siniestro alegando inejecución de cargas? ¿Puede el asegurador in-

[1] Por todos, Baeza, S., *op. cit.*, p. 113.

[2] Por todas, número 10 (titulado «pérdida de derechos») POL 1 89 001.

currir en responsabilidad por negarse al pago de un siniestro aduciendo inejecución de una carga o incumplimiento de obligaciones? ¿La sanción ante la inejecución de la carga del asegurado es la rescisión, la resolución o alguna otra?

A nuestro entender, ninguno de estos interrogantes puede responderse con claridad, atendiendo al estado actual de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina. Esto es especialmente alarmante, si se tiene en cuenta que, en general, se trata de preguntas que encuentran una respuesta de solución relativamente sencilla en otras áreas del Derecho privado. En cambio, la determinación de la naturaleza y características de las cargas, que son elementos centrales del funcionamiento del contrato de seguro, presenta dudas técnicas básicas en nuestro Derecho de Seguros. Por todo esto, no nos debe extrañar que la opinión generalizada acerca del contrato de seguro sea que éste se compone de tecnicismos difíciles de comprender[3].

2. Doctrina nacional

Nuestra doctrina del Derecho de seguros ha incorporado la extendida idea de que el contrato de seguros contiene cargas para el asegurado. Según los autores nacionales, éstas se encontrarían establecidas en el artículo 556 del Código de Comercio, aunque no lo señalan con claridad[4]. En general, los textos chilenos que tratan sobre las cargas en el seguro realizan las siguientes afirmaciones: que en el contrato de seguros no nacen sólo obligaciones, sino que obligaciones y cargas; que las cargas se establecen en interés propio del asegurado; que no está prohibido el pacto de cargas. Usualmente señalan, además, y en forma breve, qué se entiende por cargas.

[3] Esto se refleja claramente en la encuesta de percepción de imagen encargada por la Asociación de Aseguradores de Chile A.G. en 2001. Ante la pregunta si las compañías aseguradoras «usan muchos tecnicismos que confunden», el 76% de los encuestados respondió afirmativamente (Asociación de aseguradores de chile, *Boletín de opinión*, n.° 21).

[4] Los autores a los que nos referimos son Baeza, S., *op. cit.*, p. 113; Contreras, O., *op. cit.*, p. 117; Sandoval, R., *op. cit.*, pp. 286-287. Llama la atención que en textos clásicos del Derecho Comercial chileno, como Palma Rogers, Gabriel, *Derecho comercial*, Editorial Nascimento, Santiago, 1941; Varela, Raúl, *Derecho comercial*, Editorial Universitaria, Santiago, 1949; Olavarría A., Julio, *Manual de Derecho comercial*, Imprenta Clarasó, 3.ª edic., Barcelona, 1970, no se incluya como materia el Derecho del contrato de seguro, a pesar de ser regulado en el Código de Comercio. En De Solminihac Iturria, Jaime, *Compendio de Derecho comercial*, Sociedad Editora Metropolitana, Santiago, 2001, v. 2, p. 519, un manual de Derecho mercantil más contemporáneo, aparecen mencionadas las obligaciones del asegurado, atribuyéndosele como consecuencia de su incumplimiento la nulidad del seguro, sin que exista mayor análisis ni crítica ante esta solución.

A continuación, se revisan las obligaciones y cargas del contrato de seguros, distinguiendo entre cargas y obligaciones al momento de celebrar el contrato, cargas y obligaciones durante la vigencia del contrato; y, finalmente, obligaciones o cargas durante la vigencia del contrato de seguro[5]. Sin embargo, estos autores no señalan cuáles de las conductas impuestas por el artículo 556 del Código de Comercio son obligaciones y cuáles cargas. Llama la atención que en ciertas ocasiones se hable de obligaciones «y» cargas, y, en otras, de obligaciones «o» cargas. Con esto, queda aún menos claridad acerca de si los respectivos artículos establecen una u otra categoría de deber o ambas juntas. En este segundo caso, no se señala cuáles corresponden a la respectiva categoría[6].

Pero si leemos a estos autores con más atención, podemos observar que, al parecer, lo que proponen es que las obligaciones pueden ser pactadas como cargas[7]. Es decir, sin perder su naturaleza de prestación como obligación, puede alterarse el efecto normal de las obligaciones al pactarse como cargas. En consecuencia, la única característica especial de estas obligaciones sería que, ante su incumplimiento y al ser estructuradas como carga, no se puede exigir su cumplimiento, sino que, de ser incumplidas, hacen que el asegurado pierda su derecho a la indemnización pactada en el seguro. Sin embargo, podría entenderse también que al señalar estos autores que las «obligaciones pueden pactarse como cargas», están dejando establecido que las cargas son categorías diversas que las obligaciones. En este caso, se estaría usando la expresión obligación como sinónimo de «comportamiento requerido». En este sentido, podría sostenerse que los autores nacionales entienden que los comportamientos requeridos a los aseguradores pueden pactarse como cargas.

Sostener una u otra posición tiene relevancia, pues el primer punto de vista supone que una carga en sentido técnico puede considerarse similar a una obligación, con todas sus características, salvo que no puede exigirse su cumplimiento. En cambio, la segunda posición implica aceptar que la carga constituye una categoría autónoma del deber o de la obligación, y que, por lo tanto, tiene toda una significación técnica propia.

---

[5] Esta distinción la encontramos originalmente en ALAUZET, *Traité general des assurances*, Cosse Imprimeur-éditeur, Paris, 1844, pp. 412-422. Este es el autor más citado en las notas de Ocampo sobre el título VIII del libro II del Código de Comercio (*vid* BRAHM GARCÍA, ENRIQUE (editor), *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena*, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, v. 1, pp. 257-264).

[6] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 113; CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 117; SANDOVAL, R., *op. cit.*, pp. 286-287.

[7] Así, BAEZA, S., *op. cit.*, p. 112. En el mismo sentido, SANDOVAL, R., *op. cit.*, pp. 286.

Los autores no se pronuncian expresamente en uno u otro sentido, pues explican poco más que los efectos que se desprenden del tenor literal de la ley. Esto es claramente insuficiente, si se pretende dar respuesta a las preguntas esbozadas al inicio de este apartado. Por todo esto, actualmente nuestra doctrina deja sin contestar los interrogantes acerca de los precisos efectos de las conductas exigidas al asegurador en el contrato de seguros.

3. Conductas impuestas al asegurado en la ley

A continuación, revisaremos las distintas posiciones respecto al significado técnico de las conductas impuestas al asegurado en el artículo 557 del Código de Comercio. Luego de revisar las opiniones de la doctrina y de realizar un análisis histórico del establecimiento de este artículo, propondremos nuestra interpretación acerca del sentido técnico del artículo 557 del Código de Comercio, con especial énfasis en el significado de la expresión «rescisión».

3.1. ¿Cargas, obligaciones o requisitos de validez?

La determinación de los efectos de las obligaciones del asegurado en el Código de Comercio presenta una dificultad relevante para su correcta comprensión. Ésta consiste en que la ley ha establecido la sanción de «rescisión» para el caso de «inobservancia» (artículo 557 del Código de Comercio). Como hemos dicho, estas reglas han sido calificadas como cargas por la doctrina, pero también como obligaciones, siguiendo la nomenclatura legal[8]. Sin embargo, la sanción ante el incumplimiento de estos deberes es la rescisión, lo que produce aún más dudas sobre la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen de estas reglas de conducta.

Esto se debe a que la doctrina civilista nacional está de acuerdo en que la expresión rescisión debe entenderse, en nuestro Derecho privado, como sinónimo de nulidad relativa[9]. Se trata, por consiguiente, de una sanción exclusivamente aplicable a vicios que tienen lugar al momento de contraer la obligación. No es una sanción aplicable a la inejecución o incumplimiento de deberes u obligaciones a la época de ejecución del contrato, una vez que ha sido celebrado.

---

[8] Por todos, Baeza, S., *op. cit.*, p. 111.

[9] Por todos, Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, v. 6, p. 581; Fabres, José Clemente, *Obras completas*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1908, v. 3, p.109; Abeliuk, R., *op. cit.*, v. 1, p. 164.

Por esto, Alessandri Besa ha criticado el uso de la expresión rescisión en el artículo 544 del Código de Comercio, que establece la sanción de rescisión del contrato por no pago de la prima. Según este autor, se trata de un término mal empleado, pues consiste propiamente en una resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contraídas[10].

3.2. Significado de la expresión «rescisión» del artículo 557 del Código de Comercio

a) Opinión de Alessandri Besa

A pesar de criticar el uso de la expresión «rescisión» en el artículo 544 del Código de Comercio, Alessandri Besa valida el uso de dicho concepto en el artículo 557, que también regula el efecto del incumplimiento de obligaciones. Para este autor, el artículo citado supone una excepción a la regla general, que consiste en que la ineficacia de un contrato por causas posteriores a su celebración, corresponde al incumplimiento de condiciones establecidas por las partes contratantes. El efecto es la resolución del contrato. Sin embargo, «para el Código de Comercio, cualquiera infracción a las obligaciones contraídas por el asegurado en el contrato de seguro, no produce la resolución del contrato, como sucede por regla general en los contratos, sino que dichas infracciones constituyen un vicio de rescisión del contrato, el que, consiguientemente, puede ser declarado nulo, quedando el asegurador exonerado de pagar el monto de la prima al asegurado»[11].

Resulta curioso, en todo caso, que el autor citado señale que si la misma regla se desprende de la regulación contractual, el resultado es diverso.

---

[10] ALESSANDRI BESA, ARTURO, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1949, p. 72.

[11] *Ibidem*, p. 65. El fundamento de esta regla estaría, según el autor, en la «naturaleza especial del seguro» como contrato aleatorio. Si el asegurado no cumple con todas las obligaciones que contrajo, puede perjudicar gravemente al asegurador, aumentando los riesgos de la cosa asegurada, o impidiendo al asegurador calcular el monto preciso de la indemnización que debe pagar en caso de siniestro. Por ello, en el seguro «todo error es esencial y todo dolo es principal, debido a la gravedad que pueden revestir estos vicios del consentimiento, al no permitir que el asegurador tenga un conocimiento exacto de la verdad acerca de la cosa asegurada y de los riesgos que corre; por eso, el Código de Comercio, a fin de evitar las graves consecuencias que podrían originarse, ha elevado las infracciones contractuales, que en los demás contratos constituirían condiciones resolutorias, a la categoría de causales de rescisión, es decir, a vicios que acarrean la nulidad del contrato de seguro» (p. 66).

Así cita un fallo en el que se resolvió sobre el efecto del incumplimiento de la siguiente cláusula: «si los objetos mencionados en la póliza son garantidos por otro u otros contratos de seguro, el asegurado está obligado a ponerlo en conocimiento de la compañía aseguradora, a falta de lo cual, producido el siniestro, dicha póliza quedará nula, y el asegurado quedará privado de todo derecho a indemnización»[12]. El autor califica esta estipulación de la siguiente forma: «jurídicamente, estamos en presencia de una condición resolutoria, a pesar de que se habla de la "nulidad de la póliza", y tiene el carácter de condición por la circunstancia de haber sido establecida en una cláusula puramente contractual por las partes contratantes; no se trata de un vicio o prohibición legal, que afecte la validez del acto jurídico, sino que de una condición acordada voluntariamente entre asegurador y asegurado»[13].

Este razonamiento produce el anómalo resultado por el cual los derechos del asegurador quedan protegidos más eficazmente en la medida que no estipule efectos al incumplimiento de las obligaciones del asegurado. De hacerlo, tales obligaciones quedarán sujetas al régimen común, lo que implica una serie de ventajas para el asegurado. Ellas consisten en que el asegurador debe probar el daño, la relación causal. Además, dado que la culpa y el dolo del asegurado se presumen ante el incumplimiento, este último podría alegar caso fortuito o, dependiendo del tipo de obligación, debida diligencia para exonerarse del efecto del incumplimiento. En cambio, si no se estipula la conducta exigida como obligación, el Código de Comercio contempla la rescisión como efecto. Y si se trata de rescisión, bastaría con probar el hecho de que la conducta requerida legalmente no se ha ejecutado. Por lo tanto, en este entendido es más conveniente para el asegurador guardar silencio, que contemplar en el contrato la conducta de su interés como obligación del asegurado, lo que resulta absurdo.

b) Historia de la ley

b.1) Primer borrador del Código de Comercio

El primer borrador del Código de Comercio no contiene una disposición similar a la del actual artículo 557 del mismo cuerpo legal. No se establece la regla general del efecto de las obligaciones incumplidas. Más aún, en cierta ocasión se utiliza indistintamente la expresión resolución y

[12] Corte Suprema, (cas.), 15 de diciembre de 1923, *RDJ*, t. 22, secc. 1.ª, p. 792.
[13] ALESSANDRI BESA, A., *op. cit.*, p. 65.

rescisión, dando la impresión de que el codificador las confunde[14]. Tampoco se establece el efecto del incumplimiento de la obligación de pagar la prima, la que claramente es una obligación en la redacción actual de nuestro Código mercantil.

Con todo, el primer borrador nos da pistas de las fuentes que Ocampo tuvo a la vista para redactar el Código. Destacan entre ellas Alauzet, Gouget, Quenault y el Código de Comercio holandés[15]. De estas cuatro fuentes, hemos tenido a la vista tres. En ellas, no existen normas ni opiniones doctrinales que establezcan la rescisión como efecto del incumplimiento de obligaciones del asegurado. De todas formas, se aprecia en estas obras que la opinión de los tratadistas franceses, revisados por Ocampo, es que no todas las exigencias de conducta impuestas al asegurado son propiamente obligaciones. También, que los efectos de la resolución son distintos en el contrato de seguros que en otros contratos[16].

---

[14] En un párrafo, Ocampo discurre acerca de la práctica de las compañías de seguros de imponer a los asegurados la obligación de certificarles la enajenación de la cosa asegurada, reservándose la facultad de rescindir el contrato. En el párrafo siguiente habla del fundamento de «esta resolución». Dicho fundamento consiste en que «el seguro es un contrato condicional», y la condición se mantiene en la medida que la cosa se exponga a los riesgos que asumió el propio asegurador (BRAHM, E., *op. cit.*, p. 262). El primer borrador consiste sólo en notas y no cabe necesariamente entender que Ocampo confundiese rescisión con resolución. Sin embargo, queda de manifiesto que en la doctrina aseguradora de entonces, como hoy, no existe total claridad acerca del efecto de la inejecución de las conductas exigidas al asegurado.

[15] El Código de Comercio francés de 1807 no contiene reglas sobre seguros. Respecto a los autores citados, BRAHM, E., *op. cit.*, pp. 41 y 44, señala que Ocampo tuvo a la vista el *Traité general des assurances*, Paris, 1843 y el *Commentaire du Code de comerce et de la legislation commerciale* (Alauzet); *Nouvelle législation de l'impot et du credit public*, París, 1816 (Gouget) y *Traité des assurances terrestres*, Paris, 1828 (Quenault).

[16] ALAUZET, ISIDORE, *Traité general des assurances*, Cosse (imprimeur-editeur), Paris, 1844, v. 2; y el Código de Comercio holandés (el más completo de su época). No encontramos en el Código de Comercio Holandés una regla similar a la del 557. Tampoco, en la obra de Alauzet, una referencia a la rescisión como sanción en caso de inejecución de obligaciones del asegurado. Sin embargo, QUENAULT, HYPPOLITTE-ALPHONSE, *Traité des assurances terrestres*, Warée, Paris, 1828, p. 193, reconoce que el efecto de la resolución en el contrato de seguro es distinto al de otros contratos. Postula que, como la prestación del asegurador ya ha sido ejecutada pues el riesgo ya ha corrido, no cabe que el asegurador devuelva la prima. Pero no afirma en su obra que el efecto del incumplimiento del asegurador sea la rescisión. En el mismo sentido opina POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Traité du contrat d'assurance*, Raux-Rambert, Marseille, 1810, pp. 293-294. Llama la atención que Quenault no sólo hable de obligaciones del asegurador, sino también de «formalidades» a cargo del asegurado. Por ejemplo, menciona la «formalidad» de notificar el acaecimiento del siniestro dentro de tres días al asegurado. El efecto de la falta de ejecución de esta *formalité* es el surgimiento de una excepción perentoria a favor del asegurador (*op. cit.*, p. 193).

b.2) Segundo borrador del Código de Comercio

Tampoco se encuentra en este proyecto una disposición de aplicación a los seguros en general, similar al actual artículo 557 del Código de Comercio. El artículo 668 del segundo borrador habla del «deber del asegurado» de emplear la debida diligencia para prevenir el siniestro. No se establece el efecto del incumplimiento del deber, el que actualmente se reconoce como obligación en el artículo 556 N.° 3.

Pero existe un claro antecedente de los actuales artículos 556 y 557 del Código de Comercio: es el artículo 700 bis del segundo borrador. En el párrafo quinto de esta disposición, se propone la siguiente redacción que transcribimos literalmente: «*Resolución del seguro.* Fuera de las causas de rescisión [sic] que determinan los arts. 680 y 692. El seguro puede ser rescindido: 1.° Por la inejecución de las condiciones estipuladas. 2.° Por defecto o extinción de los riesgos». Más adelante, siempre en el mismo artículo, se establece: «El seguro se rescinde: 1.° Por la inejecución de las condiciones estipuladas incluso las designadas en los art. [...] como la de pago de la prima o de la indemnización. Si la falta o extinción fuere parcial, el seguro será rescindido». A continuación, detalla las obligaciones del asegurado, de una forma muy similar a la del actual artículo 556 del Código de Comercio. Sin embargo, se incluye dentro de las obligaciones la de pago de la prima, la que actualmente se encuentra excluida de la enumeración de obligaciones del artículo citado[17].

Se desprende del segundo borrador un mayor grado de confusión entre los términos resolución y rescisión: primero, se utiliza la expresión «deber», pero no se le asigna efecto; segundo, se encabeza un artículo (700 bis) con la expresión «resolución», y luego se habla de casos de rescisión; tercero, se habla de rescisión por «inejecución de condiciones», no por incumplimiento de obligaciones, de una forma similar a lo que Quenault entendía por incumplimiento de formalidades; cuarto, se establece que el seguro se rescinde por incumplimiento de la obligación de pago de la prima.

b.3) Redacción definitiva

En el texto definitivo del Código de Comercio, se optó por establecer una serie de exigencias para el asegurado como «obligaciones», enumerándolas en el artículo 556. Se estableció como sanción por inobservancia la rescisión del seguro.

[17] BRAHM, E., *op. cit.*, pp. 459-460.

Pero a pesar de esto, y no obstante incluirse la obligación de pagar la prima en el N.° 2 del artículo 556 del Código de Comercio, el mismo cuerpo legal establece efectos diversos para el incumplimiento de dicha obligación. Las diferencias consisten, primero, en que el asegurador, ante la mora en el pago del asegurado, tiene derecho a optar por la ejecución forzada de la obligación, y segundo, a que en caso de elegir la «rescisión», tiene derecho a indemnización de perjuicios[18].

Con esto, se hace una distinción entre la obligación de pago de la prima, con las demás obligaciones del contrato de seguro, las que carecen de acción ejecutiva.

Lamentablemente, no disponemos de información acerca de la fuente de los cambios provocados entre el segundo borrador y la redacción definitiva[19]. Ello dificulta la labor de determinar el sentido que el redactor quiso dar a la voz «rescisión».

c) Opinión de la jurisprudencia

La jurisprudencia nacional no contiene, por lo general, pronunciamientos acerca de la naturaleza jurídica de la sanción impuesta por el artículo 557 del Código de Comercio. Las escasas menciones a la cuestión se limitan a reconocer que la rescisión es la sanción impuesta ante el incumplimiento de obligaciones establecidas en el artículo 556, tal como reza el artículo 557 del Código de Comercio[20]. El efecto preciso generalmente se ignora, y simplemente se declara en la sentencia que la demanda del asegurado se rechaza.

Esta actitud no debe extrañarnos, pues junto con la escasa elaboración jurídica de los fallos, existe una razón práctica que inhibe mayores pronunciamientos. Dicha razón consiste en que a las partes sólo les interesa, en la práctica, saber si se decreta que la indemnización debe ser pagada, o si

---

[18] El artículo 544 del Código de Comercio establece que, ante el incumplimiento de la obligación de pagar la prima, el asegurado puede «demandar la entrega de ella o la rescisión del seguro con indemnización de daños y perjuicios». Es decir, una solución muy similar a la del artículo 1489 del Código Civil, sólo que utiliza la expresión rescisión, en vez de resolución.

[19] BRAHM, E., *op. cit.*, p. 26. La Comisión Revisora del Código de Comercio inició su trabajo luego de la elaboración del segundo borrador (1861), terminando su labor en 1864. Las actas de la comisión se han perdido. Sin embargo, señala BRAHM que «los testimonios de quienes tuvieron acceso a dicha fuente coinciden en señalar que casi no hacen referencia a los fundamentos en virtud de los cuales se introdujeron modificaciones en el texto de Ocampo» (p. 26).

[20] *V. gr.*, CONTRERAS STRAUCH, OSVALDO, *Jurisprudencia sobre seguros. Recopilación y análisis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, v. 2, p. 494 (fallo 87).

no debe serlo. Es usual que el monto de las primas sea muy menor en comparación con el valor de la indemnización. Precisamente, esa es una característica esencial del seguro, que deriva de su carácter colectivo, del que otros contratos carecen. En consecuencia, lo que realmente importa a las partes es el pronunciamiento acerca de si se acoge o no la demanda que solicita al juez que ordene el pago de la indemnización.

No obstante, existe un fallo que se ha ocupado de la determinación de la naturaleza jurídica del incumplimiento de las obligaciones del asegurado. En este fallo, se sostiene que el Código de Comercio no ha utilizado correctamente la expresión «rescisión» al hablar de la sanción aplicable a la transgresión del asegurado de su obligación de no agravar el riesgo. El árbitro Sr. Juan Pablo Monti sostiene que se trata, en verdad, de una resolución por incumplimiento de obligaciones. La equipara a la condición resolutoria tácita del artículo 1489, que operaría en razón de no cumplir una parte lo pactado[21].

Como puede apreciarse, la sentencia que se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de los deberes del asegurado, los califica de obligaciones. Esta sentencia aplica analógicamente las reglas de la condición resolutoria tácita. Sin embargo, es evidente que no hay una línea jurisprudencial, sobre la naturaleza jurídica del efecto del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 556 del Código de Comercio. Lo concreto es que los tribunales, en la mayoría de los casos, rechazan o acogen las demandas donde se exige el pago de la indemnización, dependiendo de si estiman que la obligación ha sido o no incumplida.

d) Nuestra opinión

Es relevante determinar la naturaleza de la sanción ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 556 del Código de Comercio[22]. Nos inclinamos a pensar que este artículo establece cargas y no

[21] *Ibidem*, v. 3, p. 896 (fallo 261).

[22] No es tan importante la diferencia entre rescisión y resolución con respecto a los efectos. En ambos casos, deben restituirse las partes al estado anterior del contrato. El artículo 1487 del Código Civil establece que, cumplida la resolución, deberá restituirse lo que se hubiera recibido bajo tal condición (*vid* ABELIUK, R., *op. cit*, v. 1, p. 491). Un principio similar es el establecido en el artículo 1687, según el cual la nulidad pronunciada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (*vid* CLARO SOLAR, L., *op. cit.*, v. 6, p. 635). Sin embargo, lo anterior supone identificar rescisión con nulidad relativa, posición a la que no nos adherimos. Consideramos que lo relevante es determinar el régimen propio de la inejecución de las conductas establecidas en el artículo 556 del Código de Comercio.

obligaciones, a pesar del tenor literal de la disposición. La inejecución de estas cargas tiene como efecto la rescisión, tal como lo establece el artículo 557 del mismo Código. Nuestra opinión se apoya en tres fundamentos:

d.1) Requisitos de la rescisión del artículo 557 del Código de Comercio

La rescisión del artículo 557 del Código de Comercio es una sanción propia del seguro, para la inejecución de las cargas establecidas en el artículo 556 del mismo Código. No se trata de verdaderas obligaciones, pues ante su inejecución el asegurador no puede pedir la ejecución forzada del contrato, ni tampoco indemnización de los perjuicios que le irrogue tal inejecución. La falta de ejecución de las conductas impuestas en el artículo 556 del Código de Comercio se traduce simplemente en la ineficacia del contrato de seguro. Esta ineficacia del contrato acarrea la ineficacia del derecho del asegurado a obtener la indemnización ante el respectivo siniestro. Sin embargo, al ser las cargas no estructurales verdaderos deberes, el asegurado puede justificar su inejecución probando caso fortuito. Además, se reconoce también como defensa del asegurado la alegación de falta de perjuicio del asegurador. Ambos elementos serán analizados a propósito de la disciplina de las cargas del asegurado en el Derecho chileno[23].

Así, un fallo niega declarar la «nulidad» del seguro, en razón de que, en equidad, no puede aceptarse como causa de nulidad del seguro la falta de aviso dentro de tercer día, si es que tal omisión no puede provocar perjuicio al asegurador[24]. En el mismo sentido, otra sentencia niega el rechazo del pago al asegurado por parte del asegurador, en razón de que la falta de aviso no le ha irrogado perjuicio alguno a la compañía[25].

Esto quiere decir que la rescisión del artículo 557 del Código de Comercio, como sanción a la inejecución de las cargas impuestas en el artículo 556 del mismo Código, no puede identificarse con la nulidad relativa. Esta sanción es propia de los vicios constitutivos del acto jurídico. En cambio, las cargas no estructurales del artículo 556 son formas de establecer deberes, cuya inejecución da lugar a una forma de ineficacia especial, tipificada por el Código de Comercio bajo el nombre genérico de rescisión, pero de régimen propio y característico de este sector del ordenamiento jurídico.

[23] *Vid infra* «defensas del asegurado ante la alegación de inobservancia», pp. 266-274.
[24] CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 351 (fallo 18).
[25] *Ibidem*, v. 2, p. 557 (fallo 116).

d.2) Significado del término rescisión en el Código de Comercio

Es difícil pensar que Ocampo utilizó la expresión rescisión queriendo significar nulidad relativa. Un examen del uso de la expresión rescisión en el Código de Comercio, nos lleva a pensar que el codificador mercantil utilizó la expresión rescisión como especie de ineficacia por la inejecución de deberes contractuales. En efecto, la expresión rescisión es usada, a propósito de otros contratos bilaterales, para designar el efecto del incumplimiento de obligaciones. Sin embargo, se trata, sustancialmente, de casos de resolución[26]. Por su parte, la expresión resolución es utilizada en el Código, sólo en el Libro III que, como sabemos, no corresponde a la redacción original[27]. De este modo, da la impresión que la expresión «rescisión» no puede identificarse, en el Código de Comercio, con la nulidad relativa.

A pesar de que tradicionalmente rescisión se ha identificado con la ineficacia de vicios constitutivos, lo señalado en el párrafo anterior no se opone a nuestro sistema de Derecho privado[28]. En efecto, en algún caso de rescisión, se ha debido reconocer que esta expresión no es sinónimo de nulidad relativa[29]. En otro, se ha puesto de manifiesto que la rescisión no deriva de un vicio que corresponda a la falta de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del acto o contrato, según su especie, o a la ca-

[26] *V. gr.* artículo 153 del Código de Comercio, que establece rescisión de la venta con indemnización de perjuicios, o pago del precio con intereses legales, por rehusar el comprador, sin justa causa, la recepción de las mercaderías compradas (no sería propiamente una carga, sino una obligación, pues el rechazo de la mercadería supone el no pago del precio, es decir, el desconocimiento del contrato). También, el artículo 156 del mismo cuerpo legal, que establece la rescisión por la no entrega de las mercancías vendidas. Véase también los artículos 170, 182, 195, 332 y 334 del Código de Comercio.

[27] Fue reemplazado íntegramente por la ley 18.680, de 11 de enero de 1988.

[28] *Vid supra* nota 366.

[29] CLARO, L., *op. cit.*, v. 11, p. 625, quien a propósito de la acción pauliana señala que el acto rescindible puede ser un acto lícito en cuanto a su formación y, por lo tanto, a pesar de ser rescindible, no es anulable. En consecuencia, «si se ha querido decir que los actos o contratos referidos están sujetos a *rescisión*, lo que no corresponde a la expresión *son nulos y de ningún valor relativamente a la masa*, se habría dado a la voz rescisión un sentido distinto del que corresponde a la nulidad relativa de un acto que tiene lugar por algún vicio del consentimiento o por una incapacidad relativa o particular de alguna de las partes; y habría que llegar a la conclusión de que el Código, no habiendo dictado disposición especial alguna, ha dejado este asunto entregado a la tradición del derecho, tal como la entendió y aplicó el título XV de la Partida quinta que dio cabida a esta acción pauliana, sin darle este nombre». En consecuencia, Claro desestima identificar rescisión con nulidad relativa para el caso de la acción pauliana.

lidad o estado de las partes[30]. En consecuencia, puede proponerse una lectura distinta del artículo 1682 del Código Civil. En virtud de esta interpretación, nulidad relativa y rescisión no son sinónimos, sino que la rescisión es la sanción para los casos de nulidad relativa, pero puede ser la sanción para otros casos en que la causa de rescisión sea distinta a un vicio de nulidad. En consecuencia, la rescisión debe considerarse una sanción general de ineficacia, cuyas consecuencias son tan diversas como los distintos casos que la consagran[31].

Lo anterior no quiere decir que no pueda ensayarse una noción general de rescisión. Adherimos a la propuesta por Díez-Picazo y Gullón para la rescisión en el Derecho español, según la cual «la rescisión es el remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, consistente en hacer cesar su eficacia, *por lo que es un supuesto de ineficacia sobrevenida*. El contrato es válido, pero en razón de aquel perjuicio, y siempre que no hay otro remedio para repararlo, se concede a las personas perjudicadas la acción rescisoria»[32]. En Chile, el artículo 1682 del Código Civil señala que la nulidad relativa da derecho a la rescisión del acto o contrato. Pero esto no quiere decir que la rescisión sólo sea la sanción de los actos que contienen vicios de nulidad relativa. En efecto, puede considerarse que la rescisión, además de ser una sanción aplicable a los casos de nulidad relativa, es una sanción de ineficacia para actos jurídicos válidamente formados. Entre estos actos, Vial del Río agrupa a los «actos jurídicos impugnables», que son aquellos que, «incluso reuniendo todos los requisitos de validez, pueden destruirse en sus efectos, en virtud de acción de las partes o de tercero, por circunstancias extrínsecas, a menudo supervinientes, a las que el ordenamiento da relevancia»[33]. Agrega este autor que «los actos impugnables se diferencian de los anulables en que la ineficacia de los primeros se debe a una circunstancia extrínseca al

[30] LEÓN HURTADO, AVELINO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª edic., Santiago, 1990, p. 224, sostiene que la lesión no es vicio del consentimiento, «toda vez que la anulación se produce atendiendo sólo a la correspondencia de los valores y no a la voluntad de los contratantes».

[31] Así, DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 527, al sostener que «a la variedad de supuestos de la rescisión corresponde la diversidad de efectos de la acción». El autor señala que, al menos, debe distinguirse entre los casos de rescisión por lesión, con su eficacia restitutoria, y los aquellos de rescisión a favor de los acreedores, con eficacia revocatoria.

[32] DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tecnos, 2.ª edic., Madrid, 1998, v. I/2, p. 87.

[33] VIAL, V., *op. cit.*, pp. 236-237. Entre los ejemplos de actos impugnables, Vial se refiere a los casos de lesión y el fraude pauliano.

acto. Asimismo, a diferencia de la nulidad, la impugnación no opera, normalmente, con efecto retroactivo»[34].

En síntesis, puede entenderse que el Código de Comercio y, específicamente, su artículo 557, utilizan la expresión rescisión no como sinónimo de nulidad relativa, sino como «remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, consistente en hacer cesar su eficacia»[35].

d.3) La rescisión como sanción legal ante la inejecución de cargas del asegurado

Estimamos que la rescisión es una sanción técnicamente adecuada para el incumplimiento de las obligaciones en el seguro[36]. En efecto, se ha sostenido que «en la rescisión estamos ante una ineficacia sucesiva, por tratarse de contratos que han producido sus efectos típicos, que pueden ser eliminados retroactivamente»[37]. Esto se debe a que «la existencia de una lesión no ataca la estructura del contrato, sino que incide únicamente sobre la función que el Derecho le reconoce, y concretamente sobre su idoneidad para realizar de modo regular sus efectos propios. A esto va dirigida precisamente la rescisión, a hacer desaparecer *inter partes* esos efectos no idóneos del contrato, respetando su validez»[38]. Por esto, puede entenderse a la rescisión «como una reacción no contra el contrato, sino contra sus efec-

---

[34] *Ibidem*, p. 237.

[35] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones... op. cit.*, v. I/2, p. 87.

[36] Esa es la posición sostenida por PONS GARRIGA, ANTONIO, *La rescisión del contrato de seguro*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 64. El autor citado sostiene que, en la LCS, se habla de resolución del contrato en los artículos 13 y 83.a, y de rescisión en los artículos 10, 12, 35 y 36. Para Pons, la rescisión depende de circunstancias externas que pueden aparecer en cualquier momento de la vigencia. Por esto concluye que «es la rescisión el término adecuado para definir la ruptura del contrato de seguro cuando sobreviene alguna de las coyunturas pronosticadas». En nuestra opinión, el artículo 13 LCS constituye un caso de revocación admitido por la ley en razón de un cambio de circunstancias (disminución del riesgo). Por su parte, el artículo 83.a es una autorización de la ley para revocar el contrato dentro de un lapso. En ambos casos, a favor del asegurado. El artículo 10 establece una acción rescisoria con plazo, en razón de información requerida en la etapa de formación del contrato. El artículo 12 puede considerarse un caso de rescisión por agravación del riesgo. El artículo 35 es un caso de revocación autorizada al asegurador por traspaso (transmisión) del objeto asegurado. En el artículo 36 se prohíbe esta revocación en razón de tratarse de pólizas a la orden. Esto demuestra que la sanción genérica de rescisión puede comprender diversos efectos de ineficacia.

[37] MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 218 y 220.

[38] *Ibidem*, p. 221.

tos»[39]. Es por esto que podría considerarse que la rescisión es un efecto adecuado para ciertas exigencias conductuales impuestas al asegurado en la póliza[40].

Debe recordarse que el contrato de seguro presenta un equilibrio precario, que se encuentra determinado especialmente por dos factores: primero, que la información del riesgo, que en su mayor parte está en poder del asegurado, sea correcta; segundo, que el asegurado no provoque el riesgo que transfiere, pero que permanece bajo su esfera de control. En consecuencia, es posible considerar que el legislador estimó que, ante la inejecución de una conducta que incida en alterar o desequilibrar el riesgo transferido al asegurador, la sanción adecuada es la rescisión del contrato.

Consideramos que los casos de rescisión más claros en el Derecho de seguros, son los relativos a la declaración del riesgo. Desde luego, la declaración del riesgo al momento de celebrar el contrato puede estimarse una circunstancia cuya falla admite rescisión. Asimismo, puede estimarse como una causa de rescisión la declaración de la variación del riesgo que corresponde al asegurado una vez celebrado el contrato. En este caso, el diseño estructural del contrato de seguro es adecuado al momento de su celebración. Sin embargo, por circunstancias externas (aumento del riesgo), la regulación de los intereses de las partes se vuelve inadecuada[41]. Más problemático es encuadrar las cargas de notificación del siniestro en el esquema de este tipo de sanción de ineficacia, pues la falta de notificación oportuna no afecta el equilibrio del contrato de manera tan evidente. Sin embargo, puede considerarse que este desbalance puede producirse por una notificación tardía del siniestro. Como veremos, la notificación temprana del siniestro tiene una finalidad preventiva de fraude y facilita la determinación precisa de los alcances del siniestro, además que permite que el asegurador evite la extensión de sus efectos nocivos[42]. En consecuencia, la notificación tardía puede provocar un perjuicio al asegurador, el

[39] *Ibidem*, p. 223.

[40] Por estas mismas razones, la rescisión es la sanción propia de la lesión y del fraude. No hay realmente un defecto en el diseño del contrato. Puede existir, en el caso de la lesión, un problema en cuanto al equilibrio de las prestaciones (lo que, finalmente, es determinado por el mercado, elemento externo). O bien, en el caso del fraude, el diseño adecuado del contrato deja de serlo en razón de que las declaraciones de las partes son espurias, y el objetivo de la relación contractual es diverso al expresado (*vid* MONTAÑANA CASANÍ, AMPARO, *La rescisión por lesión: origen, evolución histórica y recepción en derecho moderno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).

[41] Esto demuestra por qué resulta justa una regla como la del artículo 13 LCS, que admite también un remedio favorable al asegurado en caso de que el riesgo disminuya.

[42] *Vid infra* fundamento de la carga de notificación del reclamo o demanda, pp. 403-404.

que puede considerarse un defecto sobrevenido derivado del diseño del contrato de seguro.

Con respecto al efecto de la rescisión del contrato de seguro por inejecución de las cargas del asegurado, éste se encuentra regulado en el artículo 558 del Código de Comercio. Según esta norma, pronunciada la nulidad o la rescisión del seguro por dolo o fraude del asegurado, el asegurador podrá demandar el pago de la prima o retenerla, sin perjuicio de la acción criminal, aunque no haya corrido riesgo alguno. Esto quiere decir que ante el pronunciamiento de rescisión del seguro por inejecución de cargas, debe distinguirse si la inejecución se ha debido a dolo o fraude o no. Si se ha debido a dolo y fraude, el asegurador tiene derecho a recibir o retener íntegramente la prima pactada. Por el contrario, si no ha habido dolo o fraude en la inejecución de la carga, el asegurado no puede exigir el pago de la prima pactada no percibida, o bien, no puede retener la prima percibida[43].

A nuestro entender, este efecto se aviene con la naturaleza de la institución del seguro. La rescisión del contrato es una sanción en contra del asegurado, que pretende prevenir el perjuicio patrimonial que significa, para el asegurador, indemnizar un siniestro en el que se ha inejecutado una carga. Este perjuicio puede radicar, por ejemplo: en que el siniestro ha sido provocado por la inejecución de la carga inejecutada; o bien, en que el asegurador no ha previsto el costo de la indemnización en las respectivas reservas técnicas porque el asegurado no ha informado fidedignamente el riesgo o su variación; o bien, en que las consecuencias del siniestro se han agravado por la notificación tardía. El presunto perjuicio del asegurador se evita rescindiendo el contrato y, de este modo, haciendo ineficaz el derecho del asegurado de ser indemnizado por el siniestro. Además, la rescisión es una consecuencia jurídica desfavorable para el asegurado, una sanción que pretende tener un efecto conminatorio a la ejecución de las conductas necesarias para el correcto funcionamiento de la relación asegurativa.

No obstante, el efecto sancionatorio de la rescisión no justifica que el asegurador pueda retener o exigir las primas por un riesgo cuya materialización, finalmente, no ha debido soportar. En consecuencia, puede estimarse que, en los hechos, no ha habido traspaso del riesgo y, por lo tanto,

---

[43] En el mismo sentido, el árbitro don Juan Eduardo Infante en fallo arbitral citado en CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 3, p. 1074 (fallo 332). Sostiene el árbitro que la ley autoriza al asegurador a demandar el pago de la prima o a retenerla, en caso de dolo o fraude. Razonando *a contrario sensu*, el juez resuelve que debe entenderse que, en los casos en los que no hay dolo o fraude, el asegurador no puede demandar el pago de la prima no percibida, o bien, que no puede retenerla si ya la percibió.

no corresponde que el asegurador retenga las primas. Se trataría de un pago sin causa. Sin embargo, si ha existido dolo o fraude de parte del asegurador, existe un fundamento de orden público suficiente para autorizar al asegurador a retener las primas o a exigir su pago. Pero este fundamento ya no dice relación con el equilibrio contractual, sino que tiene su razón de ser en una necesidad de orden público, la que consiste en evitar el fraude.

En síntesis, el artículo 556 del Código de Comercio establece verdaderas cargas del asegurado, y no obligaciones. Su inejecución acarrea la rescisión del contrato, según establece el artículo 557 del mismo Código. Esta rescisión del contrato tiene como consecuencia la ineficacia del derecho del asegurado, con lo que se manifiesta el efecto propio de la inejecución de las cargas.

d.4) Conclusión

Existen buenas razones para considerar que, en nuestro Derecho, las conductas exigidas al asegurado son a título de carga no estructural, y provocan la ineficacia del contrato ante su inobservancia[44]. Sin embargo, el asegurado puede inhibir el efecto legal ante la inejecución de la carga, alegando falta de perjuicio o caso fortuito. Esto es una manifestación de que la carga no estructural, al ser utilizada para imponer conductas propias de la ejecución de un contrato, se constituye como un verdadero tipo de deber.

Con respecto al sentido de la expresión rescisión en el Código de Comercio, ésta no puede identificarse con la nulidad relativa. Para el caso del seguro, la rescisión del contrato designa una forma especial de ineficacia, característica de la inejecución de cargas del asegurado.

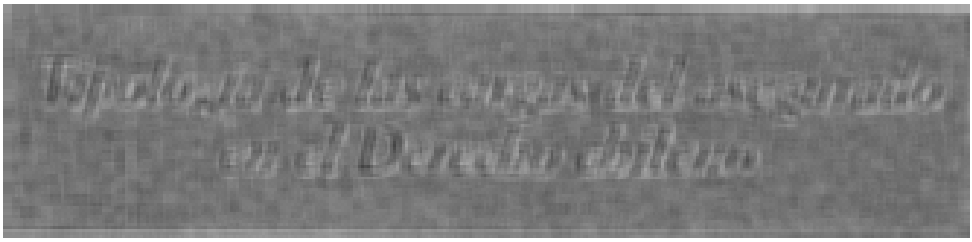
3.3. Naturaleza jurídica y régimen de las obligaciones impuestas por el artículo 556 del Código de Comercio

En nuestra opinión, el artículo 556 del Código de Comercio impone cargas al asegurado, con las siguientes características:

[44] Cfr. CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 138, quien sostiene que el artículo 557 del Código de Comercio debería decir, en estricto rigor, que el contrato «se resuelve», no que «se rescinde». Afirma también que el asegurador puede invocar la acción resolutoria como acción o excepción. Asimismo, señala que el asegurador puede optar por exigir el cumplimiento del contrato en los casos que ello convenga a sus intereses. Disentimos de esta última afirmación, pues no tiene sentido para el asegurador exigir el cumplimiento forzado de alguna de las cargas del artículo 556 del Código de Comercio, a menos que se trate de la obligación de pagar la prima.

i) Se trata de cargas no estructurales. Ellas corresponden a deberes del asegurado, pero de naturaleza y régimen distinto de las obligaciones. En consecuencia, su inejecución no da derecho a ejecución forzada ni a indemnización de perjuicios. Sin embargo, el asegurado puede oponerse a la inejecución alegando falta de perjuicio y caso fortuito.
ii) Por regla general, la carga de la prueba de la inejecución de la carga corresponde al asegurador.
iii) El efecto de la inejecución de la carga del asegurado es la rescisión del contrato de seguro. Esta rescisión del contrato tiene como consecuencia la ineficacia del derecho del asegurado a obtener la indemnización pactada ante el siniestro. Ante la rescisión, el asegurador no puede retener la prima percibida ni exigir el pago de la prima no pagada, a menos que pruebe que ha habido dolo o fraude del asegurado en la inejecución de la carga.

V



1. Tipología de las cargas legales

El artículo 556 del Código de Comercio parece establecer siete cargas. Corresponden a la carga de declaración del riesgo, de pago de la prima, de empleo de diligencia para prevenir el siniestro, de salvamento, de notificación del siniestro, de declaración de otros seguros al tiempo del siniestro y, por último, la de la prueba de los presupuestos de la obligación de indemnizar.

De ellas, tres son cargas usualmente incluidas en las condiciones generales de los contratos de seguros y no presentan mayor dificultad en cuanto a su naturaleza de carga. Son las cargas de salvamento, de notificación del siniestro y de declaración de otros seguros al tiempo del siniestro. Ellas serán tratadas a propósito de las cargas contractuales, pues estas cargas usualmente son establecidas expresamente en las condiciones generales de los contratos de seguros, por lo que su régimen jurídico primordial se encuentra en ellas.

A continuación, revisaremos las cuatro cargas restantes: declaración del riesgo, pago de la prima, empleo de diligencia para prevenir el siniestro y prueba de los presupuestos de la obligación de indemnizar. Ellas presentan dudas en cuanto a su naturaleza de carga-deber. Esto se manifiesta en que, generalmente, no son reguladas como cargas en las pólizas, y no son tenidas como tales en el Derecho comparado[1].

[1] Por ejemplo, en Argentina, la declaración del riesgo se regula a propósito de la celebración del contrato. Las declaraciones falsas y reticencias se identifican con los requisitos de validez (Halperín, I., *Seguros... op. cit.*, p. 301). Lo mismo en España, donde el deber de declarar el riesgo se regula en la sección segunda de la LCS, sobre «conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo». Es decir, se identifica la declaración

1.1. Carga de declaración del riesgo

Consideramos que la declaración de riesgo en el seguro presenta una regulación especial, en la que confluyen como fundamentos las reglas sobre error e incumplimiento de un deber precontractual de información, para dar como resultado una normativa específica propia del seguro. Según esta normativa, toda declaración falsa o errónea respecto a un hecho determinante, acarrea la rescisión del contrato.

El artículo 556 número 1 del Código de Comercio establece que el asegurado está obligado a declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos. La carga de declaración de riesgo presenta especiales dificultades para su regulación. Esto se debe a que corresponde a un error derivado del incumplimiento de un deber precontractual, en este caso, la inejecución de una carga de información[2]. Los límites con la regulación del error son difusos, y cabe preguntarse si debe regularse este caso según las reglas generales del error, o según las reglas de los deberes precontractuales. Sin embargo, a nuestro entender, tanto en los casos de error accidental como en los demás casos de información incorrecta, la sanción es la misma, esto es, la rescisión del artículo 557 del Código de Comercio[3].

En efecto, podría estimarse que existe error accidental, como aquel que vicia el consentimiento, en los casos en que el asegurado conteste erróneamente lo expresado en el formulario que el asegurador le entrega[4]. En la

---

de riesgo con los requisitos de formación del contrato, y si bien se la califica de deber, la sanción es la rescisión. La obligación de pago de la prima es considerada unánimemente por la doctrina como obligación del asegurado, no como carga (Por todos, OSSA, E., *op. cit.*, p. 321). Por último, la prueba de las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador no es una carga-deber (carga impuesta), sino que es una carga derivada del tipo, que ni siquiera es necesario imponer legalmente.

[2] RUÍZ MUÑOZ, MIGUEL, «Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador» en *Revista Española de Seguros*, n.° 65 (1991), p. 31.

[3] Cfr. BAEZA, S., *op. cit.*, p. 114, para quien el deber de información no es propiamente una obligación, «puesto que su infracción no da origen a acciones tendientes al cumplimiento o terminación del contrato, sino a una acción de nulidad».

[4] DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 74, sostiene que nuestro Código Civil reservó el error sustancial para aquellas «calidades que tienen una objetividad suficiente como para no requerir expresión particular de voluntad y que, como tal, no han podido menos que ser conocidas de las partes. Si se trata de un error sobre otras calidades de la cosa, para que haya vicio de la voluntad será necesario que la contraparte efectivamente haya sabido que tal calidad era determinante para la parte que alega». Respecto de las circunstancias que no son objetiva-

práctica, es el asegurador quien señala al asegurado la información que requiere conocer, por medio de cuestionarios que el asegurado debe contestar[5]. Al hacerlo, el asegurador manifiesta que cierta información es relevante para la celebración del contrato. Por su parte, el asegurado generalmente desconoce cuál es la información relevante para el asegurador, y se entera de esto por medio del cuestionario. Por lo tanto, en los casos en que el tomador responda de manera incorrecta el formulario informativo preparado por el asegurador, se estará ante un error en las cualidades accidentales que vicia el consentimiento. En el supuesto que comento, el tomador se entera que la información sobre el riesgo es una cualidad determinante para que el asegurado contrate, tal como reza el inciso segundo del artículo 1454 del Código Civil.

La sanción en este caso sería la nulidad relativa, según se establece en el artículo 1682 del Código Civil. Sin embargo, y tal como ocurre en otras jurisdicciones, la relevancia de la información en el contrato de seguro ha llevado al legislador a optar por una regulación propia, independiente a si la falta de información fidedigna corresponde a un caso de error o no. En este sentido, Ossa afirma que el error del asegurador no puede asimilarse al error sustancial ni al accidental. Esto debido a que la voluntad del asegurador «se inclina o suele inclinarse, en sentido favorable o adverso, al conjunto de un complejo de factores de orden moral u objetivo que conforman el riesgo y le permiten formarse juicio sobre su capacidad de asumirlo». En su opinión, esta es la razón por la cual las legislaciones regulan especialmente la declaración del estado del riesgo[6].

En consecuencia, la falta de una declaración de riesgo fidedigna se regula de manera especial en el seguro, sin consideración a si se está o no frente a un caso de error. La única distinción propia de este régimen es en cuanto a si ha existido dolo o fraude en la falta de información o no, pues esta diferencia es propia del régimen común de las cargas del asegurado. Así, toda declaración falsa o errónea del asegurado, respecto a circunstancias determinantes para que el asegurador asuma el riesgo en las condicio-

---

mente esenciales, pero que las partes elevan a tal categoría, se aplica la normativa del error sobre las cualidades accidentales, pero que vicia el consentimiento (p. 75). En el seguro, el conocimiento de la relevancia de las circunstancias del objeto del contrato se logra a través del formulario que prepara el asegurador, y que debe ser contestado por el tomador o proponente.

[5] *Ibidem*, p. 198.

[6] OSSA, E., *Teoría... op. cit.*, pp. 333-334. Debemos recordar que, en Chile, salvo la determinación de la declaración de riesgo como carga del asegurado en el artículo 556, no existe mayor regulación especial.

nes que finalmente fue asumido, produce la rescisión del contrato (artículo 557 del Código de Comercio). Si la falsedad no proviene de dolo o fraude, el asegurador no puede retener la prima percibida ni exigir la prima no pagada. Si la falsedad proviene de dolo o fraude, el asegurador puede retener la prima percibida o exigir la prima no pagada (artículo 558 del Código de Comercio).

El hecho de que las circunstancias sean determinantes se prueba a través de su inclusión en el cuestionario o propuesta que debe contestar el asegurado previo a la celebración del contrato de seguro. Aunque esto no es suficiente, sino que debe existir un cierto grado de objetividad. La sola inclusión de la pregunta en el cuestionario no hace que el hecho sea determinante, sino que debe ser importante según el tipo de seguro que se contrate, a la luz de la experiencia de la industria aseguradora[7].

En síntesis, la carga de declaración del riesgo presenta en Chile una regulación legal especial, autónoma de la regulación general del error. En virtud de ella, toda declaración falsa o errónea respecto a un hecho determinante, acarrea la rescisión del contrato[8]. Se trata de una rescisión como *sanción ante la inejecución de una carga no estructural informativa*. Esta rescisón produce la ineficacia del contrato y, en consecuencia, la ineficacia del derecho del asegurado a su indemnización. Si la falsedad o error proviene de fraude, se impone al asegurado la sanción de no poder requerir la devolución del pago de la prima.

---

[7] Hacemos nuestra en este punto la opinión de RUÍZ MUÑOZ, M., *op. cit.*, p. 25, quien señala que «la decisión rescisoria del asegurador deberá sustentarse en parámetros objetivos que permitan realizar una verificación fiable sobre este punto. En este sentido, pasan a cobrar relevancia criterios tales como el asegurador prudente, que en definitiva nos lleva hacia la consideración como relevantes de aquellos hechos importantes según la experiencia del mercado».

[8] Cfr. lo expresado por el árbitro don Juan Eduardo Infante Barros, en sentencia de 23 de septiembre de 2002 (Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA). El juez árbitro sostiene, en el considerando 10, que «las omisiones, reticencias, declaraciones falsas o incorrectas... que establece la cláusula 4.ª de la póliza, además de constituir un incumplimiento a la obligación de veracidad, acarrean un vicio del consentimiento del asegurador, como es el error en cuanto al riesgo que asume, que de haberlo conocido, lo *habría retraído de la celebración del contrato o habría producido alguna modificación* sustancial en sus condiciones.

«Atendido lo anterior, el error del asegurado puede provenir de una simple omisión o declaración inexacta, o bien, de una reticencia o declaración falsa del asegurado, lo que en este segundo caso agrega un componente de dolo o intención de engañar.

«Tanto en el caso del error como del dolo la sanción es la nulidad relativa, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 1682 del Código Civil, norma de orden público que da derecho a la rescisión del contrato».

1.2. Carga de pago de la prima

El asegurado tiene la obligación de pagar la prima en la forma y época convenidas, como reza el artículo 556 número 2 del Código de Comercio. A continuación, revisaremos las normas que regulan el pago de la prima, para verificar si estamos ante una verdadera carga o no.

a) Normas que regulan el incumplimiento de la obligación de pago

La consecuencia del incumplimiento de esta obligación es la rescisión del artículo 557 del mismo Código, que nosotros entendemos que es resolución. Sin embargo, el incumplimiento de la obligación de pago de la prima también está regulado por otra disposición. En efecto, el artículo 544 del Código de Comercio establece que ante el no pago de la prima dentro de plazo, el asegurador puede demandar la ejecución o rescindir el seguro, con indemnización de perjuicios. Los riesgos dejan de correr para el asegurador desde que es «instaurada la acción rescisoria».

El asegurador tiene un plazo de tres días para interponer la acción «rescisoria». De no hacerlo, se entiende que la póliza sigue vigente, y sólo puede demandar la ejecución del pago, como establece el artículo 545 del Código de Comercio.

Las pólizas suelen contener una estipulación que regula el caso de incumplimiento de la obligación de pago de la prima. En efecto, usualmente se establece que la resolución del contrato se producirá automáticamente, transcurridos quince días desde la fecha de envío de una carta certificada al contratante señalado en la póliza. La resolución se evita si el asegurado paga la prima, intereses y reajustes atrasados. La compañía puede desistirse de la resolución por medio de una nueva carta enviada antes del transcurso del plazo mencionado[9].

Debe determinarse cuál de estas tres reglas —el artículo 557 del Código de Comercio, el artículo 544 del Código de Comercio o la estipulación convencional— se aplica con preferencia a las demás.

b) Prelación de las normas que regulan el incumplimiento de la obligación de pago de la prima

Nuestra opinión es que, en primer lugar, debe aplicarse la estipulación contractual. Esto se debe a que se trata de un pacto comisorio lícito[10].

[9] CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p.130.

[10] Según ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 480, la discusión sobre la validez del pacto comisorio para casos diversos del pago del precio en la compraventa debe considerarse superada. El

Además, se trata de una disposición favorable para ambas partes. El asegurador se ahorra el engorroso trámite de la declaración judicial. Además, no se le impone un plazo para optar por la resolución. Por su parte, el asegurado obtiene más plazo para cumplir su obligación.

A falta de estipulación, deben aplicarse las reglas contenidas en los artículos 544, 545 y 546 del Código de Comercio. La doctrina es unánime en expresar que la única obligación del asegurado, propiamente dicha, es la de pagar la prima[11]. En consecuencia, se avienen más con la naturaleza de esta obligación las consecuencias que para su incumplimiento establecen los artículos citados. Además, consideramos que la expresión «rescisión» del artículo 544 del Código de Comercio debe entenderse como una ineficacia muy cercana a la resolución, pues se trata de un verdadero caso de incumplimiento de obligaciones.

Por último, la carga establecida en el artículo 556 número 2 del Código de Comercio, debe considerarse simplemente como una repetición del artículo 545 del mismo cuerpo legal. Ya sabemos que, ante el incumplimiento de la obligación de pago de la prima, el contrato no se rescinde, sino que surge para el asegurador la opción de rescindir o exigir la ejecución forzada, ambos con indemnización de perjuicios. Por lo tanto, no es preciso señalar que la consecuencia del artículo 556 número 2 sea la establecida en el artículo 557 número 2. Luego, no estamos ante una carga de pago de la prima, sino ante una verdadera obligación.

1.3. Carga de empleo de diligencia para prevenir el siniestro

El artículo 556 número 3 del Código de Comercio impone como obligación del asegurado, el emplear todo el cuidado y el celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro[12]. Este artículo debe concordar-

---

pacto comisorio presenta las siguientes características: puede estipularse en cualquier contrato; deriva de la voluntad de las partes; la resolución de produce de pleno derecho; el acreedor puede renunciar a la resolución ya producida. En este caso, las partes estipulan que la resolución se produzca transcurrido un plazo luego del envío de la carta.

[11] Por todos, DONATI, A., *op. cit.*, p. 381.

[12] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 116, opina que estamos frente a una verdadera carga, pues su inejecución no podría ser exigida forzadamente, ni tampoco podría exigirse la resolución del contrato. El autor señala que esta carga puede confundirse con la carga de no agravar el riesgo. Discrepamos con esta opinión, pues, como veremos, en estricto rigor la carga impone la notificación de la agravación del riesgo, y no evitar que el riesgo se agrave (artículo 538 del Código de Comercio). Esto último no depende de la voluntad del asegurado, por lo que no podría imponérsele como carga.

se con el artículo 552 del Código de Comercio, el cual prohíbe al asegurador constituirse responsable de los hechos personales del asegurado. Si interpretamos literalmente ambos preceptos, se obtiene que la ley impide que el asegurador asuma el riesgo de daños provocados por culpa del asegurado, aun por culpa levísima[13]. Sin embargo, esta interpretación ha sido desechada por la doctrina nacional. Así, Baeza considera que sólo son inasegurables «los eventos constituidos por la culpa grave y el dolo del asegurado»[14]. Por su parte, Contreras concuerda, en principio, con la interpretación de Baeza. No obstante, reconoce que «a pesar de los términos comerciales, es una costumbre mercantil ya formada el cubrir algunos casos de culpa grave del propio asegurado, como por ejemplo, los daños causados en accidentes de tránsito por negligencia grave o gravísima del propio asegurado, de lo que se sigue que hoy en día los únicos eventos excluidos absolutamente de la cobertura del seguro son los causados intencionalmente por el asegurado»[15].

De todo esto se obtiene que la ley no establece con claridad, cuál es el efecto de la provocación culposa del siniestro por el asegurado. No se sabe si se trata de un riesgo excluido, o de una carga del asegurado, ni tampoco cuál es el grado de culpa excluido, o el que se estima que el asegurado debe emplear para observar la carga.

a) Riesgo excluido o carga del asegurado

En las condiciones generales de los contratos de seguros, no existe uniformidad acerca de si la culpa o dolo del asegurado un riesgo excluido o una carga del asegurado. A veces se pacta como exclusión, a veces como carga, e incluso en ocasiones se pactan con ambas naturalezas en la misma póliza[16]. En cuanto la ley no establece con claridad si se trata de una u

[13] A pesar de que del artículo 581 del Código de Comercio se desprende que en el seguro de incendio se admite la cobertura de la culpa del asegurado.

[14] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 75;

[15] CONTRERAS, O., *op. cit.*, p. 62.

[16] Por ejemplo, se pacta como obligación en la POL 1 90 006 incendio. La cláusula 17 establece que «el asegurado está obligado a emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro». Por su parte, la POL 1 92 039 todo riesgo transporte terrestre de carga, estipula como exclusión la pérdida, daño o gasto atribuible a conducta dolosa del asegurado». Es decir, se excluye sólo el dolo y no la culpa. Puede también pactarse que se excluye la culpa grave y el dolo y, al mismo tiempo, que la debida diligencia constituye una «obligación» para el asegurado. Es el caso de POL 1 00 002, que señala en su artículo 3 que son daños no cubiertos «las pérdidas que sean consecuencia de culpa o negligencia grave, así como las originadas en actos premeditados o maliciosos del

otra situación, las partes pueden estipularlo libremente como carga o exclusión. En todo caso, la diferencia práctica de pactarla como carga o exclusión no es muy relevante[17].

b) Grado de culpa excluida

La doctrina es uniforme en estimar que el dolo es inasegurable[18]. También, en que la culpa es asegurable. En cambio, la doctrina nacional no está de acuerdo respecto a si la culpa grave puede o no asegurarse[19]. La literatura jurídica comparada tampoco presenta un panorama uniforme respecto a este punto[20].

---

propio asegurado, sus empleados o dependientes, que afecten al bien asegurado». Luego, establece en el artículo octavo que es obligación del asegurado «En todo momento, dar un adecuado cuidado y atención a la materia asegurada; debiendo mantener todas las medidas de seguridad, prevención y combate de siniestros informadas en la propuesta e informes de inspección, las cuales deben ser revisadas y controladas periódicamente».

[17] Esto se debe a que, en nuestro Derecho, el asegurador puede liberarse del pago del siniestro alegando una u otra causa. La única diferencia podría radicar en que, para que tenga efecto la exclusión, se requiere que el siniestro sea originado por la conducta culposa o dolosa (SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, «Inasegurabilidad del dolo del asegurado» en *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez [dir.], Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 325). En cambio, para que se produzca el efecto liberatorio de la carga incumplida, bastaría la inobservancia. Sin embargo, el asegurado puede oponerse al efecto liberatorio de la carga alegando perjuicio. Por lo tanto, si la inejecución de la carga no tiene injerencia principal en la ocurrencia del siniestro, el asegurado podría oponerse exitosamente a la liberación del asegurador. Por lo tanto, no habría, en nuestro Derecho, mayor diferencia en pactarlo como exclusión o como carga.

[18] La inasegurabilidad del dolo se funda en la ilicitud del objeto, y en que el dolo obsta a la incertidumbre que es elemento esencial del contrato de seguro (BAEZA, S., *op. cit.*, p. 75 y CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 61).

[19] BAEZA, S., *op. cit*, p. 75, estima que no puede asegurarse la culpa grave. Por su parte, CONTRERAS, O., ob. cit., p. 62, admite la asegurabilidad de la culpa grave. El límite estaría en los actos intencionales del asegurado.

[20] OSSA, E., *Teoría... op. cit.*, p. 103 opina que la culpa grave no debe ser asegurable, aunque el artículo 45 de la Ley 45 de 1990 (Ley de Seguros de Colombia) autoriza la aseguración de la culpa grave. En España, antes de la promulgación de LCS, la doctrina estimaba que la culpa grave era asegurable, sólo si se pactaba expresamente en el contrato (ALONSO SOTO, RICARDO, *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 243). Actualmente, el artículo 19 LCS sólo excluye los siniestros provocados por mala fe del asegurado. SÁNCHEZ CALERO, F., «Inasegurabilidad...» *op. cit*, p. 332, estima que este precepto debe interpretarse en el siguiente sentido: «1.°, si el contrato no hace referencia alguna a este punto ha de entenderse que la garantía del asegurador cubre el riesgo de la culpa del asegurado [en toda su extensión]; 2.°, ha de considerarse, no obstante, válido el pacto que delimite causalmente el riesgo excluyendo el riesgo de culpa del asegurado». En Francia, el artículo

Opinamos, siguiendo a Sánchez Calero, que el fundamento de respeto a la moral y al orden público que tiene la inasegurabilidad del dolo, no es extensible al problema de la asegurabilidad de la culpa. Por el contrario, señala este autor que «la difusión del seguro, no sólo en el campo de la responsabilidad civil, sino en otros muchos ramos, se vio favorecida por la cobertura de los aseguradores de las conductas negligentes de los asegurados»[21]. Nuestra opinión es que, a falta de estipulación expresa, la culpa grave no debe considerarse excluida de la cobertura.

No obstante, aún queda por determinar qué ocurre con la vigencia del artículo 556 N.° 7 del Código de Comercio. También debe aclararse qué se entiende por culpa en los casos en que sea excluida de la cobertura aseguratiVa.

Nuestra opinión es que la noción de culpa en el seguro puede interpretarse según los usos y las costumbres mercantiles, según lo establece el artículo 6 del Código de Comercio. Cuando el artículo 556 del mismo Código establece que el asegurado debe emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro, dicha regla debe interpretarse según el cuidado que puede exigirse a alguien que está asegurado. En consecuencia, debe tenerse presente que el asegurado paga una prima para ser protegido ante la producción de un riesgo. Atentaría contra el desarrollo del seguro, admitir que el asegurador se pueda liberar porque el asegurado actuó con culpa, ya que muchos de los siniestros se producen por esta causa. Esta situación es especialmente visible en el seguro de responsabilidad civil[22]. Por lo tanto, consideramos que toda referencia a la exclusión de la culpa, o a la carga de emplear la debida diligencia para evitar el siniestro, debe entenderse en un sentido especial para el seguro.

113-1 *Code des Assurances* establece que «el asegurador no responde de pérdidas y daños que provengan de un hecho intencional (*faute intentionelle*) del asegurado». La doctrina estima que hecho intencional es sinónimo de acto doloso. Se establece como requisito que el acto sea voluntario, y que tenga como finalidad producir un siniestro (MAYOUX, LUC, «Le risque assurable» en *Traité de droit des assurances*, Bigot, J., (dir.), L.G.D.J., Paris, 2002, v. 3, pp. 816, 819, 821). En Argentina, el artículo 70 LS establece que el asegurador se libera si el asegurado provoca el siniestro con dolo o culpa grave.

[21] SÁNCHEZ CALERO, F., «Inasegurabilidad...» *op. cit.*, p. 332.

[22] Sostienen BIRDS, J., Y HIRD, N., *op. cit.*, p. 203, que la obligación de actuar con culpa leve (*reasonable care*) ha aparecido a propósito del seguro de responsabilidad civil. Este requerimiento ha sido interpretado de manera que se considera aplicable sólo a actos temerarios (*reckless*), pues de otro modo tales pólizas no proveerían siquiera la cobertura más básica. Esta cobertura es, precisamente, la de responsabilidad por culpa. Los autores citados señalan que estas cláusulas han aparecido en otros tipos de contratos de seguros, pero sugieren que en estos contratos deben ser interpretadas de la misma manera que en las pólizas de responsabilidad civil.

Debe considerarse, para estos efectos, que culpa es: «a) omisión de los cuidados ordinarios que hubiere empleado el asegurado de no haber estado cubierto por el seguro; b) falta absoluta de vigilancia que suelen emplear aun las personas menos prudentes»[23]. Tal como hemos señalado, la exigencia de actuar diligente por parte del asegurado puede pactarse tanto como carga o exclusión de riesgo.

c) Culpa del dependiente

La ley no establece si el asegurado puede ser indemnizado por el seguro, en el caso que uno de sus dependientes, actuando con dolo o culpa, provoque el siniestro. En general, la doctrina estima que la inasegurabilidad del dolo y, en su caso, de la culpa grave, debe limitarse al hecho del asegurado. En consecuencia, existe plena libertad para pactar que el asegurado está cubierto por los siniestros provocados por culpa o dolo de sus dependientes[24]. De no pactarse expresamente, debe entenderse que la cobertura incluye los siniestros provocados por estas personas. Para verificar si el asegurado está cubierto por los siniestros provocados por sus dependientes, deberá examinarse la materia asegurada y las exclusiones.

1.4. Carga de la prueba de los presupuestos de la obligación de indemnizar

El artículo 556 número 7 establece que es obligación del asegurado probar la coexistencia de todas las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador.

Este artículo debe relacionarse con el 539 del mismo Código, que dispone que el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito. En consecuencia, la doctrina coincide en que sólo toca al asegurado demostrar que ha ocurrido un siniestro, que corresponde a un riesgo cubierto por la póliza, y el monto de los daños[25].

Sostiene Baeza, a este respecto, que se trata de una evidente carga. La identifica, en cuanto a su naturaleza, con la carga de salvamento y de notificación del siniestro, y declara que «casi está por demás agregar que la infracción de estas cargas que no pueda imputarse a dolo o culpa del ase-

---

[23] BARBATO, H., *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 217.

[24] Por todos, OSSA, E., *Teoría... op. cit.*, p. 104.

[25] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 119 y CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 137.

gurado o contrayente no provocan la caducidad del contrato ni menoscaban los derechos de aquellos»[26].

A nuestro entender, no puede identificarse a las cargas de salvamento y de notificación, con la carga anteriormente mencionada. Las cargas de salvamento y notificación son tipos de deberes que corresponden a cargas no estructurales. Son cargas que no derivan de la estructura del tipo contractual, sino que han sido impuestas por la ley o las partes. Constituyen deberes que se pactan como cargas por conveniencia, no por necesidad[27]. En cambio, la carga de la prueba de los presupuestos de la obligación de indemnizar, no es una carga no estructural. Es, más bien, una carga estructural o derivada de la estructura típica del negocio. Corresponde a aquellas cargas de colaboración necesaria entre deudor y acreedor para la satisfacción del crédito[28].

En el contrato de seguro, el asegurador no tiene conocimiento de cuál es el monto de su deuda, ni de cuál es el momento en que se produce el hecho que la hace exigible. Esta circunstancia debe comunicarla el asegurado o beneficiario, pues es aquella la persona que controla el riesgo traspasado al asegurador. Esta circunstancia no puede equipararse a un deber del asegurado. Si el acreedor no manifiesta su voluntad de ser indemnizado, y el monto de la indemnización cuyo pago solicita, el asegurador no puede cumplir su obligación[29]. Es irrelevante si hay o no culpa o dolo en la cir-

---

[26] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 119.

[27] DONATI, A., *op. cit.*, p. 381, señala las razones por las cuales, en algunos casos, no es atribuida o no es atribuible la acción ejecutiva al sujeto activo y, por lo tanto, se prefiere establecer o pactar una carga en vez de una obligación. Ello puede ocurrir porque la acción ejecutiva no satisface, en los hechos, el interés del perseguido por el sujeto activo, que la norma pretende tutelar por medio de la imposición de un deber. Por otro lado, puede que la ejecución coactiva sea extremadamente gravosa para el contratante respecto al sacrificio de otro interés, sacrificio que es más idóneo que la ejecución coactiva para satisfacer el interés del asegurador. Estas dos son las razones por las que se pactan cargas, pero no quiere decir que las cargas deriven naturalmente del contrato.

[28] Se ha discutido en la doctrina cuál es la naturaleza jurídica y los efectos del deber de colaboración. Algunos estiman que es un deber derivado de la buena fe, que corresponde al acreedor (Por todos, JORDANO, F, *op. cit*, p. 140). Nosotros seguimos en este punto a Cattaneo, quien opina que la colaboración necesaria entre acreedor y deudor no puede considerarse un deber del deudor, sino que se trata de un comportamiento libre. No deriva de la buena fe, sino de la estructura misma de la relación negocial (*vid* CATTANEO, G., *op. cit*, p. 62).

[29] En el mismo sentido, el árbitro Rafael Gómez Balmaceda ha sostenido que el número 7 del artículo 556 del Código de Comercio no es, en estricto derecho, una obligación contractual. «En realidad, es la carga de la acción, dado que todo aquel que pretende un derecho debe probar los supuestos de hecho de los cuales deriva su procedencia» (CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit*, v. 3, p. 950 [fallo 279]).

cunstancia de que se declare por el asegurado que tiene intención de ser indemnizado, y que pruebe los presupuestos de la obligación.

En la práctica, comunicado el siniestro y manifestada de alguna forma la intención de hacer efectiva la indemnización del seguro, se inicia el proceso de liquidación. Es este auxiliar del comercio de seguros quien determina si corresponde o no el pago de la indemnización. Si el asegurado no se siente satisfecho del dictamen del liquidador, puede recurrir a la justicia. En este caso, deberá probar en juicio que ha ocurrido un siniestro, que corresponde a un riesgo cubierto por la póliza y el monto de los daños. Esta es una carga procesal, que no puede identificarse con una carga del acreedor, y menos con una carga no estructural, establecida como deber. Entre otras razones porque no es aplicable a la carga procesal la imputación de su inejecución a culpa o dolo[30]. Por lo tanto, la carga de la prueba de los presupuestos de la obligación de indemnizar, a pesar de su ubicación en el Código de Comercio, no es propiamente una carga del asegurado, sino que es una carga procesal.

2. Tipología de las cargas impuestas al asegurado en las pólizas

Por regla general, las pólizas de seguros de daños establecen ciertas cargas a los asegurados, llamadas «obligaciones» en las pólizas. Se trata de diversas circunstancias, ante cuya inejecución el asegurador se libera de la responsabilidad de indemnizar. Estas corresponden principalmente a los seguros de daños, pues tienen menor relevancia en los seguros de personas, especialmente en los seguros de vida[31].

[30] La carga del acreedor (propia del Derecho Civil) puede entenderse como un requisito para la subsistencia de un derecho. Por lo tanto, puede establecerse como deber. En cambio, la carga procesal es una manifestación de lo que una parte en el proceso debe realizar para aprovechar sus oportunidades procesales. Por lo tanto, no afecta la eficacia de derechos existentes, sino que señala los medios necesarios para la obtención de un pronunciamiento favorable. En consecuencia, la carga procesal no puede equipararse a un deber. *Vid supra* «carga procesal», pp. 30-35.

[31] En efecto, sostiene Garrigues, J., *op. cit.*, p. 150, que, respecto a la carga de salvamento, «es difícil comprender cómo en un seguro de personas el asegurado o el tomador deben emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro». Tampoco tiene mucho sentido la carga de prevenir el siniestro, o la de declarar los demás seguros contratados (al menos en el seguro de vida). A nuestro parecer, el aviso inmediato de la ocurrencia del siniestro tampoco cumple una función de importancia en el seguro de vida. Son los seguros de accidentes personales los que pueden manifestar una naturaleza intermedia, que justifique la inclusión en las pólizas de cargas como la de notificación de la ocurrencia del siniestro en cierto plazo. Véase, por ejemplo, la POL 2 88 017, de accidentes

Si bien las distintas circunstancias de cada tipo de seguro suponen la estipulación de cargas diversas, ellas cumplen ciertas funciones comunes que les permiten ser agrupadas. A continuación, revisamos las cargas presentes en seis pólizas de seguros depositadas en el registro de pólizas de la Superintendencia de Valores y Seguros. Cada una de ellas consta de un clausulado representativo de distintos tipos de seguros de daños: incendio, vehículos motorizados, carga en transporte terrestre, agrario (cultivos anuales), robo y responsabilidad civil.

La doctrina ha intentado diversos criterios de clasificación de las cargas en el seguro[32]. Las cargas del asegurado pueden clasificarse en atención al

---

personales, que establece en su artículo noveno lo siguiente: «Para tener derecho a los beneficios que otorga esta póliza, el asegurado o los beneficiarios, en su caso, deberán justificar debidamente la indemnización reclamada y deberán proporcionar las pruebas que la compañía estime necesarias para demostrar, en forma clara y precisa, que la lesión o lesiones corporales tuvieron su origen directa y precisamente en un accidente sujeto a indemnización.

Cuando se produzca un accidente, éste se deberá poner en conocimiento del asegurador dentro del plazo de... contado desde su ocurrencia, salvo caso de fuerza mayor, y a pedido de la compañía, deberá llenarse el formulario que ésta envíe.

La compañía se reserva el derecho a solicitar a las autoridades competentes, y a su costa, que efectúe una autopsia en caso de muerte del asegurado. Si el beneficiario se negare a permitir dicha autopsia o la retardase en forma tal que ella sea inútil para el fin perseguido, perderá el derecho a la indemnización asegurada por este contrato».

En los seguros de vida, la única circunstancia que puede estimarse carga legal es la necesidad en que se encuentra el beneficiario de acreditar el hecho de la defunción: presentar certificado de defunción, la póliza, documentos que acrediten la edad del asegurado y certificados médicos que la compañía pueda requerir (*vid* artículo 12 POL 2 91 009, seguro de vida individual). Las declaraciones que el asegurado debe realizar sobre su estado de salud son requisitos de validez del acto jurídico. Un ejemplo claro es el artículo 13 de la misma póliza, titulado «declaraciones del asegurado», que establece: «la veracidad de las declaraciones hechas por el asegurado en la solicitud de seguro, en sus documentos accesorios y complementarios y en el reconocimiento médico, cuando, este corresponda, constituyen condición de validez de este contrato de seguro. Cualquiera reticencia, declaración falsa o inexacta relativa al estado de salud, ocupación, actividades y deportes riesgosos del asegurado, que pueda influir en la apreciación del riesgo, o de cualquiera circunstancia que conocida por el asegurador, pudiera retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones, faculta al asegurador para pedir la rescisión del contrato, en cuyo caso se devolverá al contratante o en defecto a los beneficiarios el valor de las primas percibidas sin intereses y con deducción de los gastos originados por la emisión de la póliza». Nótese que el efecto de la rescisión supone la devolución de las primas percibidas. En nuestra opinión, se trata de un caso de nulidad absoluta por error.

[32] Por ejemplo, atendiendo al momento en que deben ejecutarse, pueden clasificarse en cargas al tiempo de la celebración del contrato, cargas durante la vigencia del contrato y cargas una vez ocurrido el siniestro (por todos, BAEZA, S., *op. cit.*, p. 114), o bien, cargas del asegurado anteriores y posteriores al siniestro (ORDÓÑEZ, A., *op. cit.*, pp.12 y 93).

momento en que se deben ejecutar, o bien, en cuanto a su contenido. Con relación al momento en que deben ejecutarse, puede distinguirse entre cargas exigibles al momento de la celebración del contrato, durante la vigencia del contrato y al momento del siniestro. En cuanto a su contenido, puede precisarse entre cargas de información, cargas que imponen una conducta positiva o cargas que exigen una abstención. Sin embargo, ninguno de estos criterios nos parece concluyente al clasificar las cargas presentes en las pólizas de seguros. Esto se debe a que muchas de ellas, como se verá, pueden imponerse para ser ejecutadas en diversos momentos del *iter* contractual. Por otro lado, muchas veces es difícil precisar con claridad si una carga establece una conducta informativa, de hacer o no hacer, o combina estas categorías. Por ello, consideramos que una clasificación de las cargas puede distorsionar la comprensión de cada una de ellas. A nuestro entender, es la función de cada carga la que nos da mayores luces sobre su configuración jurídica. Por todo esto, consideramos preferible revisar las cargas una a una, sin intentar clasificaciones que puedan distorsionar su correcta comprensión.

2.1. Carga de aviso de siniestro

a) Concepto

El aviso de siniestro es una declaración de ciencia por medio de la cual se informa al asegurado o a sus representantes con poder suficiente, la materialización de un riesgo amparado por la póliza.

b) Función

La carga de dar aviso sobre la realización del siniestro tiene por finalidad que el asegurador se imponga con prontitud de la ocurrencia del siniestro. Esto permite que el asegurador asuma la gestión del riesgo, intentando evitar la propagación de los daños. Además, impide que se disipen los rastros relativos a las circunstancias del siniestro, lo que facilita una liquidación precisa de los daños, y la determinación adecuada de las causas del siniestro[33].

[33] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 424.

c) Regulación

La carga de aviso del siniestro se encuentra impuesta en el artículo 556 N.º 1 del Código de Comercio. Se impone al asegurado notificar el siniestro dentro de tres días contados desde que haya recibido la noticia del siniestro. La disposición establece que el contenido debe ser una enunciación clara de las causas y circunstancias del siniestro[34].

En cuanto a la regulación contractual, las pólizas usualmente establecen un plazo para que el asegurado informe que el siniestro ha tenido lugar, o bien, señalan que el aviso debe ser dado «inmediatamente»[35]. Generalmente se exige que se notifique por escrito, aunque a veces se autorizan otros medios[36]. La carga se impone al asegurado, aunque no es común que se establezca que el asegurado debe notificar personalmente la ocurrencia del siniestro[37]. No se suele determinar en el contrato cuál es el contenido de la notificación[38]. Algunas pólizas permiten que el asegurado justifique el retraso o la falta de aviso alegando caso fortuito[39].

---

[34] Sostiene CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 135, que «el asegurado cumple con expresar simplemente las consecuencias dañosas que le constan o de las que haya tomado noticia, si no las ha verificado personalmente».

[35] Art. 16 n.° 3 POL 1 92 120 (vehículos motorizados) 10 días; cláusula 17 n.° 3 POL 1 90 006 (incendio) «a más tardar dentro del término de cinco días contados desde la fecha en que ocurrió o debió conocer la ocurrencia del siniestro»; artículo 10 POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales) «dentro de las 72 horas de ocurrido el presunto siniestro»; artículo 18 POL 1 92 040 (seguro de carga en transporte terrestre) «debe dar aviso de inmediato a los aseguradores»; cláusula 17 n.° 2 POL 1 94 021 (robo con fuerza en las cosas) «dentro del término de 24 horas contadas desde el momento en que ocurrió o debió conocerse la ocurrencia del siniestro».

[36] Art. 16 n.° 3 POL 1 92 120 (vehículos motorizados); cláusula 17 n.° 3 POL 1 90 006 (incendio); cláusula 17 n.° 2 POL 1 94 021 (robo con fuerza en las cosas). El artículo 10 POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales) establece que el aviso puede darse por teléfono, télex, telegrama, fax, pero si se da por teléfono, debe posteriormente refrendarse por escrito (no señala si esto último queda sujeto a algún plazo). Por su parte, el artículo 12 POL 1 97 008 (responsabilidad civil), establece que el aviso puede darse por cualquier medio fehaciente.

[37] El art. 16 n.° 3 POL 1 92 120 (vehículos motorizados) impone que el asegurador debe dar aviso personalmente. En los demás casos, sólo se establece que el asegurado debe dar aviso, aunque no se establece que lo deba realizar materialmente él mismo.

[38] Una excepción es el artículo 10 POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales) que estipula que el aviso de siniestro deberá contener la suficiente información que permita a la Aseguradora estimar la magnitud del daño.

[39] Cláusula 17 n.° 3 POL 1 90 006 (incendio): «fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad de hecho»; Artículo 18 POL 1 92 040 (seguro de carga en transporte terrestre): «Si existiere alguna causa de fuerza mayor que impidiere dar cumplimiento a lo señalado, el asegurador podrá restaurar el derecho a la cobertura si la causa fuere de su satisfacción».

2.2. Carga de realizar otras comunicaciones

a) Concepto

La carga de realizar otras comunicaciones consiste en la exigencia de informaciones que el asegurado debe dar al asegurador, relativas al riesgo y al siniestro.

b) Función

Proporcionan informaciones requeridas por la compañía para tener una noción más precisa del estado del riesgo que el asegurado le ha transferido. También se refieren a datos para corroborar la magnitud del siniestro. En general, dependerán de las características del tipo de riesgo cubierto.

c) Regulación

Esta carga carece de regulación legal. Sin embargo, es reconocida en algunas pólizas.

En el seguro de vehículos motorizados se impone al asegurado comunicar las citaciones o notificaciones recibidas con relación al accidente. Esto se debe a que en este seguro puede existir cobertura de responsabilidad civil. Además, dado que el asegurador puede subrogarse en lo derechos del asegurado, le interesa conocer y conservar las acciones que el asegurado pueda tener contra terceros[40].

En el seguro agrícola, se exige que el asegurado dé ciertas informaciones acerca de la siembra y el inicio de la cosecha, para permitir que el asegurado pueda inspeccionar a tiempo. También debe dar información acerca del rendimiento de los cultivos, para poder estimar los daños en caso de siniestro[41].

---

[40] POL 1 92 120 (vehículos motorizados): el asegurado debe «poner inmediatamente en conocimiento de la compañía los avisos, citaciones, notificaciones, denuncias, querellas y en general cualquier comunicación que reciba en relación con el accidente, salvo fuerza mayor» (artículo 14 a). También, debe señalar cuáles han sido las circunstancias del siniestro (artículo 17).

[41] Artículo 9 POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales): «El Asegurado deberá dar a la Aseguradora, los siguientes avisos:

a) De término de siembra o trasplante: Este aviso, deberá confirmar la superficie realmente sembrada o trasplantada y señalar cualquier otro cambio con relación a lo informado en la propuesta.

En el seguro contra robo, el asegurado debe entregar toda la información que le permita al asegurador y al liquidador determinar el monto de la indemnización debida[42].

La falta de este aviso, por parte del asegurado, en las condiciones y plazos que se señalan más adelante, libera a la aseguradora de la obligación de continuar con la cobertura, entendiéndose esta falta como desistimiento expreso del asegurado.

El asegurado deberá dar a la aseguradora este aviso dentro de las 72 horas posteriores a la fecha de término de la siembra o trasplante, salvo en casos de fuerza mayor debidamente justificados ante la aseguradora, por teléfono, télex, telegrama o fax, dirigido a la aseguradora o a la(s) persona(s) previamente designadas por la aseguradora. En caso de aviso telefónico, éste deberá ser refrendado por una comunicación por escrito.

b) De inicio de cosecha: Cuando exista un siniestro parcial en curso el asegurado deberá avisar la fecha estimada de inicio de su cosecha, con la anticipación establecida en las Normas de Suscripción y detalladas en las Condiciones Particulares de esta Póliza, salvo en casos de fuerza mayor debidamente justificados ante la aseguradora. El asegurado no podrá reclamar indemnización cuando, por falta de este aviso, la aseguradora no pueda concurrir a estimar el rendimiento perdido debido al siniestro».

«En caso de que el siniestro ocurra dentro del período de cosecha o hasta 15 días antes del inicio de la misma, el asegurado junto con la denuncia de siniestro deberá comunicar la fecha estimada de inicio de la cosecha. El asegurado podrá realizar la cosecha en la fecha que corresponda, sin la concurrencia del liquidador, dejando obligatoriamente una muestra representativa de toda la superficie del cultivo asegurado sin cosechar, por un plazo de 15 días. El asegurado no podrá reclamar indemnización cuando, por falta de esta muestra, no se pueda determinar la merma de rendimiento a causa del siniestro. Estas muestras se entenderán representativas siempre que se distribuyan de manera uniforme en toda la unidad de riesgo asegurada, y tengan en conjunto un tamaño no inferior a un 5 por 100 del total. Si fuera del caso, la vigencia de la Póliza se entenderá prorrogada por los 15 días indicados».

Además, artículo 8, párrafo final POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales) establece que «aunque la presente disposición no afecta el eventual pago de indemnizaciones y con el objeto de mantener una base actuarial actualizada, a requerimiento de la aseguradora, el asegurado deberá informar los rendimientos obtenidos en sus cultivos asegurados, aun cuando éstos no hayan sido afectados por siniestro».

[42] Cláusula 17 n.° 3 y 4 POL 1 94 021 (robo con fuerza en las cosas): «Suministro de Información

El asegurado tendrá la obligación de entregar a la Compañía o al liquidador de siniestro, sin cargo para éstos, todos los antecedentes que se encuentren en su poder, requeridos para la reparación, reconstrucción o reposición de los objetos asegurados, o para determinar el monto de la indemnización.

4) Entrega de antecedentes.

4.1) El asegurado tiene obligación de entregar a la Compañía, o al liquidador en su caso, dentro del plazo de 5 días de conocido el siniestro, los siguientes antecedentes:

a) Un estado valorizado de las pérdidas y daños sufridos, con indicación pormenorizada de los objetos desaparecidos o deteriorados.

b) Todos los documentos, libros, recibos, facturas y cualquier otro antecedente relacionado con el siniestro y las circunstancias bajo las cuales las pérdidas o deterioros se han producido; o con la responsabilidad de la Compañía; o con el monto de la indemnización».

2.3. Carga de declaración de la agravación del riesgo

a) Concepto

La agravación del riesgo es la variación de las circunstancias propias o que rodean al objeto asegurado, que hacen que existan mayores probabilidades que se concrete un siniestro cubierto por la póliza[43]. La carga de declaración de agravación del riesgo es aquella por la cual se impone al asegurado la notificación al asegurador de estas circunstancias. Esta carga tiene lugar durante la vigencia del seguro. Se trata, además, de una carga de información.

b) Función

La función de esta carga es permitir la activación de los mecanismos legales o contractuales propios de esta circunstancia[44]. Puede que se establezca en el contrato que la agravación del riesgo da al asegurador la facultad de revocar el contrato, revocarlo dentro de un plazo, aumentar la prima, o algún otro mecanismo compensatorio.

En el mismo sentido, la cláusula 17 n.° 6 POL 1 94 021 (robo con fuerza en las cosas) establece la carga de enseñar al asegurador la contabilidad del asegurado:

«6) Contabilidad:

Los asegurados obligados a llevar contabilidad que reclamen indemnización a causa de robo con fuerza en las cosas deberán justificar sus pérdidas acreditando sus inventarios y existencias previos al robo, con los libros y antecedentes contables fidedignos, llevados y mantenidos al día, cumpliendo en todo con las disposiciones legales que los rigen.

El asegurado obligado a llevar contabilidad, afectado por un siniestro de robo con fuerza en las cosas, que no pueda justificar sus pérdidas, acreditando sus existencias previas fidedignamente, conforme al procedimiento establecido precedentemente, no tendrá derecho a indemnización alguna por dicho concepto».

[43] SÁNCHEZ CALERO, F., «Deber de comunicar la agravación del riesgo» en *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez Calero (dir.), Aranzadi, 2.ª edic., Pamplona, 1999, pp. 235-236, señala que debe distinguirse la agravación de riesgo de la exclusión de cobertura. Puede ocurrir que una circunstancia que agrava el riesgo coincida con una de las circunstancias excluidas de cobertura en el contrato. En ese caso, debe estimarse que la cobertura está excluida, no que se ha agravado el riesgo. Por otro lado, la agravación de riesgo es independiente del valor de los objetos asegurados. «Así, la instalación de una farmacia en un apartamento agrava la probabilidad y la eventual intensidad del riesgo de incendio. Pero el reemplazo de muebles mediocres por un mobiliario antiguo auténtico no modifica el riesgo de incendio, sino solamente el valor de los bienes asegurados» (LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 247).

[44] El artículo 538 del Código de Comercio establece que la agravación, a nuestro entender, voluntaria de los riesgos, otorga al asegurador la facultad de rescindir el contrato. Consideramos que se trata de una agravación del riesgo que depende del asegurado, pues la nor-

c) Regulación

Las consecuencias de la ausencia de declaración de la agravación del riesgo son distintas, dependiendo de lo establecido en la ley o los efectos que se imputen a la variación de riesgos en el contrato[45]. Generalmente se estima que tal declaración es una carga del contrato, cuya inejecución tiene como efecto la liberación de responsabilidad del asegurador, o la reducción proporcional de la indemnización[46].

En nuestro Código de Comercio, la reglamentación de la agravación del riesgo es francamente insuficiente. El artículo 538 de este Código, en su inciso primero, establece que «el asegurado no puede variar por sí solo el lugar del riesgo ni cualquiera otra de las circunstancias que se hayan tenido en vista para estimarlo». Según el tenor literal del artículo, quedan excluidos de la reglamentación los casos de agravación del riesgo por circunstancias ajenas al hecho del asegurado, pero de las que es consciente. El inciso segundo establece la facultad de rescindir por agravación, «si, a juicio del juzgado competente, extendiere o agravare los riesgos». Esta parte de la norma presenta dos graves defectos: primero, es necesario recurrir al juez

---

ma en comento señala que «el asegurado no puede variar por sí solo» el riesgo sin consentimiento del asegurador. *A contrario sensu*, esto es, si el riesgo varía sin intervención del asegurado, dicha circunstancia no está comprendida en el artículo 538 del Código de Comercio. Por lo tanto, debe entenderse que en este caso el asegurador no puede rescindir el contrato, pues la facultad de rescisión del contrato es excepcional.

[45] Debe distinguirse el caso de la carga de declaración de la agravación, de la rescisión como opción del asegurador en caso de que conozca de la agravación. La declaración inexacta del riesgo puede verse como un caso de error (*vid* RUÍZ MUÑOZ, M., *op. cit.*, p. 31). El cambio de circunstancias posteriores a la celebración del contrato puede perfectamente considerarse por la ley como un defecto que altera la regulación de los intereses de las partes. Sin embargo, la rescisión no debe ser automática. Es más conveniente darle al asegurador la opción de rescindir o mantener el contrato. Para ello, lo más conveniente es considerar que, mientras el asegurado no declare por su culpa la variación del riesgo, el asegurador no responde. En consecuencia, la carga es la mejor manera de garantizar la declaración de la agravación por parte del asegurado.

[46] Esa es la solución de la LCS, en su artículo 12 (*vid* SÁNCHEZ CALERO, F., «Facultad de denuncia del contrato» en *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez Calero (dir.), Aranzadi, 2.ª edic., Pamplona, 1999, p. 250). En el derecho argentino, HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 489, explica que la ausencia de denuncia, o la denuncia extemporánea, tiene como efecto que el asegurador no cubra el siniestro si este tiene lugar mientras subsiste la agravación. Así se establece en el artículo 40 LS. Sin embargo, el asegurador debe cubrir el siniestro si el asegurado no notificó sin culpa o negligencia, o bien, si el asegurador conocía de la agravación. En caso de que la agravación se notifique, la solución comparada es que el asegurador puede optar por mantener el contrato en las mismas condiciones, mantener el contrato con nuevas condiciones, o rescindir el contrato (por todos, LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, pp. 249 a 251).

para que rescinda el contrato, lo que claramente resulta engorroso y hace inútil la defensa para el asegurador; segundo, no se establece una sanción para el caso en que el asegurado no declare la agravación[47].

Por esto, las pólizas han debido suplir la inadecuada regulación legal. De este modo, en el seguro de vehículos motorizados se exige informar sobre los cambios de destino del vehículo durante la vigencia del seguro[48]. Generalmente, las cláusulas establecen que la declaración de la agravación del riesgo es un deber del asegurado, cuyo incumplimiento libera de responsabilidad al asegurador[49]. Pero también puede pactarse que el riesgo agravado es un riesgo excluido[50]. Esto último es inconveniente para el asegurado, pues la exclusión de cobertura no admite la defensa de falta de perjuicio para el asegurador. Basta que el asegurador acredite que el riesgo se ha agravado para que se libere de su obligación al pago[51].

---

[47] Podría interpretarse que la sanción es la rescisión establecida en el artículo 557, por incumplimiento de la «obligación» de declarar las circunstancias necesarias para apreciar la extensión del riesgo (artículo 556 N.° 1). Sin embargo, da la impresión que el artículo 556 N.° 1 del Código de Comercio se ha establecido sólo para amparar la sinceridad de las declaraciones precontractuales.

[48] Artículo 17 POL 1 92 120 (vehículos motorizados).

[49] *V. gr.* artículo 10 POL 1 97 008 (responsabilidad civil); artículo 8 d POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales). Usualmente las pólizas contienen una cláusula que dispone que la inobservancia de las obligaciones o deberes impuestos por la póliza, liberará al asegurador de su responsabilidad de indemnizar. Se ha resuelto que la falta de denuncia de la agravación constituye un incumplimiento contractual cuya sanción es la rescisión del contrato (CONTRERAS, O, *Jurisprudencia... op. cit.*, p. 1074 (fallo 322) y p. 1170 (fallo 358)).

[50] Cláusula 10 POL 1 90 006 (incendio): «Cualquiera alteración a las circunstancias declaradas por el asegurado y conocidas del mismo, que agraven la extensión o naturaleza de los riesgos, hará cesar la responsabilidad del asegurador y pondrá término anticipado al presente contrato desde la fecha de la alteración. Se consideran que constituyen alteraciones, entre otras, los siguientes hechos: a) Cambio material o variación del lugar del objeto asegurado contemplado en la póliza. b) Modificación, alteración o ampliación del objeto asegurado. c) Variación de las circunstancias que se hayan tenido en vista para estimar el riesgo, cuando ellas aumenten la posibilidad de pérdida o daño. d) Transferencia de propiedad de los objetos asegurados o cambio del interés del asegurado». Se ha resuelto que un siniestro provocado por un riesgo más grave que el cubierto en la póliza, es un riesgo excluido (CONTRERAS, O, *Jurisprudencia...op. cit.*, p. 1115 (fallo 336).

[51] Es por esto que las legislaciones extranjeras lo regulan como carga, no como exclusión (*v. gr.* artículo 11 y 12 LCS en España y artículo 40 LS en Argentina). En España, las pólizas no pueden contener estipulaciones que disminuyan los derechos de los asegurados, por lo que la ley se erige como contenido mínimo imperativo de las pólizas. En consecuencia, no puede pactarse que la agravación de riesgo no declarada es una cobertura excluida (artículo 2 LCS). Por esto, se ha sostenido que no debe confundirse la agravación del riesgo con la exclusión de cobertura (SÁNCHEZ CALERO, F., «Deber...» *op. cit.*, p. 236). En Argentina, este contenido mínimo se limita a ciertos artículos de LS (*vid* artículo 158 LS).

En caso de que el asegurador ejecute la carga de declarar la agravación del riesgo, las condiciones generales otorgan al asegurador la facultad de modificar las condiciones del contrato. De no aceptar el asegurado las nuevas condiciones, el asegurador puede revocar el contrato. Usualmente se pacta que el asegurado devuelva la prima pagada y no devengada[52].

2.4. Carga de dirección del proceso

a) Concepto

Es una carga propia de los seguros de responsabilidad civil. En consecuencia, sólo se encuentra presente en los seguros que consten de este tipo de cobertura. Podría sostenerse que la dirección del proceso es la manifestación de la carga de colaboración en la defensa de la responsabilidad civil del asegurado, pero lo cierto es que es algo más que eso. La dirección del proceso es una carga en virtud de la cual el asegurado cede su defensa al asegurador en el juicio de la responsabilidad civil cubierta en el seguro. Ello implica que el asegurado debe admitir ser defendido por el abogado designado por el asegurador, allanarse a la estrategia propuesta por el asegurador para la defensa, y transmitir las piezas del litigio al asegurador. Además, por la carga de dirección del proceso, el asegurado no puede admitir su responsabilidad ni transigir sin autorización del asegurador.

b) Función

Esta carga tiene por finalidad que el asegurador utilice sus conocimientos expertos para evitar que se declare la responsabilidad civil del asegurado, o para disminuir las consecuencias patrimoniales del reconocimiento de esa responsabilidad.

---

[52] Artículo 8 d POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales); artículo 10 POL 1 97 008 (responsabilidad civil): «Habiendo sido fijada la prima de acuerdo con las declaraciones hechas en la propuesta del seguro, relativas a la clase de actividad del asegurado, las características de su profesión y las del objeto del seguro, el asegurado deberá comunicar a la Compañía las disminuciones y agravaciones esenciales del riesgo, dentro de las 48 horas siguientes al momento en que las conozca».

«De no aceptar el asegurado las nuevas condiciones propuestas por la Compañía, o de rechazar esta última asegurar el nuevo riesgo, se procederá a la cancelación de la póliza a partir del momento en que cambiaron las características del riesgo y la Compañía devolverá al asegurado la prima no devengada».

c) *Regulación*

Esta carga carece de regulación legal, pues el seguro de responsabilidad civil no ha sido reconocido expresamente en nuestra legislación.

Puede encontrarse esta carga, por ejemplo, en el seguro de vehículos motorizados, con relación a la cobertura de responsabilidad civil por los daños provocados a terceros en accidentes automovilísticos[53]. Pero una regulación más completa de esta carga puede observarse, desde luego, en el seguro de responsabilidad civil[54]. La carga no se encuentra regulada en nuestra ley, pues nuestro Código de Comercio no contempló la cobertura de la responsabilidad civil[55]. Examinaremos esta carga con mayor de-

---

[53] El Artículo 14 b POL 1 92 120 (vehículos motorizados), señala que el asegurado debe «a solicitud de la compañía, entregarle la defensa del proceso». En consecuencia, si la compañía ejerce su opción, el asegurado queda «obligado a proporcionar oportunamente todos los antecedentes, documentos, medios de prueba y poderes judiciales que sean necesarios para ejercerla» (artículo 18 POL 1 92 120 (vehículos motorizados).

[54] Artículo 12 POL 1 97 008 (responsabilidad civil):

«12.2 Delegación de poder: a petición de la Compañía, el asegurado conferirá poder al abogado que aquella le indique para que lo represente en todo lo relacionado con el fundamento de las reclamaciones, tratar con los perjudicados, sus sucesores, cesionarios o representantes, organizar la defensa y celebrar convenios o transacciones judiciales o extrajudiciales.

12.3 Prohibición de admitir responsabilidad: sin el consentimiento escrito de la Compañía, queda prohibido al asegurado reconocer o negar el principio, alcance o fundamento de una reclamación, celebrar *cualquier arreglo extrajudicial; pagar todo o parte del daño* y entablar acciones judiciales. Sin embargo, no se considerará que haya reconocido responsabilidad al facilitar primeros auxilios médicos ni al admitir la ocurrencia del hecho que causó el daño.

12.4 Defensa judicial: la defensa del asegurado en un juicio civil la asumirá siempre la Compañía. De encontrarlo conveniente, la Compañía podrá encargarse de la defensa del asegurado en un proceso penal. En todo caso, será la Compañía la que designará los peritos, abogados y procuradores. El asegurado deberá comparecer personalmente cada vez que sea citado para absolver posiciones y está obligado a proporcionar oportunamente todos los antecedentes, documentos, medios de prueba y poderes judiciales que sean necesarios para ejercerla.

El asegurado queda obligado a poner inmediatamente en conocimiento de la Compañía los avisos, citaciones, notificaciones, denuncias, querellas y en general cualquier comunicación que reciba.

Correrán por cuenta de la Compañía los honorarios y gastos reconocidos por la misma con motivo de la defensa que le corresponda o que haya aceptado asumir, siempre que su monto, sumado al de las indemnizaciones civiles a las víctimas, no sobrepase la suma asegurada por la presente póliza».

[55] El artículo 552 inciso segundo del Código de Comercio establece que al asegurador «le es prohibido constituirse responsable de los hechos personales del asegurado». En consecuencia, no podría asegurarse la culpa. Sin embargo, la práctica aseguradora y la doctrina es-

tención a propósito de su regulación en el seguro de responsabilidad civil[56].

2.5. Carga de evitar el siniestro

a) Concepto

Esta carga impone al asegurado actuar con un grado de diligencia suficiente para evitar el siniestro, pues en caso de no hacerlo pierde su derecho a ser indemnizado.

b) Función

Se trata de la manifestación técnica de la voluntad del legislador y del asegurador, de que en el contrato seguro no aumente el riesgo moral[57]. A través de esta carga, se intenta que el asegurado soporte el riesgo de su conducta negligente, y no actúe de manera más negligente por el hecho de estar asegurado[58].

c) Regulación

La carga de evitar el siniestro es reconocida por nuestro Código de Comercio, que establece en el artículo 556 n.° 3 que «el asegurado está obligado a tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos».

---

timan que es perfectamente lícito este tipo de seguro, pues no atenta contra el orden público. Además, se argumenta que este tipo de seguro está autorizado en la ley, específicamente en el artículo 582 del Código de Comercio, sobre seguro de incendio, y en el artículo 1181, que regula los seguros marítimos. (Por todos, BAEZA, S., *op. cit.*, pp. 74-75).

[56] *Vid infra* «las cargas relativas a la dirección jurídica», pp. 487-552.

[57] Este es, según STIGLITZ, J., *op. cit.*, p. 6, el conflicto esencial: «mientras más y mejor seguro se provee contra una contingencia, menor es el incentivo que tienen los individuos para evitar el evento asegurado, pues soportan menos las consecuencias de sus actos». Con relación al riesgo moral, *vid infra* «riesgo moral», p. 331.

[58] El grado de la negligencia cubierta es difícil de determinar. BARBATO, N., *op. cit.*, pp. 219-220, propone un criterio doble, positivo y negativo: por un lado, se exige al asegurado actuar tal como lo hubiese hecho si no hubiera estado asegurado; por el otro, que el asegurado no actúe con aquella falta absoluta de vigilancia que suelen emplear aun las personas menos prudentes.

Esta carga debe distinguirse de la carga de mantener el estado del riesgo o no agravarlo. La carga de evitar la agravación del riesgo no dice relación con la producción efectiva del siniestro, sino con mantener las condiciones para que no aumenten las probabilidades de su ocurrencia. En cambio, la carga de evitar el siniestro dice relación con la producción de un siniestro específico[59].

En las pólizas nacionales, la carga de evitar el siniestro refleja esta concepción. Se establece un grado de diligencia a cumplir por el asegurado. Este grado de diligencia servirá para determinar, *a posteriori*, una vez producido el siniestro, si la actitud negligente del asegurado justifica que se le prive de la indemnización pactada[60].

Además, se establecen ciertas conductas que el asegurado debe cumplir. A nuestro entender, estos comportamientos exigidos corresponden a verdaderas presunciones de culpa grave. La presunción facilita el reconocimiento de la inejecución de la carga, pues el contenido de la carga es, precisamente, observar una diligencia mínima por parte del asegurado[61].

2.6. Carga de salvamento

a) Concepto

Es aquella por la cual se impone al asegurado que realice una cierta actividad tendiente a atenuar o reducir los daños provocados por el siniestro. Es, en consecuencia, una carga que impone un hacer. Se trata, además, de

---

[59] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 518. El examen de la conducta del asegurado se realiza con relación al específico siniestro producido. Por esto, el autor considera que la carga de evitar el siniestro y la carga de salvamento son partes de una misma carga, la de evitar o disminuir los daños (p. 517).

[60] Por ejemplo, la cláusula 17 N.° 1 POL 1 90 006 (incendio): «El asegurado está obligado a emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro». También, el artículo 14 POL 1 92 040 (seguro de carga en transporte terrestre) establece que es obligación del asegurado «tomar todas las medidas razonablemente necesarias para evitar o aminorar tal pérdida».

[61] Así, el artículo 20 POL 1 92 120 (vehículos motorizados), titulado «conservación del vehículo»: «El asegurado debe hacer todo lo que razonablemente sea necesario para evitar la pérdida o daño del vehículo asegurado y para mantenerlo en buen estado de conservación». En el mismo sentido, el artículo 8 letra b POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales): «En todo momento, dar un adecuado cuidado y atención a la materia asegurada; debiendo mantener todas las medidas de seguridad, prevención y combate de siniestros informadas en la propuesta e informes de inspección, las cuales deben ser revisadas y controladas periódicamente».

una carga que debe ejecutarse después del acaecimiento del siniestro. En consecuencia, no corresponde al deber de evitar el siniestro, pues supone que éste ya se ha producido[62].

b) Función

Su evidente función es incentivar que el asegurado haga esfuerzos razonables para disminuir los daños provocados por un siniestro, a pesar de estar asegurado. Se trata de un remedio legal y contractual contra el problema del riesgo moral en el seguro.

c) Regulación

Nuestro Código de Comercio establece la carga en el artículo 556 N.° 4, que señala que «el asegurado está obligado a tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos».

Esta carga integra dos conductas requeridas al asegurado[63]. Por un lado, realizar las operaciones necesarias y razonables para evitar que el siniestro se extienda y propague innecesariamente[64]. Por otro lado, proveer al salvamento, esto es, utilizar los medios necesarios, e incurrir en los gastos indispensables para sustraer los bienes del siniestro y conservarlos debi-

[62] SÁNCHEZ CALERO, F., «Deber de salvamento» en *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez Calero (dir.), Aranzadi, 2.ª edic., Pamplona, 1999, p. 300. En todo caso, el fundamento de esta carga es el mismo que en la carga de evitar el siniestro: impedir que el asegurado actúe de manera más negligente a como lo haría si no estuviera asegurado. Es por esto que parte de la doctrina estima que se trata de una carga impuesta no tanto a favor del asegurador, sino del asegurado: «Se trata de una aplicación del principio de *venire contra factum propium*. Nos hallamos ante una actividad *in suis*, de forma que la propia Ley impone ese deber teniendo en cuenta igualmente los intereses del asegurado» (p. 302). Por esto, en la doctrina italiana DONATI, *op. cit.*, p. 416, incluye en la carga de salvamento la carga de evitar el siniestro.

[63] El carácter doble de la carga de salvamento es destacado por ORDÓÑEZ, A., *op. cit.*, p. 97.

[64] Artículo 20 POL 1 92 120 (vehículos motorizados): «en caso de siniestro, el asegurado deberá tomar todas las precauciones razonables para evitar el agravamiento de los daños o pérdidas»; cláusula 17 n.° 2 POL 1 90 006 (incendio): «tan pronto se declare un incendio, el asegurado debe emplear todos los medios que estén a su alcance para evitar su propagación o extensión y salvar los objetos asegurados»; artículo 8 c POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales): «tomar todas las medidas necesarias para aminorar las posibles pérdidas frente a un siniestro».

damente. Es usual que se pacte que los gastos provocados por las operaciones de salvamento sean de cargo del asegurador[65].

2.7. Cargas de colaboración

a) Concepto y función

Son cargas de diversa índole que imponen al asegurado conductas activas o pasivas de colaboración para reducir el riesgo o los daños.

b) Regulación

Corresponden a conductas que se imponen al asegurado, con el fin de ayudar al asegurador en la labor de minimizar los riesgos, y reducir los da-

---

[65] Artículo 14 POL 1 92 040 (seguro de carga en transporte terrestre): «Reducción de pérdidas. Es obligación del asegurado y sus empleados, agentes o mandatarios respecto de cualquier pérdida amparada bajo este seguro:

14.1. Tomar todas las medidas razonablemente necesarias para evitar o aminorar tal pérdida.

14.2. Asegurarse de que todos los derechos contra transportistas, depositarios u otros terceros estén debidamente preservados y ejercidos».

«Los aseguradores, en adición a cualquier pérdida amparada bajo la presente, reembolsarán al asegurado cualquier gasto en que adecuada y razonablemente se haya incurrido en el cumplimiento de estas obligaciones».

En el mismo seguro, se estipula como «condición principal»: «Intervención. El asegurado está obligado a tomar todas las providencias necesarias para prevenir el siniestro, salvar o recuperar la cosa asegurada o conservar sus restos, entendiéndose que el cumplimiento de las antedichas obligaciones no lo privará del derecho de hacer dejación cuando corresponda. La intervención del asegurado o sus representantes en el cobro, salvamento y preservación de los objetos asegurados, tampoco implica aceptación de la dejación. Los gastos que así se efectuaren serán soportados por la compañía en proporción a la suma asegurada».

También, la cláusula 17 POL 1 94 021 (robo con fuerza en las cosas), que regula el «salvataje de los objetos asegurados». Estipula que «tan pronto se constate un robo, el asegurado debe emplear todos los medios que estén a su alcance para evitar la extensión de la pérdida y salvar los objetos asegurados que no hayan sido sustraídos.

»Si con este motivo hubiere necesidad de trasladar los objetos asegurados de un lugar a otro, la Compañía indemnizará los gastos de traslado.

»El asegurado, sin la autorización escrita de la Compañía o del liquidador que se designe, no podrá remover, cambiar, reponer, ni efectuar reparaciones de objetos dañados o robados, excepto para los efectos indicados en los párrafos anteriores, pero aun en dicho caso cuidando de no modificar el estado en que estaban las cosas al momento de descubrirse el robo, con el objeto de facilitar el inicio de la investigación, determinación de la pérdida y procedencia de la indemnización».

ños. También pueden tener por finalidad avaluar con precisión la magnitud del siniestro o investigar sus circunstancias, con el fin de determinar si corresponde o no indemnizar.

No tienen un contenido preciso, sino que responden a las necesidades y circunstancias de cada tipo de seguro. Pueden consistir tanto en conductas positivas, como en omisiones o en conductas del asegurador que el asegurado debe tolerar.

Podemos dividir estas cargas en los siguientes tipos:

i) Cargas de colaboración activa para minimizar el riesgo[66]. Consiste en la exigencia de realización de hechos conducentes a disminuir el riesgo.
ii) Cargas de colaboración pasiva para minimizar el riesgo[67]. Corresponden a la exigencia de ciertas abstenciones que tienen por finalidad disminuir el riesgo.
iii) Cargas de colaboración activa para reducir los daños[68]. Son conductas que contribuyen a controlar y limitar las consecuencias negativas de un siniestro cubierto.
iv) Cargas de colaboración pasiva para reducir los daños[69]. En virtud de ellas, el asegurado permite que el asegurador realice actos tendientes al control y limitación de los daños provocados por un siniestro cubierto.
v) Cargas de colaboración activa y pasiva para avaluar la magnitud del siniestro[70]. Ellas comprometen al asegurado a proveer al asegurador

[66] Cláusula 8 POL 1 90 006 (incendio): «los representantes de la Compañía tienen durante la vigencia del seguro y a horas razonables, el derecho de inspeccionar o examinar los objetos asegurados por esta póliza, y el asegurado debe *facilitarles todos los detalles o informaciones* que necesiten para poder inspeccionar el objeto asegurado».

[67] Artículo 20 POL 1 92 120 (vehículos motorizados): «la compañía tiene el derecho de inspeccionar el vehículo cuando lo estime conveniente». También, cláusula 8 POL 1 90 006 (incendio) «Los representantes de la Compañía tienen durante la vigencia del seguro y a horas razonables, el derecho de inspeccionar o examinar los objetos asegurados por esta póliza, y el asegurado debe facilitarles todos los detalles o informaciones que necesiten para poder inspeccionar el objeto asegurado».

[68] Esta constituye propiamente una hipótesis de salvamento.

[69] Artículo 8 a POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales), que establece que el asegurado debe: «autorizar y brindar todas las facilidades necesarias para que la aseguradora o sus representantes realicen inspecciones o verificaciones en cualquier momento, prestando toda la asistencia necesaria para la plena comprobación de daños, facultando a la aseguradora para realizar las evaluaciones que sean necesarias frente a la ocurrencia de un siniestro».

[70] Cláusula 17 n.° 3.1 POL 1 90 006 (incendio) «El asegurado tiene obligación de entregar a la compañía, o al liquidador en su caso, a la brevedad posible, los siguientes antecedentes:

los elementos necesarios para cuantificar los daños provocados por un siniestro, y permiten al asegurador realizar actos dirigidos a la determinación de los efectos patrimoniales del siniestro.

vi) Cargas de colaboración activa para investigar las circunstancias del siniestro[71]. En razón de estas cargas, el asegurado debe prestar al asegurador la ayuda necesaria para verificar cuáles han sido las causas del siniestro.

vii) Cargas de colaboración pasiva para investigar las circunstancias del siniestro[72]. Ellas corresponden a la autorización que el asegurado se compromete a entregar al asegurador, para que éste pueda realizar su labor investigativa del siniestro. Además, supone que el asegurado no realice algún acto contrario a este propósito.

2.8. Carga de aviso a la autoridad

a) Concepto

Puede definirse como una carga por medio de la cual se denuncia a la autoridad policial u otra establecida en el contrato o en alguna norma reglamentaria o legal, la ocurrencia de un daño cuyo conocimiento puede resultar de interés para tal autoridad, y que coincide con un riesgo cubierto por la póliza.

---

a) Un estado de los daños causados por el siniestro, con indicación de los objetos destruidos o deteriorados.

b) Todos los documentos, libros, recibos, facturas y cualquier otro antecedente que la compañía esté en derecho de exigir, sea en relación con el origen y causa del siniestro y las circunstancias bajo las cuales las pérdidas o deterioros se han producido; o en relación con la responsabilidad de la compañía; o con el monto de la indemnización».

En el mismo sentido, la cláusula 18 POL 1 94 021 (robo con fuerza en las cosas), que establece que «en caso de robo en que se pierdan, deterioren o destruyan los objetos asegurados, la Compañía o el liquidador en su caso, en tanto no se haya fijado en forma definitiva el importe de la indemnización que pudiera corresponder, podrá ejecutar los actos y realizar las gestiones que a continuación se indican: a) Ingresar en los edificios o locales en que ocurrió el siniestro, para determinar su causa y extensión y tomar posesión material de ellos».

[71] Artículo 8 a POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales). Según esta póliza, el asegurado debe: «autorizar y brindar todas las facilidades necesarias para que la aseguradora o sus representantes realicen inspecciones o verificaciones en cualquier momento, prestando toda la asistencia necesaria para la plena comprobación de daños, facultando a la aseguradora para realizar las evaluaciones que sean necesarias frente a la ocurrencia de un siniestro».

[72] Cláusula 17 n.° 2 POL 1 90 006 (incendio) «El asegurado, sin la autorización escrita de la compañía o del liquidador que se designe, no podrá remover u ordenar la remoción de los escombros que haya dejado el siniestro».

Es una carga distinta del aviso del siniestro, por lo que el aviso a la autoridad no libera al asegurado de su carga de denunciar el siniestro al asegurador, ni viceversa[73]. A nuestro entender, el aviso a la autoridad es útil para el asegurador, en cuanto impone al asegurado un incentivo adicional para la sinceridad en sus dichos, y porque ayuda a constituir una prueba de las circunstancias del siniestro.

b) Función

Los hechos no son denunciados a la autoridad por el hecho de ser siniestros cubiertos. Se declaran pues se trata de hechos cuyo conocimiento puede ser de interés para la autoridad, en razón de la posibilidad de que constituyan delitos, o por otras razones legales o reglamentarias. Pero, como hemos dicho, al ser esta denuncia de utilidad para el asegurador, se pacta como carga. Su inejecución supone el surgimiento de una excepción para el asegurador, quien se puede liberar del pago de la indemnización. En el fondo, se trata de una forma de colaboración en la determinación de las circunstancias del siniestro.

c) Regulación

Ejemplos de estas cargas los encontramos en los seguros de vehículos motorizados, incendio y robo[74]. En general, todas ellas establecen que el aviso debe ser dado a la brevedad[75]. En algunos casos se habla de denuncia, en otros de constancia y en otros se exige informar de inmediato. Creemos que, a pesar de que denuncia tiene un significado técnico preciso diverso a constancia, basta con cualquier información que permita a la autoridad investigar el hecho calificado como siniestro. Toda información de la que se deja constancia escrita ante la autoridad policial es funcionalmente sufi-

[73] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 440.

[74] Art. 16 n.° 1 y 2 POL 1 92 120 (vehículos motorizados), «en caso de accidente, robo o hurto, constancia inmediata en unidad policial más cercana, salvo fuerza mayor».

Cláusula 17 n.° 4 POL 1 90 006 (incendio) Aviso policial: «En caso de incendio el asegurado deberá informar la ocurrencia del siniestro a la unidad policial correspondiente, a la brevedad posible».

Cláusula 17 n.° 2 POL 1 94 021 (robo con fuerza en las cosas). Aviso policial: «Conocido el siniestro, el asegurado deberá denunciarlo de inmediato a la unidad policial correspondiente».

[75] *Vid infra* «significado expresión "inmediatamente" en el Derecho nacional», p. 427.

ciente para dar por ejecutada la carga[76]. Las pólizas tampoco señalan expresamente qué se entiende por «autoridad policial», pero es claro que por medio de esta expresión se hace referencia tanto a Carabineros como a la Policía de Investigaciones.

2.9. Carga de no realizar fraude

a) Concepto

Puede establecerse como carga del asegurado la de no comportarse fraudulentamente[77]. Esto tendría como finalidad que, ante un engaño del asegurado en orden a obtener un beneficio patrimonial incausado de parte del asegurador, este último puede exceptuarse del pago de la indemnización si el fraude es descubierto[78].

En el Derecho penal, se ha definido el fraude de seguros como aquella modalidad de estafa cometida con el fin de obtener, mediante engaño, una prestación del asegurador. El fraude de seguros ha sido estudiado primordialmente desde su perspectiva penal[79]. Pero no han merecido la misma

---

[76] Jurídicamente, la denuncia es la noticia de la comisión de un delito. Puede efectuarse por cualquier medio, pero si hace oralmente ante la autoridad policial, debe levantarse registro en presencia del denunciante (*vid* HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, v. 1, p. 474).

[77] Artículo 11 POL 1 97 008 (responsabilidad civil). Fraude o dolo: «las obligaciones de la Compañía quedarán extinguidas desde la fecha de emisión de esta póliza si se comprobase que el asegurado o sus representantes, en la propuesta o con posterioridad a ésta, disimularon o declararon inexactamente datos que indujeron a emitir esta póliza o que, conocidos por la Compañía, la habrían llevado a modificar sus condiciones».

Cláusula 17 n.° 3.2 (sobre obligaciones del asegurado) POL 1 90 006 (incendio), que señala que el asegurado que «maliciosamente altera los daños o emplea pruebas o antecedentes falsos para acreditar los mismos, perderá todo derecho a indemnización, sin perjuicio de las responsabilidades legales que corresponden».

[78] Es necesario distinguir entre la noción de fraude civil y el fraude de seguros. Al hablar de «fraude de seguros», se habla de «fraude» en el sentido que se le da a la expresión en el Derecho penal. El fraude civil consiste en utilizar una regla jurídica con un fin ilícito o no tolerado por el Derecho. La figura del fraude civil se acerca al abuso del derecho y la simulación ilícita, «porque en todos la consideración del objetivo final perseguido es el que destruye la apariencia lícita de la regla usada para el propósito torcido» (DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, «*Fraus omnia corrumpit.* Notas sobre el fraude en el Derecho Civil» en *RDJ*, t. 89, sección primera, 1992, p. 84). En cambio, el fraude de seguros se acerca más al concepto de dolo civil, pues consiste en un engaño dirigido a obtener un beneficio patrimonial de la contraparte.

[79] *Vid* SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, «La estafa de seguro. Criminología, dogmática y política criminal» en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid (1987), pp. 329-359; BOSCH,

atención los efectos civiles. Desde una perspectiva civil, podemos definir el fraude de seguros como toda conducta dolosa destinada a obtener una prestación incausada del asegurador, que tiene lugar en la etapa de formación del consentimiento, ya sea del contrato o del pago de la indemnización[80].

b) Función

La intención de esta carga es desincentivar las eventuales conductas fraudulentas del asegurado, a través del desconocimiento de los efectos civiles del contrato, toda vez que exista fraude por parte del asegurador. Nuestra opinión es que la carga de evitar el fraude es una medida de prevención ineficaz. Constituye, además, una regla superflua pues, de llegar a probarse el fraude, el ordenamiento jurídico ya contempla una sanción suficiente.

c) Regulación

El fraude en el seguro puede tener lugar en dos momentos: en la etapa precontractual, y una vez celebrado el contrato, a propósito del cobro de la indemnización. A nuestro entender, en ambos casos estamos ante dolo como vicio del consentimiento. En el primer caso, el dolo afecta a la celebración del contrato. En el segundo caso, el dolo afecta al pago del asegurador, entendido este último como convención extintiva de derechos y obligaciones[81].

FERNANDO, *El delito de estafa de seguro*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996; y PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO, *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de legislativa*, Universidad de los Andes, Santiago, 2004, p. 23.

[80] Tanto en el fraude penal como en el civil el elemento caracterizador es el engaño dirigido a la disposición patrimonial de la víctima. Este engaño es el mismo en materia civil y en materia penal (MERA FIGUEROA, JORGE, *Fraude civil y penal*, Editorial Jurídica Conosur, 2.ª edic., Santiago, 1994, p. 118). La diferencia de uno y otro caso, aparte de las diversas valoraciones propias de la ciencia penal y el Derecho civil, está en que el delito de estafa de seguro requiere, como toda estafa, disposición patrimonial. En cambio, para la configuración del dolo civil, no se requiere que haya habido perjuicio (FLUME, W., *op. cit.*, p. 637).

[81] En el caso del dolo que afecta el pago del asegurador, no estamos frente a un dolo en el incumplimiento de la obligación. Se trata de un dolo que intenta inducir a un pago superior al que corresponde según el contrato de seguro, por medio de un engaño. Como señala BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, A. Martínez (trad.), Comares, Granada, 2000, p. 245, debe distinguirse entre negocios de obligación y negocios de disposición. Los negocios de obligación «se contraponen a los de disposición porque la reglamentación de inte-

En consecuencia, un estudio de los efectos civiles del fraude en el contrato de seguro es equivalente a un análisis del dolo del asegurado, en un doble aspecto[82]. Por un lado, el dolo del asegurado que logra que el asegurador celebre un contrato de seguro que, de no haber sido inducido con malas artes, no habría celebrado. O bien, el dolo utilizado para que el asegurador lo celebre en condiciones más favorables para el asegurado, que si hubiera estado al tanto de las circunstancias reales. Por otro lado, el dolo del asegurado al momento de reclamar el pago de la indemnización provocando, simulando o dando información falsa sobre el siniestro. Este dolo tiene la finalidad de que el asegurado pague la indemnización, a pesar de no estar obligado, o bien, que pague en mejores condiciones para el asegurado de las que verdaderamente corresponden.

---

reses que por ellos actúa no es, al menos inmediatamente un cambio de la posición de los sujetos respecto a los bienes, sino una forma de cooperación entre miembros sociales coordinada al interés recíproco, o al interés unilateral de uno de ellos» (p. 245). Por su parte, el negocio de disposición es «todo acto que acarrea disminución del patrimonio..., es decir, origina pérdida, limitación o destinación *mortis causa* de derechos patrimoniales» (p. 248). En consecuencia, debe distinguirse el contrato de seguro (negocio de obligación), del pago de la indemnización (negocio de disposición). En efecto, el pago es una verdadera convención (ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 544). El asegurado debe manifestar su consentimiento en orden a ser indemnizado por el asegurador. Por esta razón, se distingue entre el aviso de siniestro, que es «una simple información sumaria sobre el hecho dañoso», de la reclamación. Al presentar la reclamación, el asegurado declara cuál es el monto del daño, declara su voluntad de ser indemnizado y prueba las circunstancias necesarias para ser indemnizado (ORDÓÑEZ, A., *op. cit.*, p. 95). Se trata de una declaración de voluntad necesaria para el cumplimiento del pago, entendido como convención.

[82] En consecuencia, no se trata de la negligencia ni la culpa grave del asegurado en la provocación del siniestro. Una cosa es la culpa grave en la provocación del siniestro, derivada de la conciencia de estar asegurado, y otra muy distinta es provocar el siniestro con intenciones fraudulentas. Por lo demás, la carga de actuar con la debida diligencia para no provocar el siniestro es un deber que debe ser cumplido en la etapa de ejecución del contrato. La culpa o dolo sirven para determinar si se cumplen los requisitos para dar o no por ejecutada la carga no estructural que, en último término, es un deber. En consecuencia, el concepto de dolo aplicable en este caso, es el del artículo 44 inciso final del Código Civil. En cambio, el dolo del fraude de seguros no correspondería al del artículo citado, sino que es «toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer que otra incurra en un error que la determina a contratar» (CLARO SOLAR, L., *op. cit.*, v. 5, p. 220). El mismo autor sostiene que, a pesar que el Código Civil no distingue fraude y dolo y los usa como sinónimos, la doctrina sí suele oponer fraude a dolo como nociones distintas. «El fraude considera sobre todo la ejecución de los contratos; el dolo su formación o conclusión» (p. 223). No obstante, puede considerarse que la diferencia entre fraude y dolo apuntada sólo dice relación con el momento en que la actuación fraudulenta se produce, pues el concepto de dolo es general, y corresponde a la conciencia de actuación contraria a derecho.

En ambos casos, si el asegurador pretende dar por inejecutada la carga, debe probar el dolo del asegurado. Este dolo consiste en toda maquinación destinada a obtener la prestación del asegurador. Tradicionalmente, se ha entendido que la intención de provocar perjuicio constituye un elemento del dolo[83]. Sin embargo, actualmente esa posición ha sido superada[84]. El dolo no supone intención de dañar. Ni siquiera requiere perjuicio. Como señala De Castro, «basta para tenerlo en cuenta con que la maquinación insidiosa ejerza tal influencia sobre quien declara, que su declaración no puede considerarse como decisión propia de una persona libre y no engañada»[85]. Por lo tanto, los elementos del dolo son sólo dos: el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas y la intención o propósito de engañar[86]. La prueba del fraude del asegurado supone, en consecuencia, la acreditación del empleo de una maquinación insidiosa y la intención de engañar.

No obstante, la alegación de fraude por parte de la compañía sigue siendo más compleja que la de inejecución de la carga de información. En esta última, basta probar que se ha entregado información falsa al asegurador, y que esa conducta es imputable a negligencia del asegurado. En cambio, la prueba del dolo supone la acreditación de la intención de engañar, lo que puede resultar más complejo. Como en ambos casos la sanción libera al asegurador, resulta más conveniente para este último alegar el incumplimiento de la carga de información, a pesar de que la sanción del dolo es más drástica[87].

---

[83] Como puede apreciarse en CHADWICK VALDÉS, TOMÁS, «De la naturaleza jurídica del dolo» en *RDJ*, t. 35, Derecho, p. 162, la intención ha sido tradicionalmente considerada como elemento psíquico del dolo.

[84] Por todos, FLUME, W., *op. cit.*, p. 637, quien señala que «el supuesto de hecho del engaño doloso no precisa, a diferencia del tipo penal de la estafa, que el engañado o un tercero sean perjudicados. Por ello, como hoy se admite generalmente, tampoco forma parte del supuesto de hecho subjetivo del engaño doloso la intención de dañar». En Chile, autores como CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *De la ignorancia de la ley*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 255 y RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *La obligación como deber de conducta típica*, Universidad de Chile, Santiago, 1992, p. 35, coinciden con esta opinión.

[85] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 151.

[86] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... op. cit.*, v. I, p. 171.

[87] Así queda demostrado en López v. Compañía de Seguros de Vida Sud-América de Chile (citado en CONTRERAS, O., *Jurisprudencia...* cit., v. 2, p. 494), donde la asegurada no declaró un evidente estado de embarazo de tres meses en un seguro de vida, y luego murió como consecuencia de una enfermedad provocada por el embarazo. En este caso, el asegurador alegó dolo, el que fue desestimado por el tribunal. En cambio, se otorgó la rescisión del contrato por incumplimiento del artículo 556 n.° 1 y 557 n.° 1 del Código de Comercio. A pesar de que civilmente es más conveniente para el asegurador que se declare dolo del asegurado, pues en ese caso el asegurador conserva las primas pactadas, aunque no haya soportado riesgo (artículo 558 del Código de Comercio), lo relevante será evitar el pago de la

2.10. Carga de notificar la transferencia del bien asegurado

a) Concepto

Puede pactarse como carga que se notifique al asegurador la transferencia del bien asegurado. Entendemos por bien asegurado el objeto sobre el que recae el interés en el seguro de daños[88].

b) Función

En muchos casos, es relevante para el asegurador que el objeto asegurado pertenezca a una u otra persona. Las características de quien posea el bien pueden determinar un mayor o menor riesgo.

c) Regulación

En las pólizas usualmente se regulan las consecuencias de la transferencia del bien asegurado[89]. Puede pactarse que ante la transferencia del

---

indemnización. En consecuencia, es más conveniente para el asegurador concentrarse en alegar la rescisión del contrato por incumplimiento de las cargas informativas. A pesar de esto, para los aseguradores como industria, puede resultar relevante la prueba del fraude penal, para efectos de prevención general. Sin embargo, la prueba del dolo penal es aún más compleja que la del dolo civil, y es difícil proponer un tipo penal eficiente sin transgredir garantías de los asegurados (*vid* PIÑA, J., *op. cit.*, p. 142). Por lo tanto, la prueba del fraude es conveniente sólo en la medida que sea manifiesta.

Con respecto a la relación entre carga y vicio del consentimiento, *vid supra* «carga estructural de información y consentimiento exento de vicios», p. 114.

[88] La noción de bien asegurado se aplica sólo a los seguros de daños. En todo caso, no debe confundirse bien asegurado con objeto asegurado. Señala GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Temis, Bogotá, 1987, v. 4, p. 288, que en el seguro de daños el objeto «no es la cosa asegurada, sino el interés que en su conservación tenga el asegurado». El interés es «la relación [económica] de una persona con una cosa amenazada por un riesgo determinado» (p. 288).

[89] La transferencia del bien asegurado está regulada en los artículos 530 y 531 del Código de Comercio. Según OSSA G., EFRÉN J., «La transmisión de la propiedad de la cosa asegurada y su incidencia en el contrato de seguros en el derecho chileno» en *Revista Chilena de Derecho*, v. 5 (1978), p. 182, la aplicación de estos artículos depende de si el seguro es *intuito rei* o *intuito personae*. Si el seguro se contrata en consideración de la cosa (como en los casos del seguro endosable o al portador), se aplican las reglas de los artículos citados, y el seguro se transfiere *ope legis* junto al bien asegurado, «sin necesidad de cesión» (artículo 530 del Código de Comercio). En este caso, el asegurador puede requerir judicialmente al nuevo asegurado para que declare si se aprovechará del seguro o no. Pero si el seguro se

bien asegurado, si constituye una agravación del riesgo, se excluya la cobertura o se dé al asegurador la posibilidad de revocar el contrato[90]. Puede también pactarse que, ante la transferencia, el asegurador tenga la facultad de cambiar el contenido del contrato[91].

Pero para que surjan estas opciones, es necesario que el asegurador se entere de la transferencia del bien cubierto por el seguro, y esa información la posee el asegurado. Por esto, se impone como carga que se notifique al asegurador la transferencia del bien. Si no se ha ejecutado la carga y el siniestro tiene lugar, el asegurado se libera de su responsabilidad de indemnizar.

2.11. Carga de declarar la existencia de otros seguros

a) Concepto

La carga de declarar la existencia de otros seguros es aquella que impone al asegurado comunicar los demás seguros que tenga sobre un mismo interés, en el caso que un siniestro pueda ser cubierto por más de alguno de ellos. Este aviso debe darse antes de la celebración del contrato, durante la celebración del contrato o al tiempo de la declaración del siniestro.

b) Función

Esta carga se establece para que puedan aplicarse las reglas previstas para el caso de seguro múltiple, ya sean las legales o las contractuales[92].

---

contrata en consideración a la persona (por ejemplo, un seguro nominativo donde se pacta que el seguro se extingue por transferencia), ya no estamos en los supuestos regulados por los artículos citados. En este caso, se entiende que «el seguro se extingue porque falta el interés asegurable del asegurado».

[90] Cláusula 10 POL 1 90 006 (incendio). «Cualquiera alteración a las declaradas por el asegurado y conocidas del mismo, que agraven la extensión o naturaleza de los riesgos, hará cesar la responsabilidad del asegurador y pondrá término anticipado al presente contrato desde la fecha de la alteración. Se consideran que constituyen alteraciones, entre otras, los siguientes hechos: d) Transferencia de propiedad de los objetos asegurados o cambio del interés del asegurado».

[91] Artículo 8 e POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales): «Comunicar a la aseguradora cualquier cambio material en las condiciones del riesgo previamente descritas en la propuesta, especialmente cuando importen un agravamiento. En este caso, la aseguradora se reserva el derecho de modificar los términos y condiciones pactadas inicialmente».

[92] ORDÓÑEZ, A., *op. cit.*, p. 86.

Ellas determinan la forma en que varios seguros contratados sobre un mismo interés concurren al pago de la indemnización. De esta manera, se garantiza la aplicación del principio indemnizatorio, por el cual el asegurado no puede obtener un enriquecimiento injusto por medio de la celebración del seguro (artículo 517 del Código de Comercio).

c) Regulación

Nuestra ley consagra esta carga en el artículo 556 número 6 del Código de Comercio. Esta carga permite la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 525 a 529 del mismo Código[93]. La norma exige que la declaración se realice al momento del reclamo, esto es, «al tiempo de exigir el pago de un siniestro». Sin embargo, las pólizas pueden requerir que esta información se entregue al momento de celebrar el seguro, o incluso durante su vigencia[94].

Esto tiene una doble finalidad. Por un lado, que el asegurado tenga una idea precisa de sus eventuales responsabilidades, para así no tener más reservas que las que estrictamente correspondan. Por otro lado, precaver un eventual intento de fraude por parte del asegurado, quien podría contratar varios seguros y destruir la cosa para enriquecerse.

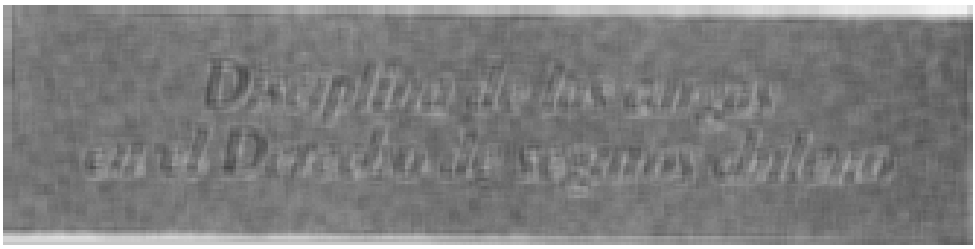
[93] Las reglas sobre la concurrencia de seguros en nuestro Código de Comercio se encuentran en los artículos 525 a 529. Debe distinguirse entre seguros concurrentes sucesivos o simultáneos. En el primer caso, el Código establece que, si existen varios seguros contratados de buena fe, responde el primero de ellos que haya sido celebrado. Sólo responden los demás seguros en la medida que el anterior no haya alcanzado a cubrir la totalidad del objeto asegurado. En el caso de seguros concurrentes simultáneos, los aseguradores responden a prorrata del valor enunciado en las pólizas (*Vid* CONTRERAS, O., *El contrato...op. cit.*, p. 106). La regla proporcional es utilizada por varias legislaciones continentales (Colombia, artículo 1092 del Código de Comercio; Argentina, artículo 67 LS; España, artículo 33 LCS).

[94] Cláusula 7 n.° 3 POL 1 90 006 (incendio), «sobre otros seguros: si los objetos asegurados por la presente póliza se encuentran cubiertos, en todo o en parte, por otro contrato de seguro celebrado con anterioridad, ya sea por un tercero o por el contratante o asegurado, estos estarán obligados a declararlo por escrito a la Compañía. Igual obligación regirá para los seguros que se contraten posteriormente, lo que deberá ser informado a la Compañía dentro del plazo de 15 días»; artículo 8 f POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales): «Declarar por escrito a la aseguradora, la contratación anterior o posterior a éste, de otros seguros sobre todo o parte del cultivo objeto de este seguro, debiendo quedar constancia de dicha situación en la póliza».

2.12. Conclusión

Las cargas del asegurado pactadas en las pólizas de seguros de daños tienen diversas funciones, las que dependen de la intención que ha tenido el asegurador al predisponer las respectivas conductas como cargas en las pólizas. Sin embargo, todas ellas tienen una disciplina común que detallaremos en el capítulo siguiente. Podemos adelantar que el efecto principal consiste en que, ante la inejecución de la carga del asegurado, el asegurador se libera de su obligación de pagar la indemnización pactada en el contrato. Por lo tanto, la regulación contractual de las cargas del asegurado es sustancialmente análoga en sus efectos a la regulación legal de las mismas.

VI



1. Formas de creación y redacción de las cargas del asegurado en los contratos de seguro

1.1. Cargas legales y cargas contractuales

Las cargas pueden ser establecidas por la ley o por las partes, en las pólizas. En la mayoría de las legislaciones, las cargas se establecen como obligaciones o deberes de los asegurados. Como hemos revisado, sólo la Ley de Seguros argentina reconoce las cargas como tales, estableciendo un régimen heterogéneo para las cargas legales y un régimen mínimo común para las cargas convencionales. En Chile, no existe una regulación homogénea. Pero la ausencia de un tratamiento unitario y común para las cargas legales y contractuales no obsta a una sistematización de los caracteres comunes de las cargas en el Derecho chileno[1].

a) Cargas legales

Las cargas legales son las establecidas como «obligaciones» en el artículo 556 del Código de Comercio. Sin embargo, se trata de cargas no estructurales del acreedor, cuya sanción ante la inejecución es la rescisión

[1] Puede citarse como ejemplo la labor de Stiglitz, R., *Derecho... op. cit.*, p. 16, en Argentina, quien propone una disciplina común de las cargas legales. También Donati, A., *op. cit.*, p. 383, quien recalca la relevancia sistemática de una disposición unitaria de los elementos pasivos del contrayente, distintos de la obligación de pago del premio. Esto permite «la resolución de cuestiones particulares que quedan abiertas cuando la ley no las regula expresamente».

del contrato, y la consiguiente ineficacia del derecho del asegurado a ser indemnizado. Corresponden a la carga de declaración del riesgo, pago de la prima, empleo de diligencia para prevenir el siniestro, salvamento, notificación del siniestro, declaración de otros seguros al tiempo del siniestro, y la prueba de los presupuestos de la obligación de indemnizar. A nuestro entender, esta última carga no puede ser entendida como carga no estructural, por lo tanto, a ella le corresponde un régimen distinto que a las demás normas del artículo citado. La carga de pago de la prima debe considerarse una obligación en sentido técnico.

b) Cargas contractuales

Las partes pueden establecer como cargas aquellos deberes que estimen convenientes. Sin embargo, la estipulación de cargas en las condiciones generales quedan sujetas, en cuanto a su validez, a que no puedan estimarse de objeto ilícito o abusivas, en cuyo caso serán parcialmente nulas.

b.1) Aplicación preferente de las cargas contractuales. Efectos análogos

Las cargas legales han sido establecidas en normas supletorias del Código de Comercio. Por lo tanto, debe aplicarse con preferencia lo establecido en las pólizas. No obstante, esta preferencia no tiene gran relevancia práctica en cuanto al efecto de la inejecución de la carga, pues éste es sustancialmente el mismo en ambos tipos de carga del asegurado.

Sin embargo, la distinción tiene relevancia respecto a la posibilidad de anular la disposición que contiene la carga, pues si se considera que las cargas contractuales son cláusulas abusivas o adolecen de objeto ilícito, puede declararse su nulidad. En este caso, y ante el vacío de regulación contractual, podría aplicarse supletoriamente una carga legal que cumpla la misma función de la derogada.

b.2) Cargas contractuales y exclusiones

Nótese, además, que una misma conducta puede establecerse como carga o exclusión. Las exclusiones son cláusulas del contrato de seguro por las cuales se exceptúan expresamente de la cobertura hechos específicamente descritos, que de otro modo se encontrarían cubiertos [2]. Corres-

[2] OSSA., E., *Teoría... op. cit.*, p. 469, define las exclusiones como «hechos o circunstancias que, aun siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo, no obligan la responsabilidad del asegurador». SCALFI, G., *op. cit.*, p. 36, señala que las exclusiones pueden ser contractuales o legales. Las contractuales pueden responder a razones de causa que provoca el

ponde al redactor señalar con claridad si se está en uno u otro caso, pues ambos tipos de estipulación tienen regímenes diversos. Se trata de cláusulas de naturaleza distinta, pues la carga supone un deber cuya inejecución libera al asegurador. En cambio, no cabe hablar de liberación en el caso de la exclusión, pues el riesgo excluido nunca ha sido cubierto[3].

Existen, además, dos diferencias entre exclusión y carga, referentes al examen de imputabilidad y a la carga de la prueba. Así, si determinada conducta ha sido pactada como exclusión, el asegurado no puede alegar caso fortuito o falta de perjuicio para liberarse del efecto de la inejecución o ejecución de la conducta excluida. Además, al asegurador le corresponde probar que se ha incumplido una carga, en cambio, es el asegurado quien debe demostrar que se trata de un riesgo cubierto[4].

De este modo, puede que una misma conducta tenga consecuencias diversas dependiendo de la forma en que ha sido exigida[5].

1.2. Cargas de ejecución instantánea y cargas continuas

La doctrina argentina distingue entre estos dos tipos de carga, de una manera similar a la distinción entre *warranties* y *continuing warranties* del Derecho anglosajón. Halperín sostiene que hay cargas que pueden estar vinculadas al tiempo y otras que no. Las primeras son las que deben ejecutarse en un cierto lapso[6]. Las segundas son aquellas que «consisten en la realización de determinadas conductas, cuyo objetivo es lograr la colaboración del asegurado en ciertos aspectos requeridos para un normal y adecuado funcionamiento del riesgo o de las operaciones inherentes a la comprobación del siniestro»[7].

---

evento; circunstancias de tiempo en que el evento debe ocurrir o manifestarse; circunstancias del lugar; u otras circunstancias atingentes a la persona del asegurado o de un tercero, objetivas o relativas al ambiente. Las legales son causales o temporales.

[3] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, v. 2, p. 40.

[4] *Ibidem*, pp. 37-39.

[5] Así, para liberarse del pago, al asegurador le basta probar que se trata de un riesgo excluido. Por ejemplo, el asegurador puede estar interesado en no cubrir contra robo una casa sin alarma o con alarma defectuosa. Esto puede hacerse por vía de exclusión o carga. Si la casa asegurada fue robada y la alarma no funcionaba pues le cayó un rayo tres horas antes del robo (caso fortuito), las consecuencias son diversas para el asegurador. Se libera si se pactó como exclusión, pero debe pagar si se pactó como carga.

[6] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 400. Pone como ejemplos, las cargas de denunciar el cambio de interés del denunciado (transferencia del bien asegurado), la agravación del riesgo y el acaecimiento del siniestro.

[7] *Idem*. Por ejemplo, la cargas de dar información complementaria, de entregar cierta documentación, de no exagerar maliciosamente los daños ni emplear pruebas falsas para acre-

Stiglitz llama a las del primer grupo, cargas de ejecución instantánea, pues su ejecución se verifica en una ocasión precisa, generalmente sometida a plazo desde un cierto instante[8]. El autor citado las identifica con las cargas de información[9]. Con respecto a las cargas del segundo grupo, el autor sostiene que «predominantemente las cargas de conducta son de ejecución continuada»[10].

La relevancia de esta distinción radica en que facilita la identificación de la conducta exigida al asegurado por medio de las cargas, y el momento en que esta conducta tiene que ser ejecutada.

1.3. Garantías

Las garantías son estipulaciones del contrato de seguro reconocidas en el Derecho colombiano. El artículo 1061 del Código de Comercio colombiano señala que garantía es «la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho».

a) Garantías y warranties

En nuestra opinión, estas estipulaciones son la versión hispánica de las *warranties* del *Common Law*. La garantía es similar a las *warranties* en tres aspectos. Primero, en que la garantía puede consistir en dos tipos de estipulaciones, de sanción diversa pero similar al efecto de la *warranty* infringida. Por un lado, puede ser una declaración sobre un estado de cosas, que realizado en la propuesta o en el contrato, se estima determinante para el asegurador. La sanción por transgresión es la nulidad. Por otro lado, puede consistir en algo que el asegurado se compromete a hacer. La sanción por inejecución es que el asegurador puede dar por terminado el contrato desde el momento de la infracción. En segundo lugar, tanto la garantía como la *warranty* deben ser cumplidas textualmente. Por último, en ambos tipos de estipulación, el efecto extintivo del contrato puede hacerse valer

---

ditarlos, de salvamento, de no introducir cambios en las cosas dañadas por el siniestro, de no reconocer responsabilidad ni celebrar transacción sin anuencia del asegurador.

[8] Por ejemplo, desde el conocimiento del siniestro o del hecho que agrava el riesgo.

[9] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, p. 20.

[10] *Idem.*

por el asegurador sin importar si el siniestro es imputable a la infracción de la garantía o si responde a otra causa[11].

Se diferencia la garantía de la *warranty* en cuanto que ésta puede tener o no relación con el riesgo, en cambio, la doctrina colombiana ha rechazado tajantemente la estipulación de garantías que no tengan relación con el riesgo[12]. Además, la inejecución de la garantía supone una suspensión temporal de la cobertura, que se restituye una vez ejecutada o restablecido el estado de cosas prometido[13]. En cambio, la transgresión de la *warranty* libera definitivamente al asegurador, a pesar de que sea posteriormente observada[14].

b) Garantías y cargas

Las garantías y las cargas son estipulaciones diversas. Las garantías requieren una ejecución estricta. En cambio, las cargas, al ser deberes, admiten una ejecución satisfactiva no necesariamente literal[15]. Por otro lado, la inejecución de la garantía no debe estar conectada con la producción del siniestro para producir el efecto extintivo del contrato (nulidad o terminación). A diferencia de esto, la carga sí requiere perjuicio para el asegurador. En consecuencia, al ser cargas de conducta vinculadas al riesgo deben influir en la producción del siniestro.

El interés de la distinción entre garantías y cargas es que, a nuestro entender, una misma conducta puede pactarse tanto como garantía o también como carga. Así, puede garantizarse determinado estado de cosas durante la vigencia del contrato, o el asegurado puede tener la carga de mantener u «obligarse» a mantener dicho estado de cosas. De este modo, la misma conducta puede tener regímenes diversos dependiendo de cómo se pacte.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes de un contrato de seguros celebrado según la ley chilena, podrían pactar garantías.

---

[11] *Vid infra* «características de las *warranties*», p. 285. Respecto a los caracteres de las garantías, *vid* OSSA., E., *op. cit.*, pp. 358-361.

[12] OSSA., E., *Teoría... op. cit.*, p. 359; ORDÓÑEZ, A., *op. cit.*, p. 73.

[13] OSSA., E., *Teoría... op. cit.*, p. 362.

[14] Por todos, BIRDS, JOHN y HIRD, NORMA J., *op. cit.*, p. 147.

[15] Recordemos que, según el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe. Explicando este precepto, FUEYO, F., *Cumplimiento... op. cit.*, pp. 177-178, señala que la buena fe actúa tanto a favor como en contra del acreedor. «En verdad, el acreedor puede exigir que la prestación no quede por debajo de lo que la buena fe reclama y, por otro lado, debe conformarse el acreedor y no exigir más cuando el deudor realice lo que la ejecución de buena fe le exige».

No obstante, estas estipulaciones se alejan de manera importante del régimen común de las obligaciones, sistema que supone una garantía de equilibrio contractual. Al no ser establecidas por la ley, a diferencia de Colombia, pueden reconocerse contractualmente por las partes. Sin embargo, atendida su gravedad, su pacto debe estar justificado en el contrato, pues, si alteran las reglas supletorias en perjuicio de una de las partes sin justificación suficiente, pueden estimarse cláusulas abusivas[16].

2. Sujeto pasivo de las cargas del asegurado

2.1. Regulación legal y contractual

El artículo 556 del Código de Comercio establece que las obligaciones corresponden al asegurado. En el mismo sentido, las pólizas de seguros de daños establecen que las cargas gravan a los asegurados, a pesar de que, en ocasiones, se menciona a otros sujetos pasivos[17]. Esto debe entenderse como que el sujeto pasivo primordial de la carga es el asegurado. Pero ella puede corresponder a otros sujetos, como el tomador o el beneficiario, dependiendo de quién esté en posición de ejecutarla[18].

2.2. Opinión de Donati

El jurista italiano sostiene que la carga se diferencia de la obligación en cuanto al sujeto pasivo. La obligación, explica, sólo puede ser cumplida por un tercero cuando el acreedor no tiene interés en que el deudor cumpla

[16] *Vid infra* «elementos para reconocer si una carga del asegurado es abusiva», pp. 351-352.

[17] Usualmente, se incluye un artículo en las pólizas que habla de las obligaciones del asegurado (*v. gr.* artículo 8 POL 1 00 002, de cultivos anuales). Además, usualmente se establece que el incumplimiento de las obligaciones por el asegurado libera al asegurador del pago de la indemnización (*v. gr.* cláusula 21, POL 1 90 006, de incendio). Pero puede ocurrir que se señale a otro sujeto pasivo, generalmente el tomador o contratante. Por ejemplo, el artículo 17 POL 1 92 120 vehículos motorizados), señala que el deber de sinceridad en la declaración del riesgo corresponde al asegurado o al contratante.

[18] Así lo establece el artículo 1041 del Código de Comercio colombiano: «las obligaciones que en este Título se imponen al asegurado, se entenderán a cargo del tomador o beneficiario cuando sean estas personas las que estén en posibilidad de cumplirlas». Al explicar este artículo, Ossa, E., *Teoría... op. cit.*, p. 322, señala que hay ciertas cargas que la ley atribuye exclusivamente al tomador, como la declaración del estado del riesgo. Por su parte, la carga de «mantener el estado del riesgo» corresponde al asegurador o al asegurado, según el caso.

personalmente la prestación. En cambio, la carga puede no sólo ser observada por un tercero, sino que, además, puede incumbir a un tercero. Esto ocurre especialmente cuando el contrayente es una persona distinta del asegurado, como el adquirente de la cosa asegurada, el beneficiario en el seguro de vida a favor de tercero. Más aún, en ciertos casos, un tercero no interesado en el seguro puede ejecutar la carga. Por ejemplo, el gestor del riesgo, esto es, aquella persona que está a cargo del objeto asegurado, en el caso de la carga de denuncia o salvamento[19].

2.3. Nuestra opinión

Consideramos que este problema debe abordarse desde dos perspectivas. Por un lado, debe analizarse quién puede cumplir la carga, es decir, quién es sujeto pasivo. Por otro lado, debe examinarse a quién puede oponerse la inejecución de la carga.

Pensamos que la situación no es distinta de la general contemplada en el Derecho de obligaciones, tanto en uno como en otro caso. Estimamos que el problema del sujeto pasivo de la carga puede resolverse según las reglas del pago realizado por un tercero, y el problema de la oponibilidad de la inejecución de la carga, por las reglas de la estipulación a favor de un tercero.

En cuanto al pago realizado por un tercero, nuestro Código Civil, en su artículo 1572, admite que un tercero pueda hacer el pago o, lo que es lo mismo, cumplir la obligación. Este tercero que cumple puede ser cualquier persona, aun sin conocimiento del deudor o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor. La excepción es contemplada por el mismo artículo, en su inciso segundo, y está restringida a las obligaciones de hacer. Consiste en que si la obra se ha pactado en consideración de la aptitud de la persona del deudor, un tercero no puede cumplir por él.

Analógicamente, en los casos en que para la inejecución de la carga, la identidad del sujeto pasivo sea irrelevante, cualquier persona podrá ejecutarla. Esto queda de manifiesto si se repara en que, en los casos de cargas citadas por Donati, al asegurado le es indiferente quién la ejecute, mientras lo haga. Por esto, nos parece más preciso lo señalado por Stiglitz, en el sentido que el principio consiste en que es indiferente quién ejecute la carga, salvo que por su naturaleza incumba personalmente al tomador[20].

---

[19] DONATI, A., *op. cit.*, p. 391.

[20] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, p. 19

Con respecto a la oponibilidad de la inejecución de la carga, en la estipulación a favor de un tercero, la doctrina predominante estima que pueden oponerse a los terceros beneficiarios las excepciones que el promitente puede oponer al estipulante[21]. En consecuencia, cualquier potencial beneficiado con la indemnización del seguro puede tener un interés manifiesto en que la carga sea ejecutada, de modo que el estipulante (asegurador) no pueda oponerle la inejecución de la carga[22].

Podría esgrimirse, además, que al exigir las cargas perjuicio del asegurador para considerarse inobservadas, es indiferente que la carga sea ejecutada por cualquier individuo. Esto, en razón de que su ejecución por un tercero inhibiría la alegación de inejecución de parte del asegurador. Aunque este argumento es discutible[23].

Por lo tanto, puede sostenerse que el principio es que la carga del asegurado puede ser ejecutada satisfactoriamente por cualquier sujeto, a menos que la naturaleza de la carga imponga que sólo pueda ser ejecutada por una persona específica. Por su parte, la inejecución de una carga puede oponerse a cualquier persona, que tenga interés en el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización por parte del asegurador. Esto es a lo que se refiere la doctrina del Derecho de seguros con la expresión «incumbencia»[24]: a cualquiera de los interesados en mantener la eficacia del derecho a la indemnización, le incumbe la ejecución de la carga. En este sentido, puede entenderse que la carga del asegurado grava al derecho en sí mismo, más que a un sujeto determinado[25]. Sólo son admisibles como ex-

---

[21] En Chile, RAMOS PAZOS, RENÉ, «La estipulación en favor de otro» en *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, n.° 193, enero-junio 1993, p. 29. En el mismo sentido, LÓPEZ RICHART, JULIÁN, *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 366; y PÉREZ CONESA, CARMEN, *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999, p. 259.

[22] Por esta razón el artículo L. 112-1 *Code des Assurances*, hace oponible al beneficiario la *déchéance* de todas las excepciones oponibles al suscriptor.

[23] Lo es en razón de que, a propósito de las obligaciones, el perjuicio es requisito de la responsabilidad, no del incumplimiento (*vid* FUEYO, F., *Cumplimiento...op. cit.*, pp. 251-253). En consecuencia, esta característica distanciaría a la carga de la regulación general de las obligaciones. No obstante, no es tan claro que el perjuicio sea un requisito de la inejecución de la carga. Más bien, parece corresponder a una defensa que favorece al asegurado.

[24] Utilizada, por ejemplo, por DONATI, A., *op. cit.*, p. 39.

[25] Cfr. HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 408, quien señala que «es indiferente quién cumple con las cargas: sólo interesa que se cumplan. Es una consecuencia de su naturaleza». En el mismo sentido de lo recién citado, OSSA, E., *op. cit.*, p. 323. En Chile, el juez árbitro Miguel Luis Amunátegui ha sostenido que no resulta concebible, sin desnaturalizar el contrato, que tanto el contrayente como el asegurado dejen de asumir contraprestaciones o que el asegurado, que no asume obligaciones, quede garantizado cualquiera que fuere la conducta del contrayente obligado. En el caso analizado, un banco era beneficiario en un se-

cepciones a este principio, aquellas impuestas expresamente por la ley, generalmente por razones de interés público[26].

3. Requisitos para dar por inejecutada la carga

3.1. Regulación legal y contractual

Ni la ley ni las pólizas han establecido cuáles son los requisitos para dar por no ejecutada una carga. Ambas fuentes se limitan a señalar que se trata de obligaciones del asegurado. En lo que respecta a la jurisprudencia, las sentencias que resuelven si se ha cumplido o incumplido una carga, suelen considerarlas obligaciones[27]. Como consecuencia de esta calificación, puede estimarse que es necesario exigir culpa del asegurado para estimar que la carga no ha sido ejecutada.

Así, el árbitro Rafael Gómez Balmaceda ha señalado que una carga de notificación no se considera inejecutada si no puede imputarse a culpa o dolo del asegurado. Si bien el retraso en la notificación se debe en este caso, según el propio juez, a caso fortuito, el tribunal hace referencia expresa a la necesidad de que la inejecución se deba a culpa o dolo. El juez señala implícitamente que, para el caso de las cargas, deben aplicarse los principios generales del Derecho relativos al cumplimiento e incumplimiento de obligaciones[28].

---

guro agrícola. Se acreditó que el contratante o tomador incumplió diversas obligaciones (cargas). El banco alegó que tales incumplimientos no le eran oponibles, por ser beneficiario y no contratante. Pero la demanda del banco fue rechazada, por las razones señaladas (Contreras, O, *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 3, p. 956 [fallo 281]). Cfr. Baeza, S., *op. cit.*, p. 113, quien sostiene que el sujeto pasivo de las cargas puede ser el contrayente o el asegurado. Sin embargo, reconoce que la inobservancia de la carga afecta la eficacia del contrato en su conjunto y es oponible al asegurado, a pesar de que le haya correspondido al contrayente. Este último podría verse obligado a indemnizar los perjuicios resultantes al asegurado.

[26] El artículo 10 de la ley 18.490 de 4 de enero de 1986, que establece seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados, dispone que «en la cobertura de accidentes personales, las víctimas de un accidente del tránsito y sus beneficiarios tendrán acción contra el asegurador, no siéndoles oponibles las excepciones que éste pueda alegar contra el tomador del aseguro que se basen en hechos o circunstancias imputables a este último». En Francia, la Corte de Casación ha resuelto que la *déchéance* es inoponible al acreedor hipotecario o al acreedor privilegiado, quienes disponen de acción contra el asegurador (Lambert-Faivre, Y., *op. cit.*, p. 354).

[27] Véanse los fallos n.° 34, 51, 98, 186, 281, 285, 361, 371 en Contreras, O, *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 1, p. 119, que demuestran que las cargas del asegurado son calificadas como obligaciones por la doctrina nacional.

[28] Señala expresamente el juez Balmaceda que «no puede reputarse que al no haberse dado el aviso con anterioridad por la actora, se pueda establecer que el asegurado haya in-

3.2. Nuestra opinión

El incumplimiento es la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación[29]. Para saber si una obligación ha sido o no cumplida, debe verificarse su contenido y su tenor, y la intención que han tenido las partes al crearla[30]. Además, parte de la doctrina estima que debe verificarse la culpabilidad, es decir, si el incumplimiento es imputable a culpa o dolo del deudor, teniéndose presente que la culpa se presume según el artículo 1547 del Código Civil[31].

Para determinar si una carga ha sido o no incumplida, debe analizarse su verdadero significado dentro de la relación aseguradora, lo que ilustra la exigencia impuesta a través de ella al asegurado. Si consideramos que la carga es un deber, y que deben aplicársele supletoriamente las reglas de las obligaciones, puede sostenerse que las cargas deben ejecutarse de buena fe, como reza el artículo 1546 del Código Civil. Esta ejecución de buena fe debe hacerse en consideración a la función de la carga en el contrato, conocida por las partes[32].

Las posibilidades de inobservancia de una carga son tres: inobservancia total, inobservancia por no ejecutarse en el término esencial, u observancia inexacta (*v. gr.* un aviso de contenido falso)[33].

Esto no quiere decir que la inejecución de cargas pueda generar obligación de indemnizar perjuicios. A nuestro entender, la sanción ante la

---

currido en un incumplimiento a las obligaciones que le impuso el contrato, en relación a lo establecido en la letra d) de las cláusula 11 sobre las condiciones generales de la póliza, porque si bien el aviso fue tardío, su extemporaneidad en la denuncia no fue consecuencia de una hipótesis que se pueda calificar de ser imputable a culpa, ni menos dolo, del asegurado, como se desprende de los antecedentes señalados, lo que guarda relación con los principios generales del derecho, que le restan el significado de ser constitutivo de mora al retardo fortuito del deudor en la ejecución de la obligación, como se colige, entre otras disposiciones legales, del artículo 1558, inciso 2.°, del Código Civil» (sentencia de 18 de octubre de 2000, Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA. Estas sentencias se encuentran reseñadas en la página web www.aida-chile.cl, y puede accederse a su texto completo en la sede de AIDA, ubicada en el Colegio de Abogados de Chile).

[29] ABELIUK, R., *op. cit.*, v. 2, p. 709.

[30] Artículo 1546 del Código Civil.

[31] Por todos, FUEYO, F., *Cumplimiento... op. cit.*, p. 253.

[32] En el mismo sentido, HALPERÍN, I., *Seguros...op. cit.*, pp. 410-411, quien señala que la jurisprudencia argentina ha fallado que el cumplimiento efectivo de las cargas debe verificarse según las modalidades de ésta. Si consisten en un hecho, debe apreciarse en cada caso si se ha ejecutado o no. Además, es suficiente que las cargas reciban una ejecución sustancial.

[33] DONATI, A., *op. cit.*, p. 393.

inejecución culpable es distinta, pues la consecuencia de la carga constituye una sanción que excluye la indemnización de perjuicios, atendida las circunstancias del contrato de seguro. Lo anterior se debe a que el efecto patrimonial de la carga es siempre más beneficioso para el asegurado que los eventuales daños que pueda aparejar la inejecución. Por lo tanto, el asegurador no tiene interés en el resarcimiento, pues está plenamente satisfecho por el efecto liberatorio de la carga inobservada[34].

Ahora bien, esto no significa que la inejecución de la carga genere ineficacia del derecho del asegurado en todos los casos en que exista inobservancia. El asegurado podrá alegar siempre, como defensas, el caso fortuito o la falta de perjuicio del asegurador. Además, en casos en que la carga tenga un contenido prestacional de actividad, la prueba de la debida diligencia, por parte del asegurado, le permite inhibir el efecto liberatorio de la carga. En todo caso, la carga, a la manera de ciertas obligaciones, también puede imponer al asegurado el riesgo del caso fortuito en su inejecución. Esto significa que la carga puede darse por inobservada sin consideración a la posibilidad de imputarle o no al asegurado su inejecución. Depende, finalmente, del contenido que las partes den a cada estipulación en que se pacte una carga[35].

4. Sanción ante la inejecución

4.1. Regulación legal y contractual

La sanción legal ante la inejecución de las cargas del asegurado es la establecida en el artículo 557 N.° 2 del Código de Comercio. Según esta disposición, la inobservancia de obligaciones del asegurado se sanciona con la rescisión del contrato, la que se traduce en la ineficacia del derecho del asegurado a ser indemnizado por el asegurador por un siniestro cubierto. Este efecto de ineficacia es independiente de si el derecho a ser indemnizado es un derecho eventual, que aún no ha surgido, o es un derecho per-

[34] Halperín, I., *Seguros... op. cit.*, p. 403. *Vid supra* «noción de carga en el Derecho chileno», p. 171.

[35] Cfr. Donati, A., *op. cit.*, p. 385, para quien «no obsta al concepto de carga una eventual delimitación a la hipótesis de imputabilidad (por dolo o culpa) excluyendo el caso fortuito, limitación que es típica o al menos normal si hay incumplimiento de una obligación en sentido técnico, pues la carga, si bien no es lo usual, bien puede ser limitada en sentido subjetivo (comportamiento consciente), y también ser considerada en sentido objetivo (comportamiento por sí)».

fecto, pues las condiciones necesarias para su surgimiento se han cumplido. La ineficacia afecta al derecho en uno y otro caso.

La sanción contractual suele ser la liberación del asegurador de su obligación del pago de la indemnización[36]. Esta liberación en ocasiones es llamada «caducidad»[37]. En virtud de esta estipulación, basta que se pacte que determinada acción u omisión del asegurado es una obligación para él, para que su inejecución libere al asegurador de su responsabilidad en el contrato. Esta conclusión es refrendada por la jurisprudencia[38]. Algunas sentencias, y la doctrina nacional, también denominan «caducidad» a este efecto[39].

La ley también determina qué ocurre con las primas una vez decretada la rescisión del seguro. Dice el artículo 558 del Código de Comercio que el asegurador puede demandar el pago de la prima o retenerla aunque no haya corrido riesgo alguno, si es que la rescisión o nulidad ha sido declarada por dolo o fraude. Se ha entendido por la jurisprudencia que, *a contrario sensu*, el asegurador no puede cobrar ni retener la prima desde que la compañía queda liberada del riesgo. La liberación de la compañía se produce desde el momento en que el asegurado ha incumplido su obligación (o inobservado la carga)[40].

---

[36] Por ejemplo, el artículo 28 POL 1 92 120 (vehículos motorizados): «El incumplimiento por parte del asegurado de cualquiera de sus obligaciones liberará a la compañía de toda obligación derivada de este contrato». POL 1 90 006 (incendio) cláusula 21: En caso de incumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones que contrae por esta póliza, liberará a la compañía de toda obligación derivada de este contrato». Este tipo de estipulación es usual en las pólizas de daños.

[37] *V. gr.* artículo 18 POL 1 91 081 responsabilidad civil profesional: «La infracción por el asegurado de cualquiera de las obligaciones que le impone la Ley o el presente contrato, particularmente lo señalado en los artículos 14 a 17 precedentes, dará derecho a la Compañía a eximirse de toda responsabilidad de indemnizar el respectivo siniestro, *caducando* así los derechos que la presente póliza tiene el asegurado [sic] en relación con dicho siniestro».

[38] Rafael Gómez Balmaceda, sentencia de 21 de junio de 2002 (Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA); Cfr. la opinión de Juan Eduardo Infante Barros, para quien, tratándose de incumplimiento de la obligación de veracidad, no sólo hay liberación del asegurador, sino también vicio de rescisión (sentencia de 23 de septiembre de 2002, Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA).

[39] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 112; SANDOVAL., R., *op. cit.*, p. 287. Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido, a propósito de la inejecución de una carga, que «si hubo la imposibilidad de que se trata, no ha existido culpa o negligencia de parte del asegurado que pudiere dar legalmente origen a la *caducidad* de contrato de seguro como pretende el asegurador».

[40] Sentencia de Juan Eduardo Infante Barros, citado en CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, p. 1075 (fallo 322).

4.2. Doctrina

Es difícil determinar el efecto de la inobservancia de las cargas en la doctrina comparada. Cada legislación tiene una regulación diversa, con lo que generalizaciones a este respecto pueden resultar inútiles[41].

Usualmente se señala que este efecto es la caducidad (*déchéance*, *decadenza*), entendida como «un medio o una excepción que permite al asegurador, cuando el riesgo previsto en el contrato se ha realizado (siniestro), rehusar la garantía comprometida respecto de dicho siniestro»[42]. Pero no hay uniformidad en cuanto a los casos en que se aplica[43].

En nuestra doctrina, los autores prefieren realizar una exposición pormenorizada de las diversas obligaciones del asegurado. Sin embargo, declaran que las obligaciones impuestas por el artículo 556 del Código de Comercio son verdaderas cargas, cuyo incumplimiento hace caducar o disminuir el derecho del asegurado[44].

Contreras nos da más luces acerca de los efectos de la inobservancia de las cargas en el Derecho nacional. Sostiene que el incumplimiento de las obligaciones del asegurado (o cargas) da derecho al asegurador a solicitar la resolución, por vía de acción o excepción. Señala además que el asegurador puede exigir la ejecución forzada del contrato, si así lo prefiere. Por último, declara que las obligaciones contractuales comprendidas en las pólizas «están protegidas del mismo modo que aquellas que contempla la ley positiva». Esto es, entiende que el régimen legal y el contractual ante el incumplimiento son iguales[45].

---

[41] Sólo la ley argentina tiene un régimen de cargas y caducidades (*vid* HALPERÍN, I., *Seguros...op. cit.*, p. 397). Las demás leyes sobre seguros presentan un régimen casuístico, señalándose los efectos de la inobservancia de cada carga de manera especial.

[42] STIGLITZ, R., *op. cit.*, v. 2, p. 25. DONATI, A., *op. cit.*, p. 394, propone un efecto más amplio. Sostiene que «el efecto de la inobservancia normalmente es la pérdida total o parcial (sea porque no surge, sea porque se extingue) de parte de un contrayente o del asegurado de un derecho respecto del asegurador».

[43] Así, la LCS no presenta una regulación uniforme sobre los efectos del incumplimiento de los deberes del asegurado (*vid* SÁNCHEZ CALERO, F., «Deber...» *op. cit.*, p. 131 y ss.). Tampoco el Código Civil italiano ni la ley de contrato de seguro alemana (*Gesetz über den Versicherungsvertrag*, conocida como VVG). *Vid* respectivamente SCALFI, G., ob. cit., pp. 114-115, y PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, p. 156 y ss. En Colombia, si bien se reconocen las cargas y la caducidad, la doctrina no las vincula. Los casos de caducidad en el seguro se identifican con el concepto general de caducidad (extinción de derechos por el transcurso del tiempo), no a la caducidad propia del derecho de seguros, que es una sanción por la inejecución de cargas. Por su parte, las cargas son vistas como presupuestos de la obligación del seguro (*vid* OSSA, E., *Teoría... op. cit.*, pp. 321-322 y p. 487).

[44] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 112; SANDOVAL., R., *op. cit.*, p. 287.

[45] CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 139.

4.3. Nuestra opinión

a) Efecto de la inobservancia de la carga legal

El efecto del incumplimiento en nuestro Derecho es distinto dependiendo de si la carga es legal o contractual. Si la carga es legal, el efecto de la inejecución es la rescisión del artículo 557 del Código de Comercio. En consecuencia, se libera el asegurador de su obligación, y se extinguen los derechos del asegurado. El efecto de ineficacia de la rescisión sólo tiene lugar respecto del período de vigencia del contrato en el que la carga incide, pues el contrato de seguro es de ejecución continuada o periódica, también llamado de tracto sucesivo[46].

b) Diferencias entre el efecto rescisorio legal de las cargas en el seguro y el efecto resolutorio de los contratos en general

Se diferencia el efecto legal de la carga de la obligación incumplida en cuatro aspectos. En primer lugar, la inobservancia de la carga no da derecho a indemnización de perjuicios. El efecto de la carga en el seguro tiene un sentido sancionatorio, no indemnizatorio. La sanción no dice relación con el perjuicio provocado. Por lo demás, y esta es la razón fundamental, el asegurador no tiene interés en la acción de perjuicios. Liberarse de su obligación de indemnizar es más beneficioso que los eventuales daños sufridos ante la inobservancia de la carga[47].

En segundo lugar, el efecto rescisorio de la carga legal afecta a los terceros con carácter general, independientemente de si han estado de buena o mala fe, cual es el criterio para la determinación de la extensión subjetiva de los efectos de la resolución en Chile[48].

---

[46] Sobre los efectos de la resolución en nuestro Derecho, *vid* FUEYO, F., *op. cit.*, pp. 329-330.

[47] Sostiene STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, pp. 32-33, que la caducidad tiene un doble propósito. Por un lado, preventivo, al incentivar al asegurado a ejecutar las cargas ante la posible pérdida de su derecho. Por otro lado, punitivo, al permitir que el asegurado se libere de su obligación. Por su parte, HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 403, señala que el asegurador no tiene interés en demandar la indemnización de perjuicios, pues «éste supone la disminución patrimonial, que no existe en el caso; la ley —y el contrato— satisfacen al asegurador con otros medios: por la liberación total o parcial, definitiva o temporaria». De este modo, según el autor citado, se tutela el equilibrio de la relación asegurativa.

[48] Este criterio se desprende de los artículos 1490 y 1491 del Código Civil (*vid* FUEYO, F., *op. cit.*, pp. 330).

En tercer lugar, la rescisión no debe ser alegada como acción por el asegurador. Basta que la oponga como excepción, alegando la ineficacia del derecho del asegurado que demanda el cumplimiento de la obligación del asegurador de indemnizar. En consecuencia, no es necesario que el asegurador reconvenga judicial ni extrajudicialmente al asegurado. Por último, y a pesar de que no es requisito de la resolución sino de la indemnización de perjuicios, debe aclararse que no es necesaria la constitución en mora para que tenga lugar el efecto de la carga inejecutada[49].

c) Efecto de la inobservancia de la carga contractual

Las pólizas establecen que el efecto de la inobservancia de la carga contractual es la liberación del asegurador. La doctrina ha estimado plausible la estipulación de este efecto en el contrato de seguro[50]. La liberación del acreedor es sólo uno de los efectos de la rescisión. En consecuencia, el efecto de la inobservancia de la carga contractual es distinto al efecto de la inobservancia de la carga legal.

La inobservancia de la carga contractual sólo libera al asegurador respecto a su obligación de indemnizar al asegurado, con relación al siniestro en el cual incide la carga. Por lo tanto, el contrato queda incólume, y las obligaciones recíprocas derivadas del contrato, además de las cargas, siguen creándose y extinguiéndose como en todo contrato de tracto sucesivo.

---

[49] En el mismo sentido, BAEZA, S., *op. cit.*, p. 112, quien señala que la falta de advertencia de la compañía de la inobservancia de la carga no es obstáculo para su liberación de responsabilidad, «puesto que el propio contrato es suficiente advertencia». Cfr. ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 768. De todas maneras, podría estimarse que en los casos en que existe un plazo para la ejecución de la carga, hay interpelación contractual expresa. Por su parte, los casos de cargas continuas son evidentes ejemplos de interpelación contractual tácita (artículo 1551 n.° 2 del Código Civil). En todo caso, el efecto de la carga inobservada ha sido ideado, precisamente, para traspasar al asegurado la supervisión de la ejecución de los deberes impuestos como cargas. Si se estableciera que el asegurado debe ser constituido en mora, la carga como mecanismo contractual perdería su sentido económico. Esto es especialmente relevante con relación a las cargas de información. HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 411, señala que la jurisprudencia argentina ha fallado que las cargas deben ejecutarse sin necesidad de intimación o exigencia previa del asegurador, salvo en el caso de las informaciones complementarias.

[50] BAEZA, S., *op. cit.*, pp. 112-113, opina que «la defensa de la compañía tenderá a confundirse con la excepción de contrato no cumplido, aunque el fundamento de la excepción no será el que la empresa no está en mora por estarlo el contrayente, sino la irresponsabilidad convenida expresamente en el contrato para el caso de infracción de las cargas impuestas»; SANDOVAL., R., *op. cit.*, p. 287, también admite la validez del pacto de liberación de responsabilidad del asegurador.

En esto, el efecto de la inobservancia de la carga contractual en el Derecho de seguros chileno, se acerca al efecto de la *déchéance* en Francia[51].

d) Comparación entre el efecto legal y contractual de la inejecución de la carga

El efecto legal y contractual de la inejecución de la carga difiere en cuanto a la subsistencia o no del contrato. Sin embargo, consideramos que esta diferencia no tiene gran relevancia práctica, según explicamos a continuación.

La diferencia en cuanto al efecto legal y convencional de la inejecución de la carga consiste en que el efecto legal, es decir, la rescisión, afecta a todo el contrato. En cambio, el efecto contractual, esto es, la liberación de responsabilidad del asegurador, sólo afecta al derecho del asegurado respecto al pago de la indemnización por el siniestro en que la inejecución de la carga incide.

Sin embargo, los efectos prácticos de esta diferencia no son relevantes. Esto se debe a que, en el caso de la rescisión, el asegurado tiene la posibilidad de alegar la defensa de falta de perjuicio. Por lo tanto, el asegurador puede alegar la rescisión del contrato fundada en la inejecución de una carga, que no incide en el siniestro cuyo pago exige el asegurado en la respectiva demanda. Sin embargo, no será oído si el asegurado se opone a este argumento, que el asegurador no ha sufrido perjuicio por la inejecución de la carga. Con esto, se obtiene que el asegurado se encuentra cubierto, a pesar de no haber ejecutado una carga, pues esa falta de ejecución no afectó el siniestro cuyo pago exige.

En consecuencia, la diferencia práctica de la inejecución de la carga legal y contractual es poco relevante. Ella se reduce a que, una vez decla-

---

[51] La *déchéance* es, en Francia, una sanción puramente convencional (PICARD, M., y BESSON, A., *op. cit.*, p. 195). Señalan los mismos autores que «la caducidad (*déchéance*) tiene un alcance y una eficacia mucho menor [que la nulidad]. Ella supone que, con ocasión de un siniestro determinado, el asegurado no ejecuta tal o tal obligación que le incumbe y su efecto se limita a la supresión de la garantía para ese siniestro. El contrato no se anula retroactivamente: el asegurador puede conservar las primas y el asegurado conserva las sumas que ha adquirido por siniestros anteriores. El contrato subsiste igualmente para el futuro: si el asegurado pierde, para el siniestro con ocasión del cual ha cometido la falta, su derecho a garantía, en lo demás queda asegurado según todos los derechos y obligaciones que su seguro comporta; él deberá pagar las primas ulteriores y podrá, en caso de nuevo siniestro, reclamar al asegurador el beneficio del contrato [su derecho a ser indemnizado]. La *déchéance* se limita a la supresión del derecho a la garantía con ocasión de un siniestro determinado» (p. 199). En el mismo sentido, LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 349.

rado que un siniestro no tiene cobertura en virtud de la inejecución de una carga legal, el contrato se rescinde, por lo tanto ya no habrá cobertura ni obligación de pagar primas. En cambio, una vez declarado que un siniestro no tiene cobertura en virtud de la inejecución de una carga contractual, el contrato sigue vigente, con lo cual persiste la cobertura y la obligación de pagar la prima, a menos que las partes lo terminen o revoquen, si existe esta última opción.

e) Momento en que se produce el efecto liberatorio

Tanto en la carga legal como en la carga contractual, el asegurador queda liberado desde el momento de la inobservancia. Una vez producido este hecho, el asegurador podrá oponer la excepción al asegurado. En este punto, debe distinguirse si se trata de una carga de ejecución instantánea o carga continua. Si es una carga de ejecución instantánea, la liberación se produce transcurrido el plazo impuesto para su ejecución, o la oportunidad en que debió ser ejecutada. Si es una carga continua, el asegurador se libera siempre que, al momento del siniestro, la carga se encuentra inejecutada. En ambos casos la inejecución debe ser alegada oportunamente por el asegurador, esto es, al momento de rechazar el pago de la indemnización o contestar la demanda donde se le exige tal pago[52].

f) Extensión del efecto

El efecto liberatorio es diverso en el caso de la carga legal y la carga contractual. En el caso de la carga legal, se extingue el contrato, pues tal es el efecto de la rescisión. En cambio, la carga contractual sólo extingue el derecho del asegurado a obtener su indemnización para el siniestro en concreto[53].

Con relación a la extensión de los efectos a las diversas secciones de la póliza, debe entenderse que la carga inobservada sólo afecta a la sección de

[52] Así lo ha reconocido la jurisprudencia argentina (STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, p. 30).

[53] Los fallos no lo declaran abiertamente, pero la mayoría da a entender este efecto, pues no se pronuncian acerca de la resolución del contrato, simplemente rechazan la demanda donde el asegurado exige el pago de la indemnización basados en la inobservancia de la carga (*v. gr.* Rafael Gómez Balmaceda, sentencia de 21 de junio de 2002, Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA). Por su parte, las pólizas también dan a entender este efecto, al referirse sólo a la liberación del asegurador, no a la extinción del contrato.

la póliza en que ha sido pactada. Si la carga ha sido pactada como un deber general, aplicable a todas las secciones, esta circunstancia debe expresarse con claridad[54].

5. Prueba de la falta de ejecución

5.1. Regulación legal y contractual

La normativa del seguro en el Código de Comercio no contempla reglas sobre la prueba de la ejecución de las cargas. Tampoco las pólizas de seguro ni la jurisprudencia resuelven el punto.

5.2. Doctrina

La doctrina sobre las cargas tiende a aplicar las reglas generales de la prueba en las obligaciones y, en consecuencia, estima que la carga de la prueba incumbe al asegurador. Esto se debe a que la inobservancia de la carga es un hecho impeditivo o extintivo del derecho del asegurado. Por lo tanto, «el asegurador puede siempre probar que la ejecución no se aviene al plazo o a la modalidad debida y que, por consiguiente, hay inobservancia»[55].

5.3. Nuestra opinión

Ante la ausencia de regulación especial, debe recurrirse, por analogía, a las reglas generales de las obligaciones. Usualmente, el asegurado será el demandante, y exigirá el pago íntegro de la indemnización. Por su parte, el asegurador, al contestar la demanda, opondrá excepciones. En el caso de las

---

[54] El artículo 1561 del Código Civil establece que «por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a las materias sobre que se ha contratado». Las cargas son de derecho estricto, no cabe interpretarlas extensivamente. Además, «la caducidad se debe interpretar restrictivamente, es decir, a favor de la subsistencia del derecho del asegurado a la indemnización prometida» (Stiglitz, R., *Derecho... op. cit.*, p. 31).

[55] Donati, A., *op. cit.*, p. 394. En el mismo sentido, Stiglitz, R., *Derecho... op. cit.*, p. 23, quien señala que «incumbe al asegurador la prueba de que la carga no ha sido observada en el término establecido legal o convencionalmente, o con las modalidades predispuestas en razón de tratarse de un presupuesto de hecho en el que habrá de fundar su defensa o excepción».

cargas, su inobservancia constituirá hecho extintivo de su obligación de indemnizar. En este caso, estimamos aplicable el principio por el cual los hechos impeditivos, modificativos y extintivos deben ser probados por el demandado[56]. Señala Peñailillo que «probada la existencia de la situación jurídica a través de la prueba de los hechos constitutivos específicos, tal situación pasa a ser el estado normal para las partes que han intervenido y estos otros hechos importan una alteración de ese estado»[57]. Para el caso de las cargas del asegurado, los hechos constitutivos específicos son los señalados en el artículo 556 n.° 7 del Código de Comercio[58].

Parte de la doctrina civilista estima que la culpabilidad es un requisito del incumplimiento[59]. Por ser la carga una forma de imponer deberes y aplicársele, en consecuencia, supletoriamente la regulación de las obligaciones, podría pensarse que la imputabilidad de culpa o dolo es requisito de la inejecución de la carga. Sin embargo, no es necesario que el asegurador pruebe la culpa del asegurado en todos los casos. A nuestro entender, debe distinguirse, como en las obligaciones, si la diligencia exigida al asegurado es promotora de la observancia de la carga, o bien, si es diligencia que integra el deber de prestación[60]. En el primer caso, al asegurador le basta probar la inobservancia de la carga, pues la culpa se presume por el hecho de la inejecución[61]. Esta será la regla general en el caso de las cargas. Con

---

[56] Los hechos impeditivos son los que obstan a la existencia o validez de la situación jurídica. Los hechos modificativos son los que alteran o reforman su contenido o efectos (*v. gr.* el pago parcial); son extintivos los que eliminan o hacen desaparecer sus efectos (PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 53-54).

[57] *Idem*.

[58] En el mismo sentido ha resuelto el juez árbitro Rafael Gómez Balmaceda (CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 3, p. 950 (fallo 279)).

[59] Por todos, FUEYO, F., *Cumplimiento... op. cit.*, p. 253.

[60] Esta clasificación la obtenemos de aquella que para las obligaciones realiza BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, «Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: una lectura en clave objetiva» en *Revista Chilena de Derecho*, v. 24 Nº 1 (1997), pp. 166-167. El autor define la diligencia promotora del cumplimiento como aquella «actuación básica para cumplir la prestación, que se traduce en comportamientos determinados». Por su parte, la diligencia que integra el deber de prestación es propia de las obligaciones de medios, y es aquella que determina el contenido de la prestación.

[61] En el mismo sentido, HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 434. En el Derecho común de los contratos, la culpa se presume por el incumplimiento. Por todos, ABELIUK, R., *op. cit.*, pp. 711-712, argumentando en base a lo dispuesto en los artículos 1698 y 1547 del Código Civil, y MEZA BARROS, RAMÓN, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 264. GARCÍA GONZÁLEZ, ALEJANDRO, *Responsabilidad civil contractual. Obligaciones de medios y de resultados*, Conosur Lexis Nexis, Santiago, 2002, p. 97, opina que en las obligaciones de resultado el incumplimiento se determina con la sola acreditación de la falta de resultado.

respecto a la diligencia que integra el deber de prestación, corresponderá al asegurador probar la falta de diligencia, pues ésta es constitutiva del objeto de la carga. En consecuencia, es necesario probar la negligencia para probar la inobservancia de las cargas que tengan como contenido un deber de diligencia[62]. En este caso, la culpa no se presume por el hecho del incumplimiento[63].

En síntesis, usualmente es el asegurado quien demanda el pago de la indemnización. Por su parte, el asegurador puede alegar la inobservancia de la carga como excepción. Para que la excepción inhiba el derecho del asegurado, debe, en principio, probar la inejecución de la carga[64]. Por regla general, no es necesario que se pruebe la culpa del asegurado en la inejecución, la que se presume por ese hecho. Excepcionalmente, si el deber consagrado en la carga tiene como contenido un hacer o actuar diligente, el asegurador deberá probar la culpa.

Hemos afirmado que la carga de la prueba de la inobservancia de la carga corresponde al asegurador, especialmente cuando se trata de una carga que impone cierto grado de diligencia. Este es el principio general, según se establece en el artículo 1698 del Código Civil. Sin embargo, la jurisprudencia ha reiterado que la carga de la prueba debe decidirse considerando el conjunto de elementos que obran en la controversia. Por esto, se ha sostenido que en la distribución del peso de la prueba tiene influencia la naturaleza de las afirmaciones de las partes y no su posición procesal[65]. Además, «cómo la imposición del peso a uno de los contendores no impide que el liberado siempre aporte pruebas, en definitiva cada uno lleva todas las pruebas de que disponga y apoyen sus afirmaciones, superando con su actividad

---

Respecto a cuáles obligaciones son de medios y cuáles de resultado, sostiene BARAONA, J., *op. cit.*, p. 162, que, si bien es difícil precisar, usualmente se entiende que las obligaciones de no hacer son de resultado. Las de hacer pueden ser de medios o resultado dependiendo de la naturaleza de la prestación y los acuerdos de las partes (p. 167). Nosotros opinamos que las cargas generalmente corresponden a un hacer (cargas de información y ciertas cargas continuas) o a un no hacer (algunas cargas continuas), que pueden considerarse de resultado. Pero lo cierto es que esta determinación debe hacerse caso por caso.

[62] Este es el caso de la carga del artículo 556 n.° 3 del Código de Comercio.

[63] Cfr. GARCÍA GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, p. 94, quien postula que, para el caso de las obligaciones, los mismos artículos 1547 y 1698 son el fundamento para considerar que la carga de la prueba de la culpa corresponde al acreedor en las obligaciones de medios. En contra, ABELIUK, R., *op. cit.*, p. 205, quien señala que «la disposición del artículo 1547 [del Código Civil] presume la culpa contractual sin hacer diferencias».

[64] En contra, SVS, sentencia de 19 de diciembre de 1951(CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 517 (fallo 98)), quien traslada el peso de la prueba al asegurado. Con respecto a la carga de la prueba, deben realizarse ciertas precisiones.

[65] PEÑAILILLO, D., *La prueba... op. cit.*, pp. 59-61.

la pura distribución que corresponda»[66]. Por ejemplo, si la prueba de la inobservancia de la carga requiere acreditar un hecho negativo (un no hacer algo), corresponde al asegurado demostrar que sí lo hizo para desvirtuar la excepción del asegurador.

Finalmente, debe tenerse presente que si el asegurado prueba que actuó con debida diligencia, no puede evadir el efecto sancionatorio de la inobservancia de la carga. En primer lugar, pues consideramos que la ausencia de culpa no es causa de exoneración de responsabilidad contractual en general[67]. Pero aun si concediéramos este punto, la prueba de la debida diligencia del asegurado no inhibe el efecto liberatorio para el asegurador, sino en los casos en que la diligencia integra el objeto de la carga. Esto se debe a que la carga tiene un efecto sancionatorio que difiere de la obligación. La carga tiene como función promover que el asegurado colabore con el asegurador. Por ello, tiene un doble carácter incitador y punitivo[68]. La carga no tiene un carácter resarcitorio, sino un carácter conminatorio[69]. A diferencia de las reglas generales de responsabilidad civil, no persigue el equilibrio de las prestaciones, sino el correcto desenvolvimiento de la relación asegurativa. Esta finalidad se logra devolviendo al asegurado parte del riesgo transferido al asegurador.

---

[66] *Ibidem*, p. 60.

[67] Se ha discutido ampliamente en la doctrina nacional si puede considerarse que la culpa es causal de exoneración general o no. A favor de considerar a la culpa como causal de exoneración general se pronuncian, entre otros, ABELIUK, R., *op. cit.*, v. 2, p. 752 y RODRÍGUEZ, P., *La obligación... op. cit.*, p. 328. En contra, entre otros, MEZA, R., *op. cit.*, p. 245. Seguimos a GARCÍA GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, p. 158, quien sostiene que «la real función de la diligencia en relación con la única causal de exoneración que contempla en forma general nuestro Código Civil, el caso fortuito, es la de ser un elemento de éste. Consiste en que el hecho que hace imposible el cumplimiento de la obligación no haya sido causado por culpa del deudor. Se trata, en suma, de la diligencia preventiva de la imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Esto es lo que describe el artículo 1547 del Código Civil en su inciso tercero al prescribir que la diligencia debe ser probada por quien debió emplearla». Opinamos que en la carga, de forma análoga a la obligación, la ausencia de culpa no es, por regla general, defensa suficiente.

[68] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, pp. 32-33.

[69] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 432, explica que la función técnica de la carga determina que no tenga carácter indemnizatorio. Señala que «las cargas son impuestas para motivar conductas del asegurado que resulten necesarias para obtener un grado adecuado de funcionalidad del contrato, que permita fluidamente el juego de los mecanismos técnico-económicos de la relación asegurativa: pero no constituyen un fin en sí ni una contraprestación sinalagmática que responda, dentro del equilibrio de las prestaciones, a la obligación del asegurador. Tienen, en el fondo, una función instrumental, un carácter procesal, dirigido a crear un ámbito procesal adecuado a la relación asegurativa, que permita el fluido desarrollo de ésta en sus diversos aspectos, tanto pre como post-siniestrales».

En consecuencia, la posibilidad de inhibir el efecto liberatorio de la carga probando debida diligencia atentaría contra el carácter conminatorio de este tipo de estipulación, pues el riesgo de inejecución de la conducta quedaría radicado en el asegurador. La prueba del caso fortuito será examinada a propósito de las defensas del asegurado ante la alegación de inejecución de la carga[70].

6. Interpretación de las cargas del asegurado

6.1. Regulación legal y contractual

La interpretación de las cargas del seguro consiste en la determinación del sentido y alcance de las reglas que imponen deberes al asegurado. La labor hermenéutica es necesaria en la comprensión del significado de toda regla. Sin embargo, es especialmente útil para aclarar el ámbito de aplicación de las reglas, el rigor con que deben ser aplicadas y la forma en que el juez y las partes deben entender el contrato en caso de ambigüedad de las cláusulas.

La única regla legal de interpretación que hace referencia específica a los contratos de seguro está establecida en el artículo 3 letra e) del DFL 251 de 1931. Señala esta norma que «será de responsabilidad de las compañías que las pólizas de seguros que contraten estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley. En caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso».

Las normas generales sobre interpretación de los contratos se encuentran en los artículos 1560 a 1566 del Código Civil. Estas reglas de interpretación se aplican de manera supletoria al contrato de seguro.

La jurisprudencia, que se ha pronunciado sobre las normas de interpretación de los contratos de seguro, coincide en que las disposiciones pertinentes son las reglas de interpretación señaladas. Por ejemplo, se ha aplicado el artículo 1566 del Código Civil, sobre interpretación contra el redactor en caso de cláusulas ambiguas[71]. También, el principio según el cual

[70] *Vid infra* «caso fortuito», p. 271.

[71] Así lo ha resuelto la SVS, actuando como árbitro (Contreras, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 768 [fallo 208]). Al resolver la misma SVS sobre la interpretación de contratos redactados por ella, señala que «sólo circunstancias muy graves y calificadas autorizarían para prescindir del texto claro y perentorio del contrato» (*Ibidem*, p. 522 (fallo 100)).

debe preferirse el sentido en que el contrato es capaz de producir algún efecto[72].

6.2. Doctrina

La doctrina argentina se pronuncia sobre el punto. Halperín afirma que «la pena de caducidad se interpreta restrictivamente: es así por su naturaleza sancionatoria, por las consecuencias y porque su aplicación liberal puede llevar al enriquecimiento del asegurador a costa del asegurado, esto es, no puede ser contraria a la buena fe o a las buenas costumbres»[73].

Por su parte, Stiglitz habla de las condiciones de aplicación de la caducidad. En primer lugar, el autor señala que la sanción debe hallarse prevista específicamente en el texto legal o en la póliza. El efecto debe referirse inequívocamente a la conducta sancionada. Por lo tanto, queda prohibida su aplicación analógica. En segundo lugar, la cláusula de caducidad debe redactarse claramente[74]. Esto supone que, en caso de duda, debe interpretarse a favor del asegurado.

6.3. Reglas de interpretación de las cargas del asegurado

a) Interpretación estricta

La interpretación estricta significa que la carga del asegurado no debe ser extendida a más casos que aquellos para los que expresamente está contemplada. También significa que no deben atribuírsele más consecuencias, o más graves efectos, que los que claramente se desprenden de la norma que las contempla.

El efecto extintivo de la carga legal es un efecto sancionatorio. Corresponde a una norma de derecho estricto y, en consecuencia, debe interpre-

---

[72] Juez árbitro Rafael Gómez Balmaceda, en sentencia de 7 de mayo de 2001 (Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA). Da la impresión que en esta causa se utilizó este criterio de forma análoga al principio de interpretación a favor de la cobertura.

[73] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 433.

[74] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, p. 47. El autor citado señala que, por su carácter de sanción, debe imprimirse en caracteres notorios, de manera que no pase inadvertido para el asegurado el efecto de la inobservancia. Coinciden con esta última observación, LAMBERT FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 351 y GARRIGUES, J., *El contrato... op. cit.*, p. 325.

tarse restrictivamente, como toda sanción[75]. Esta regla es aplicable tanto a las cargas legales como a las cargas convencionales.

b) Regla contra proferentem

Por su parte, las cargas establecidas por las partes en el contrato deben redactarse con claridad. Toda ambigüedad debe interpretarse en contra del redactor. La interpretación contra el redactor significa que, de los varios sentidos razonablemente posibles, deberá elegirse el menos favorable a los intereses del redactor[76].

La interpretación *contra proferentem* es una regla que se aplica sólo en caso de que exista ambigüedad de las cláusulas contractuales. Si el tenor contractual es claro, no debe interpretarse contra el redactor[77].

Esta es, según la disposición del artículo 3 e) del DFL 251 de 1931, la regla principal de interpretación de las condiciones generales del contrato de seguro. La regla se aplica primordialmente ante contratos de adhesión. La regla *contra proferentem* no es aplicable en los contratos libremente discutidos con la misma intensidad[78].

---

[75] Cfr. DUCCI CLARO, CARLOS, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 1977, p. 197, quien sostiene que las leyes excepcionales, dentro del contexto del sistema jurídico general o de una institución jurídica determinada, son de aplicación estricta.

[76] TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 149. Dice LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Sistemas de interpretación de los contratos*, Ediciones Universitarias, Valparaíso, 1971, p. 98, que la regla corresponde a una especie de sanción por la negligencia en que ha incurrido el redactor que no se explica suficientemente. La jurisprudencia chilena, afirma, «siempre ha aplicado esta regla sin la menor vacilación».

[77] Esto se debe a que el fundamento de la regla *contra proferentem* es la atribución del riesgo de la ambigüedad de los términos contractuales al redactor. De este modo, la regla de interpretación contra el redactor pretende restituir el equilibrio contractual alterado por la predisposición unilateral de las cláusulas. Señala ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 319, que «de acuerdo a esta fundamentación la regla *contra proferentem* cumple dos funciones. En primer lugar, distribuir equitativamente los riesgos de ambigüedad en la declaración, atribuyéndolos al que declara; y, en segundo lugar, estimular al predisponente a expresarse claramente sancionándole con una interpretación a su costa en caso de que no lo haga y con independencia de su buena o mala fe subjetiva. En el mismo sentido, TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 144.

[78] La interpretación contra el redactor está reconocida en el artículo 1566 del Código Civil, como una regla de interpretación subsidiaria aplicable a todos los contratos. La regla *contra proferentem*, según su redacción en el artículo 3 e) del DFL 251 de 1931, ha sido pensada para su aplicación a contratos de adhesión redactados por el asegurador. Esto se desprende de la misma disposición legal citada, que en el párrafo anterior admite la celebración de contratos de seguro libremente discutidos. Además, la norma hace expresa referencia a las condiciones generales redactadas por el asegurador.

c) Regla de la prevalencia

Si existe una cláusula particular relativa a una carga, a sus requisitos, elementos o efectos, debe primar sobre lo establecido en las condiciones generales[79].

La regla de la prevalencia está reconocida en el inciso segundo del artículo 17 LPC, que establece que en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí[80].

Esta regla de interpretación supone la existencia de condiciones generales, pues sólo se aplica en caso de que exista una contradicción entre dos cláusulas válidas, una general y otra particular. Corresponde a una verdadera regla de interpretación, pues permite reconstruir de manera más precisa la intención de las partes[81].

d) Regla de la aplicación restringida del texto contractual

Además, las cargas sólo deben aplicarse a la sección de la póliza en que han sido incluidas, a menos que se manifieste con claridad que tienen aplicación general, y que esa aplicación general sea posible atendida la naturaleza de la carga (artículo 1561 del Código Civil)[82].

e) Regla de la interpretación por aplicación práctica

Por último, consideramos que debe tenerse especialmente presente la regla del inciso tercero del artículo 1564 del Código Civil, en virtud de la cual las cláusulas contractuales se interpretan por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra. Esta regla tiene relevancia para la aplicación de la doctrina de los actos propios en el seguro, específicamente vinculada a la renuncia del asegurador al efecto de la carga, como veremos a continuación[83].

---

[79] TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 154, señalan que la contradicción entre la cláusula general y la especial no debe ser «abierta», sino que basta que esta contradicción modifique los derechos y obligaciones contractuales.

[80] Ley 19.496 de 1997 sobre protección de los derechos de los consumidores.

[81] ALFARO, J., *op. cit.*, p. 299.

[82] *Ibidem*, p. 91. Esta es la regla de aplicación restringida del texto del contrato.

[83] Pues, como sostiene EKDAHL ESCOBAR, MARÍA FERNANDA, *La doctrina de los actos propios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 253, «a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta justifica la conclusión que no se hará valer el derecho».

7. Renuncia al efecto de la carga

7.1. Regulación legal y contractual

El asegurador, conociendo que ha habido inobservancia de la carga, puede renunciar al efecto liberatorio que la ley o el contrato le conceden. La renuncia puede definirse como la aceptación o el allanamiento del asegurador a indemnizar al asegurado, a pesar de tener conocimiento que éste ha incurrido en la inobservancia de una carga[84].

Ni la ley ni las pólizas determinan en qué casos puede estimarse que el asegurador ha renunciado al efecto extintivo de la carga inejecutada. Conocemos sólo un fallo sobre el tema, en que se reconoce un caso que puede considerarse una combinación entre renuncia y sanción por contravenir actos propios[85].

7.2. Doctrina

a) Principios generales

La renuncia puede ser expresa, si el asegurador así lo manifiesta. Pero los casos más comunes son los de renuncia tácita. Ella supone que el asegurador conozca o, al menos, deba conocer que el asegurado ha inobservado una carga[86]. La actitud del asegurador debe ser inequívoca para que de ella pueda colegirse la intención de renunciar[87]. Dicha actitud consiste en

---

[84] Picard, M., y Besson, A., *op. cit.*, p. 211.

[85] Es la sentencia de la SVS, de 19 de diciembre de 1951(Contreras, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 517 (fallo 98)). En la causa, el asegurado da cuenta de un siniestro (incendio) apenas se entera de él, a través del agente. El liquidador de la compañía encarga el salvamento, y propone pagarle $ 20.000, habiéndose suscrito el seguro por $ 400.000. El demandado rechaza la indemnización, por encontrarla inferior a sus daños. La compañía se opone a indemnizar el monto sugerido por el liquidador, alegando el incumplimiento de obligaciones establecidas en la póliza y en los números 4 y 5 del artículo 556 del código de Comercio. Al ser demandada por el asegurado, la Compañía pide que se rechace la demanda y, en subsidio, se fije la indemnización en $12.000. La SVS resolvió que «si bien el demandante no ha acreditado haber cumplido con las obligaciones de que se trata, lo que constituiría causa suficiente para declarar rescindido el seguro, el árbitro estima que no sería equitativo pronunciarse en dicho sentido y privar al demandante de toda indemnización, toda vez que la propia compañía consideró que era acreedor de alguna indemnización» (p. 518).

[86] Halperín, I., *Seguros... op. cit.*, p. 431; Lambert Faivre, Y., *op. cit.*, p. 353.

[87] Picard, M., y Besson, A., *op. cit.*, p. 212.

una incongruencia entre el conocimiento previo de la inobservancia de la carga y el posterior cumplimiento de su obligación de indemnizar, que podría haber sido evitada alegando la inobservancia de la carga[88].

b) Casos legales

En el Derecho comparado, existen casos que son calificados de renuncia por la ley. Por ejemplo, los artículos 79 y 46 de la Ley de Seguros argentina. El primero señala que la participación del asegurador en el procedimiento pericial de avaluación de daños importa su renuncia a invocar las causas de liberación anteriores que sean incompatibles con tal participación. El segundo considera que hay renuncia tácita al efecto de la carga de notificación del siniestro, en los casos de participación del asegurador en las operaciones de salvamento o verificación del daño[89]. En el Derecho francés, el asegurador, que asume la dirección del proceso, se entiende que renuncia a todas las excepciones que conocía antes de asumir la dirección (artículo 113-17 *Code des Assurances*). Ésta es una presunción simplemente legal, por lo que el asegurador puede reservar expresamente las excepciones a la obligación de garantías[90].

c) Casos jurisprudenciales comparados

Constituyen ejemplos de renuncia tácita del asegurador de su opción a oponer la inobservancia de la carga, recogidos por la doctrina, según lo resuelto por los tribunales, los casos siguientes: la designación por el asegurador del liquidador para determinar el monto del daño, quien se mantuvo en contacto con el asegurado, es renuncia de la inobservancia de la carga de notificación del siniestro; la realización de negociaciones con el asegurado para estimar los daños; el reconocimiento de los derechos del asegurado a través del ofrecimiento de pago; la ejecución, al menos parcial, del contrato por el asegurador, todo lo cual le impide luego alegar la falta de notificación del siniestro o la inobservancia de la carga de dirección del proceso; también lo son un pronunciamiento del asegurador contrario a los derechos del asegurado por razones distintas a las invocadas con posterioridad; omitir pronunciarse acerca de la falta de derechos del asegurado; o la asunción de la dirección del proceso. Incluso se ha llegado a sostener,

[88] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 432.
[89] *Ibidem*, p. 430.
[90] LAMBERT FAIVRE, Y., ob. cit., p. 353.

que la ejecución de ciertos actos que corresponden a parte del proceso destinado al pago del asegurado, constituyen renuncia[91].

7.3. Nuestra opinión

Ante la ausencia de normas especiales sobre la renuncia al efecto de la inobservancia de la carga por parte del asegurador, podría pensarse que debe recurrirse entonces a las reglas generales sobre renuncia de derechos. Sin embargo, la renuncia al efecto de la carga antes citado debe tener un régimen especial, por dos razones. Primero, porque al renunciarse a la opción de oponer la excepción de inobservancia de la carga, no se está renunciando propiamente a un derecho[92]. Segundo, pues no existe claridad acerca de si los casos de renuncia al efecto de la carga son propiamente caso de renuncia o de aplicación de la doctrina de los actos propios[93]. Por su parte, nuestra jurisprudencia, sin manifestarlo expresamente, ha utilizado criterios basados en la aplicación de la doctrina de los actos propios, para determinar si es lícito al asegurador oponer exclusiones al asegurado cuando anteriormente ha parecido ignorarlas[94]. A pesar de la utilidad de estos criterios,

[91] *Vid* STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, pp. 56-60 y PICARD, M., y BESSON, A., *op. cit.*, p. 212.

[92] ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL y VODANOVIC H., ANTONIO, *Tratado de derecho civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, v. 1, p. 340, definen renuncia como «una declaración unilateral del titular de un derecho subjetivo por el cual se despoja de éste; lo abandona sin traspasarlo a otro sujeto». Lo que usualmente se entiende por renuncia, es renuncia de derechos. Por lo tanto, sus reglas sólo se aplican supletoriamente a la renuncia de los efectos de la carga.

[93] DÍEZ-PICAZO, LUIS, *La doctrina de los actos propios*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 159, sostiene que la renuncia de los derechos suele confundirse con la doctrina de los actos propios. Los actos propios pueden verse como una forma de producir la renuncia de derechos subjetivos. Por su parte, la renuncia puede derivar en conductas ligadas objetivamente a la extinción del derecho subjetivo. Sin embargo, no deben identificarse, pues la renuncia es un acto jurídico, cuyo régimen incluye, entre otras normas, las reglas de invalidez por vicios del consentimiento, o por falta de solemnidad. Esto es inadmisible para la doctrina de los actos propios. Además, los efectos de una y otra institución son diversos. El efecto de la renuncia tácita es la pérdida o extinción de un derecho, de un poder o facultad. En cambio, el efecto de la contradicción de actos propios es la imposibilidad de ejercitar o hacer valer el derecho renunciado. El efecto de la doctrina de los actos propios sólo puede hacerse valer por las personas que han sufrido la contradicción. En el mismo sentido, BORDA, ALEJANDRO, *La teoría de los actos propios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 122.

[94] LAGOS VILLARREAL, OSVALDO, «Criterios para la determinación de la cobertura y el principio de los actos propios en el seguro», en *Estudios de derecho comercial*, M. Bernet (dir.), Universidad Católica del Norte, 2004, p. 122. De los fallos comentados, se extraen las siguientes conclusiones. Primero, si el asegurador no invoca judicialmente una exclusión para

la determinación de si ha existido o no renuncia tácita del asegurador a su opción de oponer la inobservancia de la carga, debe hacerse caso a caso.

La renuncia al efecto de la carga parece combinar elementos de ambas instituciones. Por lo tanto, el régimen de la renuncia al efecto de la carga del asegurado, en nuestro Derecho, es un régimen *sui generis* con base en las reglas de la renuncia y la doctrina de los actos propios. Al hablar de renuncia tácita del asegurador a los efectos de la carga inobservada, no hablamos de renuncia en términos técnicamente puros.

Proponemos que son dos los criterios para determinar si ha existido renuncia tácita del asegurador a los efectos de la carga inobservada. Primero, debe verificarse si el asegurador tuvo conocimiento de la inobservancia de la carga. Segundo, deben probarse los hechos que constituyen indicio de que el asegurador pretende dar cumplimiento a su obligación de indemnizar. Este indicio debe ser inequívoco, y suficiente para generar expectativas en el asegurado. El asegurado debe actuar en conformidad a estas expectativas. Al determinar si ha existido renuncia tácita, es de especial utilidad el examen casuístico que ofrece la doctrina comparada. Subsidiariamente, es recomendable recurrir a los principios de la doctrina de los actos propios[95]. Todo ello, a la luz de las circunstancias concretas del caso.

8. Defensas del asegurado ante la alegación de inobservancia

Las defensas del asegurado son mecanismos técnicos que impiden el efecto rescisorio o liberador de la alegación del asegurador de inobservancia de la carga. Corresponde al asegurado alegarlos y probarlos. Generalmente ocurre que, ante la negativa del asegurador a indemnizar, el asegurado demande el pago de la indemnización. El asegurador alega la inejecución de la carga por vía de excepción. Luego, el asegurado puede desvirtuar la alegación del asegurador a través de la prueba de defensas[96].

---

una cobertura, se entiende que estima que la exclusión no es aplicable a todas las coberturas. No puede alegar en un mismo siniestro lo que explícita o implícitamente ha aceptado. Segundo, que «al dar una razón para negar el pago de la indemnización, el asegurador no limita sus defensas a tal razón, y le es lícito invocar en el juicio posterior otras excepciones».

[95] Borda, A., ob. cit., p. 71, resume los presupuestos de aplicación de la teoría de los propios actos: «a) una conducta anterior relevante y eficaz; b) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción —atentatoria de la buena fe— existente entre ambas conductas; c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas».

[96] Algunos autores incluyen dentro de las defensas a la renuncia (*v. gr.* Lambert Faivre, Y., *op. cit.*, p. 353). Nosotros hemos preferido tratarlas como materias separadas, pues

8.1. Regulación legal y contractual

El Título VIII del Libro II del Código de Comercio no contiene normas que regulen las defensas que el asegurado puede oponer al asegurador, ante su oposición al pago de la indemnización en razón de inobservancia de cargas. Por su parte, las pólizas sí contemplan casos en que el asegurado puede oponerse a la liberación de responsabilidad. Estos casos son la ausencia de culpa y la imposibilidad de hecho, caso fortuito o fuerza mayor.

a) Pólizas

a.1) Ausencia de culpa

Con relación a la ausencia de culpa, esta defensa se desprende de lo establecido por ciertas pólizas que estipulan la liberación de responsabilidad del deudor, en caso que el asegurado no provea información sobre el siniestro y sus causas. Esto se debe a que se establece como requisito, por la misma cláusula, que la conducta del asegurado se deba a dolo o culpa grave. En consecuencia, dan a entender que si la conducta omisiva se debe a culpa leve del asegurado, no es suficiente para liberar al asegurador de su obligación de indemnizar. Por consiguiente, el asegurado se libera si demuestra que no actuó con culpa grave[97]. La aplicación de esta defensa es excepcional, sólo en la medida que pueda desprenderse del clausulado de la póliza respectiva. La alegación de ausencia de culpa, generalmente, no constituye defensa suficiente.

a.2) Imposibilidad de hecho, caso fortuito o fuerza mayor

En cuanto a la imposibilidad de hecho, caso fortuito o fuerza mayor, estos se establecen en las pólizas expresamente como defensa para el asegu-

---

la renuncia tiene un fundamento diverso, ya que al discutir si el asegurador ha renunciado o no al efecto de la inobservancia de la carga, no se cuestiona si ha habido o no inejecución de la carga. Por lo tanto, a pesar de tener el mismo efecto, se trata de circunstancias diversas.

[97] Artículo 3.2 POL 1 90 006 (incendio), y artículo 4.2 POL 1 94 021 (robo): «el asegurado que, mediando culpa grave o dolo, deja de cumplir con las obligaciones de proporcionar a la Compañía las informaciones necesarias para determinar las causas del siniestro y establecer la responsabilidad de la compañía; o que maliciosamente altera los daños o emplea pruebas o antecedentes falsos para acreditar los mismos, perderá todo derecho a indemnización, sin perjuicio de las responsabilidades legales que corresponden».

rado[98]. Usualmente, los tres conceptos se utilizan como sinónimos[99]. Son reconocidos como defensas en los casos en que se impone al asegurado dar aviso a la compañía o a la autoridad[100]. Si el asegurado prueba el caso fortuito, inhibe el efecto liberatorio de la inobservancia de la carga.

b) Jurisprudencia

Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido como defensas del asegurado la ausencia de perjuicio para la compañía y la imposibilidad, ambos a propósito de las comunicaciones o avisos que la ley y el contrato imponen al asegurado.

b.1) Ausencia de perjuicio

Se ha sostenido que la falta de aviso dentro de tercer día (artículo 556 N.° 5 Código de Comercio), no es suficiente para que la compañía se nie-

[98] Artículo 17 POL 1 90 006 (incendio); artículo 10 POL 1 00 002 (seguro para cultivos anuales); artículo 18 POL 1 92 040 (seguro de carga en transporte terrestre); artículo 14 a POL 1 92 120 (vehículos motorizados). Estas reglas establecen que el asegurador se libera de su responsabilidad de indemnizar, a menos que el asegurado pruebe caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho. Es interesante el caso del artículo 18 POL 1 92 040 (seguro de carga en transporte terrestre), que hace depender la eficacia de la defensa a su calificación sobre la relevancia de la fuerza mayor: «si existiere alguna causa de fuerza mayor que impidiere dar cumplimiento a lo señalado, el asegurador podrá restaurar el derecho a la cobertura si la causa fuere de su satisfacción». Opinamos que esta cláusula no es válida, pues deja al arbitrio del asegurador la determinación de la observancia de la carga. *Vid infra* «ejemplos de cargas del asegurado consideradas cláusulas abusivas», p. 357.

[99] Cláusula 17 n.° 3 POL 1 90 006 (incendio). Información del siniestro a la compañía: «inmediatamente que se declare un siniestro, o a más tardar dentro del término de cinco días contados desde la fecha en que ocurrió o debió conocer la ocurrencia del siniestro, el asegurado tiene la obligación de comunicarlo por escrito a la compañía, bajo sanción de perder el derecho a ser indemnizado, a menos que acredite fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad de hecho».

[100] Se establece para el caso de aviso a la autoridad en el artículo 16 POL 1 92 129 (vehículos motorizados): «En caso de siniestro de daños al vehículo asegurado o a terceros, el asegurado o conductor estará obligado a dejar constancia inmediata de los hechos en la unidad policial más cercana, salvo en caso de imposibilidad física debidamente justificada, y a tomar las providencias del caso para el debido resguardo del vehículo y de sus accesorios. Sin perjuicio de lo anterior, la compañía podrá exigir que el asegurado efectúe denuncia ante el tribunal competente».

gue al pago de la indemnización. Es necesario que sufra perjuicio[101]. Lo mismo se ha fallado cuando el aviso se exige contractualmente[102].

b.2) Imposibilidad

Con respecto a la imposibilidad, la jurisprudencia ha resuelto que suspende el plazo dentro del cual debe darse el aviso, e inhibe de este modo el efecto liberatorio de la carga[103].

Es más discutible si la ausencia de culpa ha sido reconocida como defensa por la jurisprudencia. Si bien se señala que si no hay culpa o negligencia del asegurado no puede negarse su derecho a la indemnización, las sentencias reconocen que esta ausencia de culpa se debe a imposibilidad[104].

8.2. Doctrina

Los autores suelen analizar las defensas del asegurado respecto a cada carga en concreto[105]. Sin embargo, es claro que al asegurado generalmente se le admite como defensa, en todas las cargas, la imposibilidad de ejecutarlas.

---

[101] SVS, sentencia de 20 de febrero de 1930 (CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 351 (fallo 18)).

[102] SVS, sentencia de 27 de abril de 1938 (*Ibidem*, v. 2, p. 557 (fallo 116)); SVS, sentencia de 8 de abril de 1941 (*Ibidem*, v. 2, p. 371 (fallo 28)).

[103] C. Sup., 9 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 7, secc. 1.ª, p. 342; C. Sup., 17 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 8, secc. 1.ª, p. 310. En el primer caso, la Compañía de Seguros «Liverpool» negó el pago de la indemnización por un seguro de incendio, porque el asegurado no dio aviso dentro de plazo. La Corte Suprema resolvió que «este hecho no autoriza la denegación absoluta del derecho que se ejerce por la demanda, sino la suspensión que puede competer al asegurado hasta que se cumplan las referidas obligaciones». En el segundo caso, la Compañía de Seguros «Sun» declaró la «caducidad» del seguro, porque el asegurado no dio aviso del siniestro de incendio dentro del plazo estipulado. En esta causa, se acreditó que el asegurado estuvo impedido de notificar. Por esto, la Corte Suprema falló que la demandada debía pagar la indemnización, «ya que si hubo la imposibilidad de que se trata no ha existido culpa o negligencia de parte del asegurado que pudiera dar legalmente origen a la caducidad del contrato de seguro como lo pretende el asegurador».

[104] C. Sup., 17 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 8, secc. 1.ª, p. 310; y Rafael Gómez Balmaceda en su sentencia de 18 de octubre de 2000, Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA.

[105] *V. gr.* DONATI, A., *op. cit.*, p. 394 y ss.

a) Francia

En Francia, la doctrina admite el caso fortuito como defensa para el asegurado, pero de manera bastante restringida[106]. El tema ha sido tratado por la jurisprudencia especialmente a propósito de la carga de notificar el siniestro. El principio general es que dicha imposibilidad debe ser probada por el asegurado, quien sólo puede oponerla como una causa de suspensión del plazo para notificar. Además, aun en caso de enfermedad del asegurado, o de no encontrarse en su lugar de residencia habitual, se le impone designar a un representante que notifique el siniestro por él[107]. También ha sido resuelto que la ignorancia del beneficiario acerca de la existencia de un seguro a su favor, no es en sí misma caso fortuito liberatorio de la *déchéance*. Debe probarse que el asegurado no tenía, a su vez, la carga de informar la existencia de un seguro a favor de tercero al beneficiario[108].

b) Argentina

El Derecho argentino presenta una regulación diversa para las cargas legales y contractuales. La regulación de las cargas legales es casuista, mientras que las cargas contractuales tienen reglas mínimas comunes. Con respecto a las primeras, su regulación es, en cierto modo heterogénea. Sin embargo, se puede sostener que en todas ellas se admite la imposibilidad, que no provenga de la culpa del asegurado, como defensa del asegurado ante la alegación de caducidad[109]. Con relación a las cargas contractuales, o a las legales en que la ley no prescribe sanción, se requiere que la violación obedezca a culpa. Además, se exige que la inobservancia haya influido en la ocurrencia del siniestro, o bien, en su mayor extensión[110]. De este modo, se ha sostenido que el asegurador debe probar los siguientes presupuestos para que el juez reconozca la caducidad convencional: culpa o negligencia del asegurado en la inobservancia de la carga; la existencia de perjuicio (extensión de la obligación a su cargo); la relación causal entre la inejecución culposa de la carga y la existencia de perjuicio (extensión de la obligación)[111]. En consecuencia, puede sostenerse que en Argentina son de-

[106] LAMBERT FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 354.
[107] PICARD, M., y BESSON, A., *op. cit.*, p. 213; LAMBERT FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 353.
[108] PICARD, M., y BESSON, A., *op. cit.*, p. 214.
[109] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, pp. 412-413.
[110] *Ibidem*, p. 413.
[111] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, p. 36.

fensas del asegurado la ausencia de culpa, la falta de perjuicio y la imposibilidad (o caso fortuito).

8.3. Nuestra opinión

a) Caso fortuito

La alegación de caso fortuito es la principal defensa del asegurado. Consideramos que las expresiones caso fortuito, fuerza mayor, imposibilidad e imposibilidad de hecho son tomadas como sinónimos en las pólizas y en la jurisprudencia[112]. Las reglas sobre caso fortuito como causa de exoneración de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones, deben utilizarse para integrar las normas de imposibilidad de ejecución de la carga. En consecuencia, para que el asegurado pueda inhibir el efecto de la carga, debe probar todos los elementos del caso fortuito. Estos elementos son la inimputabilidad, la irresistibilidad y la imprevisibilidad[113].

Con respecto a la inimputabilidad, el asegurado debe demostrar que el caso fortuito no proviene de su causa. Si el asegurador quiere desvirtuar este elemento, le basta con probar que el caso fortuito proviene del hecho del asegurado, pero no es necesario que pruebe culpa del asegurado[114]. Por último, el caso fortuito tampoco debe provenir de aquellos por los que el asegurado responde, a menos que el tomador se asegure precisamente por los daños que puedan provocar esas personas. Depende, finalmente, de la función que cumplan. Si les corresponde participar en la ejecución de los deberes contractuales, o si éstos les son encargados por el asegurado, entonces la imposibilidad proveniente de sus hechos se le puede imputar al asegurado.

Debe recordarse que la imposibilidad debe ser total y permanente. En consecuencia, si existe un obstáculo absoluto pero temporal, el plazo para

---

[112] A pesar de que los romanistas los consideran expresiones sinónimas, parte de la doctrina ha distinguido entre caso fortuito y fuerza mayor (*Vid* CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS, *Derecho de daños*, Bosch, 2.ª edic., Barcelona, 1999, pp. 87-88). En nuestro país, el artículo 45 del Código Civil los establece como sinónimos. Por su parte, COUSTASSE, ALBERTO e ITURRA, FERNANDA, *El caso fortuito ante el derecho civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958, p. 83, afirman que la doctrina nacional también los considera expresiones sinónimas, y en ese sentido también lo ha resuelto la jurisprudencia.

[113] *Ibidem*, p. 85.

[114] Los autores nacionales señalan que basta que el acreedor demuestre que la imposibilidad proviene del hecho del deudor, sin necesidad de demostrar culpa o dolo (Por todos, MEZA BARROS, R., *op. cit.*, pp. 257-258).

ejecutar la carga debe entenderse suspendido hasta que cese el impedimento[115].

b) Ausencia de perjuicio

La ausencia de perjuicio para el asegurado en la inobservancia de la carga consiste en que la inejecución de una carga no ha incidido causalmente ni en la provocación o agravamiento de las consecuencias del siniestro, ni ha destruido o dificultado gravemente su liquidación.

Debe distinguirse si la carga impone una conducta positiva o una omisión.

Si la carga impone una conducta positiva, la ausencia de perjuicio significa que el asegurador ha visto suficientemente satisfecha la necesidad que la carga pretende satisfacer, por un medio diverso a la actuación del asegurado.

Si la carga impone una conducta omisiva o negativa, la ausencia de perjuicio significa que la contravención del asegurado no ha tenido relación causal con la agravación del riesgo, con la producción del siniestro o con la extensión de los daños con posterioridad al siniestro.

El perjuicio se reconoce como defensa del asegurado por nuestra jurisprudencia. Este elemento diferencia a la carga de la cláusula penal. La carga del asegurado podría estimarse como una suerte de cláusula penal, pues en ambas comparten la función coercitiva y, eventualmente, la liquidatoria[116]. Sin embargo, no es una cláusula penal y, por consiguiente, el asegurado puede oponer la falta de perjuicio del asegurador[117]. Esto reafirma

---

[115] COUSTASSE, A., e ITURRA, F., *op. cit.*, p. 126. Cfr. CABANILLAS, A., *op. cit.*, p. 66, quien pone de manifiesto las diferencias entre la imposibilidad en la carga y la imposibilidad en el cumplimiento de obligaciones. En el segundo caso, sostiene el autor citado que la consecuencia es la extinción de la obligación y la liberación del deudor. En cambio, «si el acreedor no observa la carga por imposibilidad, lo único que sucederá es que no podrá ejercitar la facultad conectada a la carga». Disentimos de la opinión de Cabanillas, pues queda claro que el efecto de la imposibilidad en las obligaciones es el mismo que en las cargas.

[116] Tanto la cláusula penal como la carga usualmente se pactan por un monto superior a los eventuales perjuicios, que la inobservancia de un deber pueda acarrear. De este modo, tienen un efecto intimidatorio y constituyen un incentivo a la ejecución. Además, podría pensarse que ambas comparten la función liquidatoria, si se considera que la liberación del asegurador por la inobservancia de la carga no es más que una estimación anticipada de los eventuales perjuicios del asegurado (*vid* ESPÍN ALBA, ISABEL, *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 80).

[117] La carga no es una verdadera cláusula penal, pues su función no es tasar perjuicios anticipadamente. En primer lugar, porque las cargas son accesorias al derecho principal. En

que la carga no tiene carácter indemnizatorio y, por lo tanto, no se la puede equiparar a la indemnización de perjuicios.

Corresponde al asegurado la prueba de que el asegurador no ha sufrido perjuicio por la inobservancia de la carga[118]. A diferencia del caso de la indemnización del daño, el perjuicio no es un requisito de la inobservancia de la carga, sino una defensa del asegurado. La dificultad de la prueba del perjuicio y, especialmente, de su monto, hace que su reconocimiento como requisito para la alegación de inobservancia disminuya la eficacia de la carga como mecanismo técnico[119]. En cambio, no es tan dificultosa la prueba de ausencia de perjuicio por parte del asegurado. Basta con acreditar que la carga se satisfizo por otro medio (*v .gr.*, el asegurador se enteró del siniestro a tiempo, por una persona diversa del asegurador) o bien, que no afectó el riesgo o la extensión del daño (*v. gr.*, la culpa grave del asegurado no fue la causa eficiente del siniestro, de modo que sin esa culpa grave, el siniestro habría ocurrido de todos modos).

En síntesis, la clave para determinar cuál es el perjuicio relevante para dar por inejecutada la carga es la función que la respectiva carga cumple. Por ejemplo, si la función de la carga es dar pronta noticia al asegurador de la producción de un siniestro, la falta de notificación del mismo no provoca perjuicio al asegurado si este asegurador obtiene conocimiento suficiente del mismo por otra fuente.

c) Ausencia de culpa

La ausencia de culpa del asegurado en la ejecución de la carga no constituye defensa suficiente para que el asegurado inhiba el efecto liberato-

---

cambio, la cláusula penal se pacta ante el incumplimiento de la obligación principal. En segundo lugar, porque la carga admite, como defensa ante su inobservancia, que el asegurado alegue que el asegurador no sufrió perjuicio por la inejecución. En cambio, la cláusula penal no admite como defensa la ausencia de perjuicio. Para que el deudor pueda liberarse de la cláusula penal, debe probar que el incumplimiento de la obligación no le es imputable, pues se debe a caso fortuito o a causa del propio acreedor (*Ibidem*, p. 83). Mas no puede probar ausencia de perjuicio, pues el perjuicio se prueba por el solo incumplimiento.

[118] Cfr. artículo 113-2 N.° 4 *Code des Assurances*, donde el perjuicio se establece como requisito de fondo para la alegación de la *décheance* por parte del asegurador. En consecuencia, a él le corresponde la prueba del perjuicio, por disposición legal (*vid* LAMBERT FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 354).

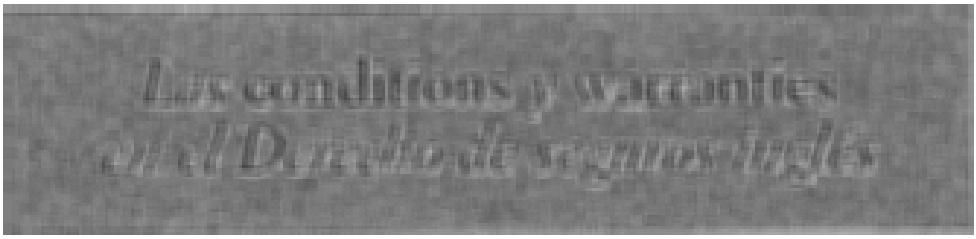
[119] De ahí la crítica a otros sistemas, como el español, en que se establece la regla del prorrateo o de la proporcionalidad, donde el asegurador debe probar el perjuicio y requerir la rebaja proporcional de la indemnización. La prueba del perjuicio es extremadamente difícil (*Vid* BÜCK, S., *op. cit.*, p. 38).

rio. A pesar de que existe un par de sentencias que hacen referencia a que la imposibilidad elimina la culpa, la alusión a la culpa no debe entenderse como que ella es requisito de la inobservancia[120]. La referencia a la culpa en estos fallos debe interpretarse como la constatación de que la imposibilidad no proviene de un hecho del asegurado. La imposibilidad debe corresponder a una causa que le sea enteramente ajena[121].

[120] C. Sup., 17 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 8, secc. 1.ª, p. 310. La Corte Suprema sostuvo que «si hubo la imposibilidad de que se trata, no ha existido culpa o negligencia de parte del asegurado que pudiere dar legalmente origen a la caducidad de contrato de seguro como pretende el asegurador». En este mismo sentido, Rafael Gómez Balmaceda en su sentencia de 18 de octubre de 2000, Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA.

[121] CLARO SOLAR, L., *op. cit.*, v. 5, t. II, p. 537; en el mismo sentido, GARCÍA GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, p. 158. Cfr. COUSTASSE, A., e ITURRA, F., *op. cit.*, p. 163, para quienes «la fuerza mayor se acredita mediante la prueba de que el deudor ha actuado con toda la diligencia y cuidado que se le imponía, no obstante lo cual se ha producido el riesgo que, por lo mismo, para él ha resultado imprevisto e imposible de resistir». Opinamos que la fuerza mayor debe probarse acreditando el hecho que excluye la causalidad entre el acto del asegurado y la inobservancia de la carga, y no su falta de diligencia.

VII



Las *conditions* y *warranties* son términos del contrato de seguros, al igual que en el derecho general de los de contratos. Se trata de estipulaciones que no forman parte de la *consideration*, es decir, no consisten en las prestaciones principales del contrato. Como sabemos, las prestaciones principales del contrato de seguros serán, por un lado, el pago de la prima por parte del asegurado y, por el otro, el pago de la indemnización por el asegurador en caso de la ocurrencia de un siniestro cubierto.

El objeto de estos términos o estipulaciones del contrato de seguros es imponer ciertas conductas al asegurado, de modo de conseguir que el riesgo quede definido con claridad para el asegurador. También, estos términos se acuerdan con el fin de obtener la colaboración necesaria del asegurado en el proceso de liquidación y pago del seguro, o en la disminución de la pérdida patrimonial para el asegurador, sea a través de la defensa del asegurado u otros medios.

Las *conditions* y *warranties* constituyen una relevante defensa para el asegurador quien, por regla general, ante el incumplimiento del asegurado, podrá rechazar exitosamente el pago de la indemnización pactada.

En el derecho de seguros inglés, las *warranties* constituyen los términos de mayor relevancia y que han provocado mayor análisis y discusión[1]. En consecuencia, examinaremos primero las *warranties* y luego las *conditions*. Estas últimas retoman, en todo caso, mayor protagonismo al analizar el contenido del seguro de responsabilidad civil.

[1] BIRDS, JOHN y HIRD, NORMA J., *Birds' modern insurance law*, Thomson Sweet and Maxweel, 5.ª edic., Londres, 2001, p. 133.

1. *WARRANTIES*

1.1. Concepto

Se entiende por *warranty* un término característico del contrato de seguro, en que el asegurado afirma cierto estado de cosas o se compromete a cierta conducta, y que al ser incumplido libera al deudor de responsabilidad. Para la doctrina inglesa más autorizada, «una *warranty* puede definirse brevemente como un término escrito de un contrato de seguros en que el asegurado garantiza, a través de una declaración expresa o por disposición legal, o bien que cierto estado de cosas es cierto, o que cierto estado de cosas es y se mantendrá cierto, o que se compromete a la debida ejecución de una obligación en ella especificada. El resultado del incumplimiento de una *warranty* es liberar al asegurador de su responsabilidad desde el día de su incumplimiento, aun cuando el contenido de la *warranty* no haya sido relevante al riesgo y que el incumplimiento de la *warranty* no haya causado un siniestro con respecto al cual se realiza un reclamo»[2].

De esta definición se puede obtener que las *warranties* poseen los siguientes efectos: constituyen un término del contrato de seguros; el asunto garantizado no requiere ser relevante al riesgo; deben ser estrictamente cumplidas; su incumplimiento libera al asegurador de responsabilidad a pesar de que el siniestro no tenga conexión causal con el incumplimiento o que el incumplimiento haya sido remediado después de la época del siniestro[3].

En consecuencia, las *warranties* del contrato de seguro son distintas de las *warranties* en el derecho común de contratos. Como hemos visto, estas últimas no tienen el efecto de terminar el contrato. No liberan a la parte inocente, sino que sólo le otorgan derecho a percibir perjuicios. En cambio, el incumplimiento de una *warranty* en el contrato de seguro tiene como efecto la liberación automática e inmediata del asegurador de su obligación de pago del seguro, a pesar de que el incumplimiento de la *warranty* no haya tenido injerencia alguna en la generación del siniestro, ni haya aumentado el riesgo.

Otra diferencia consiste en que el asegurador no debe probar los perjuicios que le ha causado el incumplimiento de la *warranty*, para que ella genere sus efectos. Esto sí deberá ser probado por la parte inocente de otro tipo de contrato, si exige perjuicios por incumplimiento de una *warranty*.

---

[2] LEGH-JONES, NICHOLAS; BIRDS, JOHN y OWEN, DAVID C., *MacGillivray on insurance law*, Thompson Sweet and Maxwell, 10.ª edic., Londres, 2003, p. 232.

[3] *Ibidem*, p. 224.

De este modo, las *warranties* pasan a transformarse, en el contrato de seguros, en el término contractual de mayor relevancia, a diferencia del derecho de contratos en general, donde juegan un rol secundario respecto de las *conditions*[4].

No obstante, debemos tener cuidado en no confundir *warranty* con *condition precedent*. Una *condition precedent* consiste en que la ejecución de la obligación de una parte (A) es condición precedente a la responsabilidad de la otra parte (B), cuando A debe ejecutar su prestación antes de que surja la responsabilidad de B[5]. En consecuencia, la esencia de la *condition precedent* radica en que, en el contrato, existe una prestación que no puede ser ejecutada sin que se ejecute previamente una contraprestación. En cambio, la *warranty* en el contrato de seguro puede ser una prestación, o una mera declaración. La esencia de la *warranty* es que es un compromiso del asegurado que dice relación directa con el riesgo.

La confusión puede estribar en que es necesario cumplir la *warranty* para que el asegurador sea responsable. Sin embargo, esto no dice relación esencialmente con el orden de las prestaciones, sino sólo con el efecto del incumplimiento de la *warranty*. En otras palabras, el asegurador se libera porque se ha incumplido una *warranty*, y no necesariamente porque el incumplimiento de la *warranty* por el asegurado le impide a él cumplir.

A pesar de lo anterior, es usual que las pólizas de seguro creen *warranties*, denominando como tales a ciertas declaraciones o compromisos del asegurado. Esto se logra estipulando que el efecto de tales cláusulas es constituirse en «condiciones precedentes del derecho del asegurado a re-

---

[4] Esto no quiere decir que las *warranties* tengan el mismo efecto que las *conditions* en el derecho de los contratos. Recordemos que el efecto de las *warranties* es automático, en cambio, el incumplimiento de una *condition* genera la opción de terminar el contrato más indemnización de perjuicios. Pero es correcto afirmar, tal como lo hace MERKIN, ROBERT, *Colinvaux's law of insurance*, Sweet and Maxwell, 7.ª edic., Londres, 1997, p. 143, que «una *warranty* corresponde en sentido laxo a una *condition* en cualquier otro contrato».

[5] TREITEL, G. H., *op. cit.*, p. 796. No es necesario que el contrato establezca expresamente que determinada prestación es condición precedente de la responsabilidad de la contraria. En *Trans Trust SPRL v. Danubian Trading Co.* [1952] 2 Q.B. 297, A compró acero de B para ser pagado en efectivo contra documentos de embarque, de un crédito confirmado por una compañía estadounidense (a la que A había revendido) en favor de B. A se comprometió a que el crédito sería abierto *forthwith*. La ejecución por parte de A de su obligación de obtener la letra de crédito fue estimada como *condition precedent* de la responsabilidad de B, a pesar de que el orden de las prestaciones no estaba expresamente descrito en el contrato. A sabía que B no podía obtener suministros de acero hasta que el crédito estuviese disponible. En consecuencia, la naturaleza del contrato dio a entender claramente que A debía ejecutar su obligación antes de que B fuese responsable.

cuperar»[6]. Sin embargo, no quiere decir que una *warranty* sea una *condition precedent*. Esto es claro al examinar la carga de la prueba del incumplimiento de la *warranty*.

Sustancialmente, las *warranties* constituyen una promesa, un compromiso, respecto a cierto estado de cosas presente o futuro. Este estado de cosas puede depender de la conducta del asegurado o no. El asegurado se compromete a que tal estado de cosas exista al momento de contratar, o que se mantenga durante la existencia del contrato. De este modo, las *warranties* supondrán para el asegurado compromisos de fidelidad en cuanto a lo declarado, o bien, la realización de ciertos actos o conductas en el futuro.

Por ejemplo, una *warranty* característica del seguro contra incendio puede suponer la garantía de la verdad de una afirmación respecto a un hecho presente («el edificio posee alarma contra incendio»), o respecto a un hecho futuro («el edificio tendrá una alarma contra incendio funcionando durante la vigencia de este seguro»). Esto último supondrá ciertas conductas positivas para el asegurado, como revisar el funcionamiento de la alarma, o repararla si es necesario.

Estos compromisos del asegurado están estrechamente vinculados a la determinación del riesgo por el asegurador. En el ejemplo anterior, resulta claro que la alarma contra incendio disminuye las posibilidades de que acontezca el siniestro. En consecuencia, el asegurador sólo estará dispuesto a correr el riesgo si este se encuentra precisamente delimitado por medio de *warranties*[7]. Es por esto que las *warranties* son términos del contrato estrechamente vinculados al riesgo. Así, se estima que una declaración del asegurado sobre cierto estado de hechos será interpretada como una *warranty* si tiene una influencia relevante sobre el riesgo corrido por el asegurador. Si se relaciona con asuntos desconectados con el riesgo, la Corte puede estimarla simplemente como una estipulación colateral[8].

---

[6] CLARKE, MALCOLM A., *The law of insurance contracts*, LLP, 3.ª edic., Londres, 1997, p. 539.

[7] El asegurador, con basta experiencia en la cobertura de riesgos y en la forma en cómo se producen los siniestros, sabe que ciertas circunstancias o conductas del asegurado son decisivas para evitar que estos tengan lugar. Las *warranties* y las cláusulas que excluyen ciertos riesgos son, al mismo tiempo, valiosos consejos para el asegurado. Esto es lo que se denomina *risk management*, y constituye un gran activo de las compañías aseguradoras, pues hace que contratar seguros sea conveniente aun en casos en que una empresa o persona es suficientemente solvente como para autoasegurarse (CLARKE, MALCOLM., *Policies and perception of insurance. An introduction to insurance law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 143).

[8] Ante cuyo incumplimiento cabría sólo demandar indemnización de perjuicios, que se traduciría en la disminución proporcional de la indemnización debida por el asegurador (LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., ob. cit., p. 255). Esta referencia a la vinculación en-

1.2. Efecto del incumplimiento de una *warranty*

a) En cuanto al momento en que el asegurador se libera

Para resolver este punto, debe distinguirse entre la situación anterior y posterior al caso *The Good Luck* (1991). Se ha sostenido que el incumplimiento de una *warranty* por el asegurado otorga al asegurador una defensa contra cualquier reclamo efectuado en un tiempo posterior al incumplimiento[9]. ¿Esta defensa supone que el asegurador queda automáticamente liberado por el incumplimiento de la *warranty*, o bien, surge para él una opción de oponerse legítimamente al reclamo? La respuesta a esta pregunta tiene un antes y un después del caso ya señalado[10]. Antes de *The Good Luck*, el incumplimiento de una *warranty* daba derecho al asegurador a ejercer su opción de repudiar su parte del contrato, desde el momento de la contravención. Tal efecto fue alterado por la opinión de *Lord Goff of Chievely*, en el único voto razonado en la *House of Lords* al decidir este caso.

En *The Good Luck*, una nave asegurada contraviene una *warranty* de no navegar por aguas prohibidas. El asegurador de la nave ha adoptado previamente un compromiso con el banco, acreedor hipotecario del armador, de notificar si la nave deja de estar asegurada por cualquier razón. El asegurador no notifica al banco de que el asegurado ha contravenido una *warranty*, y el banco realiza un nuevo préstamo al armador, mutuo que no habría otorgado de haber sido notificado. El armador no paga el crédito, y la nave es dañada precisamente al navegar por aguas prohibidas, declarándose pérdida total. El banco demanda al asegurador por perjuicios.

El punto central de la controversia consiste en la interpretación de la sección 33(3) de la *Marine Insurance Act* 1906[11]. Tal disposición establece que, en caso de incumplimiento, el asegurador es descargado de su responsabilidad desde el día del incumplimiento de la *warranty* [12]. La pregunta es ¿la expresión «desde el día del incumplimiento» supone un efecto automá-

---

tre *warranties* y riesgo dice relación con la calificación de un término como *warranty*, pero no altera los efectos de un término que ha sido calificado como *warranty*. Estos efectos se producen con total independencia de las consecuencias que la inejecución de la *warranty* hayan tenido en la agravación del riesgo o en la producción del siniestro.

[9] *Ibidem*, p. 232.

[10] *Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual war Risks Association (Bermuda) Ltd, The Good Luck* [1991] 2 W.L.R. 1279.

[11] Ley de Seguro Marítimo de 1906, en adelante MIA.

[12] MIA 33(3): «*A warranty, as above defined, is a condition which must be exactly complied with, whether it be material to the risk or not. If it be not so complied with, then, subject to any express provision in the policy, the insurer is discharged from liability as from the date of the breach of warranty, but without prejudice to any liability incurred by him before that date*».

tico de la *warranty*, por el sólo incumplimiento, o se requiere que el asegurador haga ejercicio de su opción de rechazar el reclamo del asegurado?

La respuesta dada por la *House of Lords* determinó que el asegurador se libera desde el día del incumplimiento, sin necesidad de alegarlo[13]. La *warranty*, en este sentido, se acerca más a una cláusula de exclusión que a una condición, pues la exclusión del riesgo opera independientemente de la voluntad del asegurador. El contrato puede persistir, pues pueden existir obligaciones pendientes del asegurado, típicamente el pago de la prima[14].

b) En cuanto a la extensión del efecto

Una situación distinta es la relacionada con la extensión de los efectos del incumplimiento de una *warranty*. Actualmente, la doctrina y jurisprudencia inglesa reconocen que la inejecución de una *warranty* tiene como efecto «una cancelación automática de la cobertura». Esto quiere decir que, a pesar de que el contrato subsiste para otros efectos (sigue vigente la obligación de pago de la póliza), el asegurado queda desprotegido no sólo para el siniestro respecto del cual incumplió la *warranty*, sino para cualquier otro que le siga[15].

Por otro lado, cabe preguntarse qué ocurre en aquellos casos en que un asegurado cubre diversos riesgos por medio de una misma póliza. ¿El incumplimiento de una *warranty* relativa a un riesgo libera al asegurador de su responsabilidad por siniestros relacionados con los demás riesgos cubiertos en la misma póliza? La pregunta dice relación con el efecto de las *warranties* en los casos de *composite insurance* o *multi section policy*[16]. Antes de 1999, no existía claridad en la ley inglesa de seguros sobre este punto.

---

[13] En consecuencia, el asegurador incumplió su contrato con el banco, pues no le notificó a tiempo de que el asegurado no tenía cobertura.

[14] BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 135-136. Se estima que la decisión es aplicable a casos de seguros no marítimos, aun cuando esto se contrapone a lo decidido en *West v. National Motor and Accident Insurance Union* [1955] 1 All.E.R. 800. En tal caso se afirmó que valerse de una cláusula de arbitraje significaba reconocer validez al contrato y, por lo tanto, una renuncia al efecto del incumplimiento de la *warranty*. Lo anterior es erróneo tanto desde el punto de vista del Derecho común como desde el punto de vista del Derecho de seguros después de *The Good Luck*.

[15] *Kumar v. AGF Insurance* [1999] Lloyd's Rep. I. R. 147. *Vid* BIRDS, JOHN y HIRD, NORMA J., *op. cit.*, pp. 136-137, quienes critican esta solución, haciendo ver que se contradice con otras que admiten que el asegurador pueda renunciar al efecto de la *warranty* (*West v. Nacional Motor and Accident Insurance Union* [1955] 1 All E. R. 800). Es evidente que no puede ser automático un efecto que puede renunciarse, pues de serlo no podría abdicarse.

[16] Seguro compuesto o póliza de secciones múltiples.

Para algunos, se aplicaba el principio del Derecho común general, por el cual si la promesa de A 1 es dependiente de la promesa de B 1, el incumplimiento de la última libera a A de la promesa 1, pero no de la promesa 2, pues la promesa 2 es independiente de las promesas de A 1 y B 1. Esto hacía admisible en Inglaterra decisiones norteamericanas en las que se sostiene que si el seguro cubre dos clases de propiedad distinta, clara y definitivamente separadas, cada una objeto de un seguro separado, el contrato es divisible. Por lo tanto, el seguro de una clase no es ineficaz por el incumplimiento de un término que se aplica sólo a la otra clase de seguro[17].

Para otros, si un término era considerado una genuina *warranty*, entonces se aplicaba a toda la póliza, aun cuando ella contuviera distintos tipos de cobertura para distintos tipos de materias, todas con sus respectivos términos y condiciones en las secciones relevantes[18].

El punto fue aclarado en *Printpak v. AGF Insurance Ltd.*[19]. En este caso, una persona tomó un seguro múltiple, conocido en la práctica aseguradora anglosajona como *commercial inclusive*. La póliza estaba compuesta de varias secciones, cada una cubriendo riesgos de diversa naturaleza sobre bienes de distinta naturaleza: desde seguro contra incendio o por robo de la propiedad privada del asegurado, hasta seguros por responsabilidad por productos o responsabilidad por daños a terceros.

Cada una de las secciones contenía diversos tipos de *warranties*. Ellas estaban usualmente ubicadas al final de la sección respecto de la que eran pertinentes. Todas estaban encabezadas con la letra P, lo que permitía identificarlas inequivocamente como *warranties*. La *warranty* P17, ubicada a propósito del seguro contra daños contra la propiedad del asegurado, establecía que el asegurado garantizaba (*warranted*) la existencia de una alarma contra robo, la que estaría en perfectas condiciones durante la época del contrato. El contrato estipulaba expresamente que el incumplimiento de cualquier *warranty* invalidaba cualquier reclamo.

Un incendio tuvo lugar en el inmueble asegurado. El asegurador negó su responsabilidad pues la alarma contra robo no se encontraba funcionando al momento del incendio. Tanto en primera instancia como en la *Court of Appeal* se falló que la *warranty* sólo era aplicable a la sección de seguro contra robo, pues sólo se expresaba al final de aquella sección. En consecuencia, el incumplimiento de esa *warranty* sólo podía liberar al asegurador por su responsabilidad por robo, mas no por incendio.

---

[17] CLARKE, M. A., *op. cit.*, p. 548.

[18] BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 146.

[19] [1999] Lloyd's Rep. I. R. 542.

En consecuencia, el estado actual del Derecho de seguros inglés parece dar a entender que se considera que una póliza multiseccional está compuesta por diversos contratos de seguros[20]. Por lo tanto, una *warranty* sólo afecta a la parte del contrato respecto de la cual es pertinente.

1.3. Características de las *warranties*

Las tres principales características de las *warranties* consisten en que no requieren materialidad, no requieren conexión causal con el siniestro y que su cumplimiento es estricto. Veamos a continuación estas tres características.

a) No requieren ser determinantes (materiality)

Primero, no es necesario que el asegurador demuestre que el compromiso adoptado por el asegurado o lo afirmado por el asegurado, como una *warranty*, fue determinante, material o relevante para que el asegurador asumiera el riesgo. Las Cortes han estimado suficiente que los contratantes lo hayan pactado como *warranty*, confiando, de esta manera, en la voluntad de las partes[21].

Así, en *Mackay v. London General Insurance Co.* (1935), el asegurado declaró que no había tenido condenas penales anteriores. Sin embargo, había sido multado por diez peniques meses antes, pues el freno de su motocicleta tenía una leve imperfección. Como el hecho había sido afirmado como *warranty*, la inexactitud de su declaración fue suficiente para relevar de su responsabilidad al asegurador por un siniestro posterior[22].

b) No requieren conexión causal con el siniestro

En segundo lugar, tampoco se requiere que exista conexión causal entre el incumplimiento de la *warranty* y el siniestro que ha generado el reclamo por parte del asegurado. «Así, si una *warranty* de sobriedad ha sido rota, el asegurador puede rehusarse al pago si el asegurado muere completamente sobrio en un accidente de tránsito. Si una *warranty* por la cual se compromete a mantener el vehículo en estado eficiente se rompe, el asegurador puede oponerse al pago por daño al vehículo, aunque el defecto no haya causado el

[20] BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 147.
[21] *Anderson v. Fitzgerald* (1853) 4 H.L.Cas. 484, 503.
[22] (1935) 51 Ll.L.R. 201.

daño. Si una *warranty* de notificar el cambio de uso de bienes asegurados no ha sido observada, el asegurador puede rehusarse al pago por daño por fuego, aunque no haya sido el cambio de uso la causa del incendio»[23].

c) Cumplimiento estricto

Por último, y vinculado con la innecesaria determinación del pacto de una *warranty*, se requiere que las *warranties* sean cumplidas de manera estricta. En consecuencia, aun cuando supongan un mínimo incumplimiento o alteración de lo pactado, autorizan al asegurador a rechazar el reclamo del asegurado. Por ejemplo, «un proponente [futuro asegurado] de seguro automotriz fue preguntado, "¿cuál fue el efectivo precio pagado por el dueño?", y respondió, "£ 285", se resolvió que había existido incumplimiento de *warranty* porque sólo había pagado £ 271»[24].

Estas tres características denotan la estrictez de la estipulación de *warranties* y la dureza que sus efectos pueden tener contra los asegurados. Sin embargo, tal estrictez sólo es posible si el término es efectivamente reconocido como una *warranty*. Para que ello ocurra, será necesario antes interpretar el contrato, y es por medio de esta actividad que las Cortes han intentado morigerar los efectos del pacto de *warranties*.

1.4. Formas de creación y diversos tipos de *warranty*

Las *warranties* son parte del contrato. En consecuencia, su creación supone una estipulación contractual, que deberá ser interpretada por los tribunales, usualmente luego de que el asegurado demande al asegurador por haberse opuesto éste al pago en razón del incumplimiento de un término contractual.

No es necesario el uso de palabras específicas o frases sacramentales, como *warranty* o *it is warranted that*. Basta que las partes, a la luz del sentido comercial de la cláusula, no hayan podido tener la intención de que fuese otra cosa. La Corte tendrá presente la sustancia de la promesa hecha para verificar si es fundamental para el contrato, teniendo en cuenta su relación con el riesgo, su propósito comercial, y si sería injusto dejar a los aseguradores sin esta defensa en caso de reclamo[25]. Una *warranty* es una esti-

[23] CLARKE, M., *The law... op. cit.*, p. 530.

[24] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 232, haciendo referencia a *Allen v. Uiversal Automobile Ins Co.* (1933) 45 Ll.L.R. 55.

[25] *Ibidem*, p. 234.

pulación que, sin ser parte de las prestaciones del contrato, va a la raíz del mismo.

En consecuencia, podrá estimarse que existen *warranties* implícitas o presuntas en el contrato, si bien esta es una situación excepcional[26]. La voluntad de las partes debe ser clara al momento de crear una *warranty*, pues la ambigüedad se interpretará *contra proferentem*. Sin embargo, si la voluntad de las partes ha sido clara en el sentido de pactar algo como *warranty*, no podrá negarse tal resultado[27].

Pero la forma más común de crear *warranties* tiene lugar, irónicamente, fuera de la póliza misma. Esto se logra a través de la *basis of the contract clause*, por medio de la cual las declaraciones hechas en la propuesta por el futuro tomador o asegurado se consideran «base del contrato»[28]. Se declara, además, que ante el evento de cualquier falsedad, el contrato será rescindible[29].

---

[26] *Ibidem*, p. 236. Las *implied warranties* sólo tienen cierta relevancia en el seguro marítimo y de automóviles, especialmente en lo relativo al buen funcionamiento de la nave o vehículo. Apunta CLARKE, M., *op. cit.*, p. 526, que esta situación es significativa con relación a la agravación del riesgo, pues no existe una *warranty* implícita que la impida. De este modo, se ha fallado que «si una persona que asegura su vida sube a un globo, esto no vicia la póliza... Un asegurado puede prender todas las velas que quiera en su casa, a pesar de que cada vela adicional incrementa el riesgo de que la casa se incendie» (*Baxendale v. Harvey* (1859) 4 H & N 445,449, 452). No obstante, afirma CLARKE que, en la práctica, se obtiene el mismo resultado a través del pacto de *continuing warranties*, la descripción del riesgo, y una estipulación que permita al asegurador terminar el contrato, además de excepciones a la cobertura en ciertas circunstancias.

[27] Así se desprende de lo afirmado por *Lord* Blackburn en *Thomson v. Wheems* (1884) 9 A. CApp. 671: «Compete a las partes contratantes, si ambas lo acuerdan y expresan suficientemente en dicho acuerdo, hacer la real existencia de algo una condición precedente a la ejecución de cualquier contrato; y si así lo hacen, la no existencia de aquello es una buena defensa. Y no es de importancia si la existencia de aquella cosa es o no material; los contratantes no lo habrían hecho parte del contrato si no lo hubiesen considerado material, y tienen el derecho de determinar por ellos mismos lo que ellos consideren material». Se nota en las palabras de lord Blackburn una acérrima defensa a la libertad de las partes al contratar. Estimamos que tal defensa es razonable en su época, pero difícil de sostener en una era como la nuestra, donde los asegurados difícilmente leen lo escrito en las pólizas.

[28] *Basis of the contract clause* puede traducirse como cláusula de la base del contrato. Debe tenerse presente que la propuesta es predispuesta por el asegurador. Sin embargo, esto no quiere decir, en el *Common Law*, que el asegurador no estima determinante aquella información que no requiere expresamente en la propuesta. Por el contrario, es al asegurado a quien corresponde entregar toda la información que puede ser de interés para la avaluación del riesgo trasladado al asegurador, aun cuando éste no la requiera en la propuesta.

[29] Aunque, en estricto rigor, esto último no es necesario. En *Dawsons Ltd v. Bonnin* [1922] 2 A.C. 413, la propuesta sólo señalaba que era base del contrato, pero no que el contrato sería rescindible en caso de una respuesta falsa. No obstante, aquello fue suficiente para

Se pueden distinguir cuatro tipos de estipulaciones que pueden ser creadas a través de este medio[30].

a) Warranties *de veracidad*

Existen *warranties* relativas a la veracidad de cierta información. Las preguntas y respuestas contenidas en la propuesta se transforman, por medio de la *basis of the contract clause*, en *warranties* que garantizan la exactitud de lo declarado. Este mecanismo supone una defensa más eficiente para el asegurado que la usual en caso de falsedad de las declaraciones en la propuesta.

Si el asegurado responde equivocadamente una respuesta en la propuesta, el asegurador puede rescindir el contrato, alegando que hubo *misrepresentation*. Sin embargo, deberá probar que existió *materiality*, es decir, que la falsedad de la pregunta lo indujo a pactar en las condiciones contratadas. En cambio, al no exigirse determinación en la *warranty*, basta que exista cualquier tipo de imprecisión, en cualquier información dada por el asegurado en una propuesta transformada en base del contrato, para que el asegurador quede liberado de su obligación de pago de la indemnización[31].

Esta forma de crear *warranties* ha sido objeto de duras críticas. Se estima que es injusto que el asegurado pueda ser privado de su derecho a indemnización por declaraciones hechas, en algunos casos, hace mucho tiempo atrás, y que probablemente ya ni recuerda. Las *basis clauses* han sido descritas por la *Law Comission* como «objetables», y como «trampas»[32].

El *Statement of General Insurance Practice* (1986) señala que «"la declaración al pie de la propuesta debe ser restringida a su cumplimiento de acuerdo con el conocimiento y creencia del proponente", de este modo,

---

que la *House of Lords* considerara que las declaraciones de la propuesta eran cláusulas fundamentales del contrato.

[30] BIRDS, JOHN, «Warranties in insurance proposal forms» en *Journal of Business Law*, 1977, p. 232.

[31] *Dawsons Ltd v. Bonnin* [1922] 2 A.C. 413 sirve para ilustrar el punto. El asegurado declaró en la propuesta que el camión objeto del seguro estaría estacionado en el centro de Glasgow. Al ocurrir el siniestro, el camión estaba estacionado a las afueras de Glasgow, en un lugar probablemente más seguro. La *House of Lords* desestimó la ausencia de materialidad, pues aquella era irrelevante al haber sido la pregunta transformada en una *warranty* por medio de la *basis of the contract clause*.

[32] La *Law Comission* es una división del Parlamento encargada del estudio de la creación y reforma de la ley en Inglaterra. Hacemos referencia, en este caso, a LAW COMISSION, *Insurance Law: Non-Disclosure and Breach of Warranty*, Cmnd 8064, Law Com. 104, n.° 7.5, Londres, 1980.

aboliendo el efecto de cualquier *basis of the contract clause*, y el párrafo 1 (b) establece, "ni la propuesta ni la póliza deberán contener disposición alguna que convierta las declaraciones sobre hechos pasados o presentes en la propuesta en *warranties*. Pero los aseguradores pueden requerir *warranties* específicas acerca de asuntos determinantes del riesgo"»[33]. De todos modos, el *Statment of General Insurance Practice* parece insuficiente, pues no es jurídicamente exigible y, además, deja abierta la posibilidad de que los aseguradores aún crean *warranties* por medio de preguntas y respuestas en la propuesta, cuando lo estimen relevante o material al riesgo. Por lo demás, se sostiene que el mecanismo de la *basis of the contract clause* aún es relevante en áreas en que el *Statement* no se aplica y aún parece ser usado en seguro «tipo consumidor» para crear *warranties* de opinión[34].

b) Warranties *continuas*

Un segundo tipo de *warranty* que puede ser creado por medio de este mecanismo, es la *promissory warranty* o *continuing warranty*, que nosotros llamaremos *warranty* continua»[35].

Puede definirse como una «*warranty* de que un determinado estado de cosas existirá durante la continuación del riesgo y no meramente a su inicio, cuyo incumplimiento descargará al asegurador de su responsabilidad»[36].

---

[33] BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 157. Los *Statements of Practice* son una suerte de compromiso adoptado por los aseguradores británicos para evitar la reforma al Derecho del contrato de seguros. Se trata de normas que los aseguradores se autoimponen. No son exigibles legalmente, no constituyen normas jurídicas. Sin embargo, la mayoría de los aseguradores, agrupados en la *Association of British Insurers* (ABI) o en *Lloyds*, los respetan. El *Statment of Long-term Insurance Practice* fue introducido en 1977 y su última revisión data de 1986. Actualmente, la regulación general de seguros realizada por la *Financial Services Authority* (FSA), reemplazó el *Statement of General Insurance Practice* desde el 14 de enero de 2005. El contenido de la regulación de la FSA debe buscarse en su *handbook*, compuesto de diversas fuentes agrupadas en cinco bloques: estándares de nivel alto, estándares de negocios, procesos regulatorios, compensación y fuentes especializadas. Estas reglas son más favorables al asegurado que las contenidas en los *Statements*, y desde luego proscriben la *basis of the contract clause*.

[34] *Ibidem*, p. 142. *Vid infra* «*warranties* de opinión», p. 300.

[35] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 250, observan que «la palabra "promisoria" es, no obstante, ambigua, a pesar de su habitual uso en este contexto, desde que toda *warranty* es, en cierto sentido, "promisoria" puesto que el asegurado se está comprometiendo respecto de cualquier hecho, presente o futuro, y sería preferible, de acuerdo con esto, denominar a estas *warranties* como continuas».

[36] *Idem*.

En lo que a la *basis of the contract clause* respecta, «los aseguradores pueden convertir afirmaciones sobre hechos futuros o futuros estados de cosas en *warranties*, esto es, una *warranty* de que cierto estado de hechos existirá o no existirá en algún punto en el futuro o que continuará o no continuará de existir en el futuro[37]».

La forma de crear una *warranty* continua es a través del uso del tiempo futuro. Por ejemplo, señalar que esta o estas *warranties* «continuarán en vigor durante toda la vigencia de la póliza». Sin embargo, el uso del tiempo futuro no es esencial, y el carácter futuro de la *warranty* puede obtenerse de la naturaleza del compromiso adoptado por el asegurado[38]. De este modo, existe más de un criterio para determinar si las *warranties* deben interpretarse como continuas. Las Cortes han utilizado algunos de los siguientes: si la cláusula tiene apariencia de *warranty*; si es claramente referible a una situación futura; si es una disposición que sería de pequeño o ningún valor para los aseguradores si sólo fuese relativa a hechos presentes; si el incumplimiento de la cláusula provoca un perjuicio permanente a los aseguradores aun si es remediada subsecuentemente[39].

De este modo, típicamente constituirán *warranties* continuas aquellas por las cuales el empleador asegurado se compromete a tomar las precauciones razonables para prevenir accidentes por los cuales podría incurrir en responsabilidad. Este compromiso, se entiende, debe ser cumplido a lo largo de todo el contrato. Del mismo modo, el compromiso del asegurado de que la propiedad asegurada no cambiará de uso, o bien, que se notificará al asegurador si los bienes son destinados a otra utilidad. También se trata de un compromiso que se considera deberá ser cumplido por todo el tiempo en que el asegurador asuma el riesgo[40].

Lo mismo puede decirse de la estipulación del seguro de incendio por la cual el asegurado se compromete a mantener la propiedad ocupada, en la que se pacta que el seguro cesará si el edificio se desocupa y se mantiene desocupado, por ejemplo, por más de treinta días. Se trataría de una *warranty* y no de una excepción a la cobertura, pues basta que el inmueble haya sido desocupado por más tiempo del estipulado, para que el asegurador se libere de responsabilidad, sin que tal efecto pueda subsanarse por la subsiguiente ocupación. Tampoco la mera intención de ocupar el edificio subsana el incumplimiento de la *warranty*[41]. Lo anterior, en razón de que

---

[37] BIRDS, J., «Warranties ... *op. cit.*, p. 232.
[38] CLARKE, M., *op. cit.*, p. 534.
[39] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 254.
[40] CLARKE, M., *op. cit.*, pp. 534-535.
[41] *Ibidem*, p. 535.

«la intención de reiniciar la ocupación no puede afectar el riesgo de incendio durante la ausencia»[42].

Finalmente, es por medio de las *warranties* continuas que los aseguradores ingleses intentan subsanar la ausencia de una disposición legal que les permita evitar la agravación del riesgo. Así, por ejemplo, en el caso del seguro de incendio, puede estipularse que cesará la cobertura si, sin la autorización del asegurador, la naturaleza de la ocupación u otras circunstancias afectando el objeto asegurado son alteradas de manera de incrementar el riesgo de siniestro. Sin embargo, este tipo de estipulación se ha estimado draconiana. Se considera igualmente efectiva y más justa aquella estipulación por la cual se exige notificación escrita al asegurador de cualquier alteración que pueda incrementar el riesgo de pérdida o daño en la cosa asegurada[43].

c) Cláusula descriptiva del riesgo

Esta cláusula es una estipulación usualmente confundida con una *warranty*, a pesar de tener una naturaleza diversa. En efecto, señala BIRDS que «algo que puede ser muy difícil de distinguir de una *warranty* continua es la cláusula en la propuesta que es meramente "descriptiva del riesgo", a veces, más bien desafortunadamente, referida como *warranty* descriptiva del riesgo. Tal cláusula es considerada descriptiva de aquellas ocasiones, y sólo de esas ocasiones, en que el asegurador soportará el riesgo. Su incumplimiento no rescinde la póliza, sino que solamente libera al asegurador si la cláusula no ha sido observada al tiempo del siniestro»[44].

La dificultad de distinguir entre una *warranty* continua y una cláusula meramente descriptiva del riesgo radica en que una verdadera *warranty* siempre dice relación con la extensión del riesgo cubierto. Es por eso que se ha sostenido que una verdadera *warranty* o *warranty* material es un término del contrato de seguro que prescribe, como condición de la promesa del asegurador, un hecho antecedente o contemporáneo a un evento asegurado, cuya existencia, desde la perspectiva del momento en que se contrata, hará o podrá hacer menos probable, en su ausencia, la ocurrencia

---

[42] *Marzuoca v. Atlantic & British Commercial Ins Co Ltd* [1971] 1 Lloyd's Rep 449 453.

[43] CLARKE, M. A., *op. cit.*, p. 536.

[44] BIRDS, J., «Warranties ...» *op. cit.*., p. 232. La expresión *warranties descriptive of the risk* es utilizada, por ejemplo, por MCGEE, ANDREW, *The modern law of insurance*, Butterworths, Londres, 2001, p. 235. McGee estima que se trata de un tipo de *warranty* que no consiste en una promesa del asegurado de nada. Simplemente significa que mientras la *warranty* no se cumpla, el riesgo no se comprende en la cobertura.

del evento asegurado[45]. Una *warranty* relevante al riesgo supone la afirmación de un estado de cosas, o la realización de cierta conducta por parte del asegurado, que disminuirá las posibilidades de que el riesgo se concrete en un siniestro.

No obstante, el efecto de una cláusula descriptiva del riesgo es distinto al efecto de una *warranty*. La cláusula descriptiva del riesgo delimita las fronteras de la cobertura. En consecuencia, si al producirse un siniestro, éste no se encuentra dentro de tales deslindes por no haberse cumplido con una cláusula descriptiva del riesgo, no será un siniestro cubierto[46]. Sin embargo, el incumplimiento de una cláusula descriptiva del riesgo no tiene efectos permanentes. Basta que el asegurado vuelva a observarla para situarse nuevamente dentro del ámbito de la cobertura. Esto último, a diferencia del incumplimiento de una *warranty*, cuyo efecto es la liberación automática y permanente del asegurador, a pesar de que, con posterioridad, el asegurado cumpla lo prescrito en la cláusula[47].

En consecuencia, determinar si una cláusula es descriptiva del riesgo o una *warranty*, puede decidir si un asegurador debe o no debe pagar una indemnización en un caso concreto. Así ocurrió en *Provincial Insurance Co. v. Morgan* (1933)[48]. El asegurado era dueño de un camión. Se le preguntó en la propuesta cuál era el propósito para el cual el vehículo sería utilizado y la naturaleza de los bienes (que serían transportados). El asegurado respondió que el vehículo sería utilizado para el transporte de carbón y que la naturaleza de los bienes transportados era carbón. El camión tuvo un accidente poco después de haber transportado paja, lo que hacía en ciertas ocasiones. Los aseguradores argumentaron que tal hecho suponía la contravención de la *warranty* y, en consecuencia, su liberación de responsabilidad[49]. La

---

[45] PATTERSON W., EDWIN, «Warranties in insurance law» en *Columbia Law Review*, XXXIV (1934), p. 602.

[46] No obstante, debemos tener presente, como sostienen BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 148, que, tratándose de una cláusula descriptiva del riesgo, no es necesario que el asegurador pruebe una conexión causal entre el incumplimiento y el siniestro. Por lo tanto, a este respecto dicha cláusula es similar a una *warranty* y distinta a una exclusión de cobertura.

[47] Para ilustrar este punto, basta remitirse a *De Hahn v. Hartley* (1786) 1 T.R. 343. En este caso, el asegurado se comprometía, por medio de una *warranty*, a que la nave navegaría desde Liverpool con cincuenta manos a bordo. En el hecho, sólo zarpó con cuarenta y seis, pero sumó otras seis más en Anglesley, muy cerca de Liverpool, por lo que continuó el viaje con cincuenta y dos. Aquello bastó para que el asegurador pudiese liberarse de su responsabilidad en la posterior ocurrencia del siniestro que, por lo demás, no tenía conexión alguna con el incumplimiento de la *warranty*.

[48] [1933] A.C. 240.

[49] La declaración en la propuesta había sido convertida en *warranty* por medio de una *basis of the contract clause*.

House of Lords falló que la cláusula era válida. Una de las razones esgrimidas fue que la declaración concerniente al uso del camión era un término descriptivo del riesgo, por lo tanto, si al tiempo del siniestro el camión era utilizado para transportar carbón, el asegurador era responsable.

Pero, como queda de manifiesto, es bastante complejo encontrar un criterio general que permita distinguir con claridad, en todos los casos, cuando estamos ante una u otra estipulación. No obstante, las Cortes han estimado que cuando el usuario de la cosa asegurada es potencialmente flexible o intercambiable día a día, la declaración acerca de la identidad del usuario es un término meramente descriptivo del riesgo y no una *warranty*. Un ejemplo de esta circunstancia es el usuario de un vehículo motorizado[50].

d) Warranties *de opinión*

Las *warranties* de opinión son menos estrictas que las que hemos revisado con anterioridad. El asegurado sólo se compromete a que los hechos que sostiene son ciertos según su opinión o creencia. En consecuencia, la *warranty* sólo se transgrede en la medida en que pueda probarse deshonestidad o extrema imprudencia al responder erróneamente. Tratándose de *warranties* de opinión, al asegurado sólo se le exige honestidad y debida diligencia en el suministro de información al asegurador[51]. En consecuencia, puede incluso dudarse de su carácter de verdadera *warranty*.

A veces, resultará claro que se está al frente de una *warranty* de opinión, como si el asegurado declara que «no está consciente de algún desorden tendiente a acortar la vida» o que «él estima que las declaraciones son ciertas», o bien, si declara que «las respuestas son ciertas según su mejor conocimiento y creencia». Sin embargo, en ocasiones las *warranties* de opinión surgen en razón de que las palabras en la propuesta han sido mal escogidas por el asegurador, dado que admiten cierto grado de ambigüedad. En tales casos, los jueces serán proclives a interpretar que la cláusula sólo impone una *warranty* de opinión[52].

Por otro lado, los jueces pueden estimar razonable, dependiendo del contexto, interpretar las palabras «falso» o «no cierto», simplemente como deshonesto. Al exigir que la información dada por el proponente no sea fal-

---

[50] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 252. Tal interpretación parece razonable, pues sería absurdo que el asegurado perdiera su derecho a ser indemnizado, por ejemplo, por haber prestado alguna vez su vehículo.

[51] BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 140.

[52] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 248.

sa o no verdadera, basta cualquier diferencia entre la realidad y lo declarado para que el asegurador se libere de responsabilidad. Interpretar «falso» o «no cierto» como deshonesto, excluye el error del asegurado, y sólo le otorga vigor a la *warranty* en caso de lo que en nuestro sistema denominaríamos dolo o culpa grave. De este modo, la exigencia de la *warranty* disminuye al convertirse en una *warranty* de opinión[53].

1.5. Alcance de las *warranties*

La determinación del alcance de las *warranties* viene dada por la interpretación de las mismas. Al referirnos al alcance de las *warranties*, hacemos alusión a la amplitud o estrictez que se les otorga por medio de la interpretación judicial, una vez que se las ha reconocido como tales en el contrato.

Ya hemos visto que las *warranties* suponen un altísimo grado de rigidez en su cumplimiento. Pues bien, esta rigidez ha intentado ser aliviada por los jueces del *Common Law*, a través de la interpretación. Los jueces reducen el alcance de la *warranty*, de manera tal que, entendida en un sentido más limitado que el deseado por su redactor, el resultado es que la *warranty* no ha sido transgredida[54]. Es decir, se acepta su carácter de *warranty*, pero se limita el ámbito del deber que impone al limitarse el alcance de la *warranty* vía interpretación.

El ejemplo más claro de esta tendencia es la ya citada decisión de la *House of Lords* en *Provincial Insurance Co. V. Morgan* (1933)[55], en la que se estableció que la promesa de transportar carbón en un camión, si se considera una *warranty* continua, debe interpretarse razonablemente[56]. En con-

---

[53] *Ibidem*, p. 249. De especial relevancia resulta determinar si la *warranty* es o no de opinión en los casos de seguro de vida, en cuanto a las declaraciones del asegurado con respecto a su estado de salud o enfermedades posteriores. Las declaraciones relativas al estado de salud usualmente serán consideradas *warranties* de opinión, pues los jueces comprenden que el proponente no tiene conocimientos suficientes para vincular síntomas con enfermedades. Las declaraciones relativas a enfermedades pasadas son más proclives a ser vistas como declaraciones de hechos. En consecuencia, no como *warranties* de opinión, por lo tanto, con el efecto de liberar al asegurador en caso de diferencia entre lo real y lo declarado, sin necesidad de deshonestidad.

[54] *Ibidem*, p. 244.

[55] [1933] A.C. 240. Así lo sostienen BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 145.

[56] Aun cuando las *House of Lords* reconoció que la cláusula era descriptiva del riesgo, en consecuencia, con efectos diversos a una *warranty*. *Vid supra* «efecto del incumplimiento de una *warranty*», p. 281.

secuencia, si el camión sufre un accidente después de haber transportado carbón y un poco de paja, es un caso en que el asegurador no puede repudiar su responsabilidad alegando contravención de una *warranty*. La *warranty* continua de transportar carbón debe entenderse como la promesa del asegurado de usar el camión principalmente para transportar carbón. No debe entenderse como una promesa de transportar sólo carbón.

Esta interpretación restringida de las *warranties* se basa en los siguientes principios de interpretación.

a) Propósito

En primer lugar, el aparente tenor literal de la *warranty* debe ser restringido, si produce un resultado inconsistente con el sentido razonable y comercial de la misma[57]. Es decir, el juez debe considerar el propósito central del contrato de seguro, y la *warranty* debe interpretarse de manera tal de no apartarse de dicha finalidad[58].

Este principio se aprecia con claridad en el seguro de responsabilidad civil, al imponerse al asegurado el actuar con precaución razonable[59]. En *Woolfall & Rimmer Ltd. V. Moyle* (1942), el asegurado era un empleador vicariamente responsable por un capataz negligente, que no verificó que un andamio se encontraba en condiciones de ser usado con seguridad[60]. Los aseguradores rechazaron su responsabilidad, alegando que el asegurado había transgredido la cláusula del contrato que le imponía tomar todas las precauciones razonables para prevenir accidentes. La *Court of Appeal* resolvió que tal deber se cumplía, por parte del asegurado, escogiendo a un buen capataz y delegándole razonablemente ciertas labores. La negligencia personal del capataz no le era oponible, pues tal imposición es contraria al sentido del contrato. En palabras de Goddard L. J., sería como si el asegurador dijese «"le aseguraremos su responsabilidad por negligencia con la condición de que no sea negligente"... Eso sería otorgar una indemnización con una mano y quitarla con la otra»[61].

Pero no sólo el propósito del contrato, sino también el propósito de la misma *warranty* es central para su interpretación. Las *warranties*, especialmente las continuas, constituyen defensas por medio de las cuales los ase-

[57] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 244.
[58] CLARKE, M. A., *op. cit.*, p. 531.
[59] Si bien es discutible si tal conducta se impone por medio de una *condition* o *warranty*.
[60] [1942] 1 K.B. 66.
[61] *Ibidem*, pp. 66-67.

guradores pueden delimitar el riesgo asumido. En consecuencia, la interpretación de las *warranties* no debe extenderse más allá que lo necesario para la consecución de este fin. Así, en el seguro contra robo, al exigirse que un inmueble esté «siempre ocupado», no significa que se requiera que «nunca esté desatendido», sino, simplemente, que sea «usado como residencia». Esto es suficiente para satisfacer el propósito de la *warranty*, cual es crear una disuasión contra el robo: dejar a los potenciales ladrones con la duda de si serán molestados si ingresan al inmueble asegurado[62].

b) Interpretación contra absurdo

En segundo lugar, las *warranties* deben ser interpretadas de manera tal de favorecer la respuesta viable. Ciertas preguntas en la propuesta pueden ser muy amplias, o requerir información muy extensa, detallada y hasta íntima. En estos casos, los jueces interpretan las respuestas a tales preguntas de manera más restringida, de forma de hacer viable o factible una respuesta por parte del asegurado. A través de esta restricción, logran que se considere que la pregunta ha sido respondida de forma correcta por el asegurado, inhibiendo el efecto que tendría la *warranty* de estimarse incumplida[63].

Lo anterior puede estimarse como una interpretación que pretende evitar resultados absurdos a los que puede llegarse por medio de la interpretación literal. Esto, a pesar de que no exista ambigüedad en la formulación de la pregunta[64].

Por ejemplo, en *Connecticut Mutual Life v. Moore* (1881) se preguntó al proponente de seguro de vida si había tenido otro padecimiento, enfermedad local o lesión personal[65]. El asegurado respondió que no y, al hacerlo, omitió una enfermedad leve. Se resolvió que no era posible esperar de un hombre adulto que recordara cada pequeña dolencia que había tenido a lo largo de su vida. En consecuencia, «lesión personal» debe interpretarse como «lesión personal seria».

En el mismo sentido, en *Australian Agricultural Co. v. Saunders* (1875), se preguntó al asegurado si estaba doblemente asegurado[66]. Se trataba de transporte multimodal, por mar y tierra, y el asegurador de transporte te-

[62] CLARKE, M., *op. cit.*, p. 532.
[63] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 245.
[64] CLARKE, M., *op. cit.*, p. 532.
[65] (1881) 6 App.Cas. 644.
[66] (1875) L.R. 10.

rrestre imponía como condición del pago de la indemnización, la declaración de la existencia de doble seguro o de una posible sobreposición de dos coberturas. Donde el mar se junta con la tierra, existía posibilidad de sobreposición de coberturas, lo que no fue declarado por el asegurado. El siniestro tuvo lugar en un almacén, mientras las mercaderías esperaban ser embarcadas. El asegurador terrestre negó su responsabilidad, alegando incumplimiento de la *warranty*. Finalmente, se falló que no podía entenderse que la posibilidad de una sobreposición de coberturas accidental fuese doble aseguración como en la forma señalada en la propuesta.

c) Contra proferentem

Este es el principio fundamental de interpretación de las *warranties*, en orden a mitigar la rigidez del efecto de su incumplimiento[67]. En caso de ambigüedad, las *warranties* serán interpretadas contra el redactor, es decir, contra el asegurador. En la propuesta, si hay ambigüedad en la pregunta hecha al proponente (futuro asegurado), ésta será interpretada estrictamente contra el asegurador, en el sentido en que fue justa y razonablemente entendida por el asegurado[68]. En consecuencia, si el asegurado entiende la pregunta o una afirmación en un sentido particular, que no puede estimarse irracional, el asegurador no puede pretender que se le dé el significado que más le favorece[69].

Utilizando esta cláusula, los tribunales han interpretado los contratos de un modo que limita con la declaración de nulidad parcial. Por ejemplo, en el caso de un seguro sobre una fábrica de textiles, se estipuló una *warranty* de que la fábrica sólo funcionaría de día. Los aseguradores alegaron que existía incumplimiento de la *warranty*, pues un motor de la fábrica había trabajado día y noche. Se falló que el trabajo de uno solo de los motores de la fábrica no implicaba el trabajo de la fábrica. En consecuencia, se rechazó la defensa del asegurador[70].

Se ha señalado que la regla de interpretación *contra proferentem* se vincula a la empatía de los jueces con la gente común no habituada a las complejidades de las pólizas de seguro. En especial, teniendo presente que los abogados de los aseguradores pueden actuar con mayor diligencia para eliminar las ambigüedades. Esto no quiere decir que el asegurado puede ex-

[67] BIRDS, JOHN y HIRD, NORMA J., *op. cit.*, p. 145.
[68] CLARKE, M. A., *op. cit.*, p. 533.
[69] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 246.
[70] *Ibid*, p. 246.

plotar posibles ambigüedades, si es que una persona de normal inteligencia, al reflexionar, puede determinar el sentido real. En este sentido, la regla de interpretación *contra proferentem* se subordina al principio de interpretación contra absurdo[71].

1.6. Incumplimiento de una *warranty*

a) Carga de la prueba del incumplimiento

Los aseguradores usualmente crean *warranties* en el contrato a través de la utilización de cláusulas generales que especifican su efecto. Normalmente tales cláusulas indican que el cumplimiento de la *warranty* es condición precedente al derecho del asegurado a recuperar, o bien, que el incumplimiento de la *warranty* tiene como efecto la terminación del seguro[72].

En la práctica, el asegurado hará el respectivo reclamo, y el asegurador, advirtiendo el incumplimiento de una *warranty*, negará el pago de la indemnización. El asegurado recurrirá a la justicia, como demandante. El asegurador, como demandado, opondrá el incumplimiento de la *warranty* como defensa.

El derecho inglés sólo exige que el asegurado pruebe que el siniestro ha sido provocado por un riesgo cubierto en la póliza. La extensión de la prueba dependerá del tipo de riesgo[73]. En consecuencia, bastará que el asegurado pruebe que el siniestro ha tenido su causa en un riesgo cubierto para que el juez condene al asegurador al pago. Si el asegurador desea impedir tal resultado, deberá probar el incumplimiento de la *warranty*. Por lo tanto, la prueba del incumplimiento de una *warranty*, tal como ocurre con la prueba de un riesgo no cubierto, corresponde al asegurador.

Las partes pueden pactar que la carga de la prueba del cumplimiento de la *warranty* corresponda al asegurado. Sin embargo, se requeriría que tal

---

[71] *Ibid*, p. 246-247. En *York v. Yorkshire Insurance* [1918] 1 K.B. 662, se preguntó al asegurado «¿Qué enfermedad ha sufrido?», a lo que éste respondió: «Ninguna de gravedad». La veracidad de la respuesta se garantizó por medio de una *warranty*. Lo cierto es que el asegurado había tomado una sobredosis de un medicamento llamado *Veronal*, por lo que estuvo en condición crítica durante algún tiempo. La defensa del asegurado argumentó que la palabra «enfermedad» era ambigua y, por lo tanto, debía ser interpretado a favor del asegurado. Se falló que la palabra «enfermedad» debía interpretarse en forma comercial y equitativa, y que la respuesta del asegurado no implicaba sólo una opinión, sino que era una combinación de opinión y hecho. En consecuencia, en este caso la palabra enfermedad no era ambigua, y el asegurado había respondido mal.

[72] CLARKE, M., *op. cit.*, p. 538.

[73] *Idem.*

cláusula fuese escrita de manera muy clara y precisa para «alterar lo que ha sido un principio establecido del Derecho de seguros por más de un siglo»[74]. Más aún, existe tal consenso en cuanto a este principio, que ni aun el pacto de la *warranty* como *condition precedent* se estima suficiente para modificarlo[75].

b) ¿Cuándo se entiende incumplida una warranty*?*

Ya hemos visto cómo las *warranties* constituyen términos contractuales de extremo rigor, cuyo pacto no exige determinación con relación al riesgo, ni tampoco relación causal con la generación del siniestro que provoca el reclamo. Además, su cumplimiento debe ser estricto. Sin embargo, se ha intentado morigerar tal rigor por medio de la interpretación de los requisitos necesarios para entender que una *warranty* ha sido incumplida[76].

Primeramente, por medio de la interpretación estricta contra el redactor, un incumplimiento ocasional no supone transgresión. Así, en *Dobson v. Sotheby* (1827), un granero asegurado fue descrito como un lugar donde no se hace fuego, y no se depositan bienes peligrosos[77]. Sin embargo, para ser reparado, se debió ingresar elementos inflamables al granero. Se produjo un incendio, y el asegurador negó su responsabilidad alegando contravención a una *warranty*. Se falló que la cláusula debía entenderse como prohibitiva sólo del uso habitual de fuego, no de su ocasional introducción, indispensable para la reparación del granero.

En segundo término, puede ignorarse una interpretación literal que dé como resultado el que se tenga por incumplida una *warranty*. Por ejemplo, en *National Protector Fire Ins. Co. v. Nivert* (1933)[78], el asegurado se comprometió, por medio de una *warranty*, a declarar todo seguro subsiguiente que cubriese la misma propiedad asegurada. El asegurado declaró un segundo seguro, pero no un tercero, que fue contratado para reemplazar al segundo. Se resolvió que el término debía interpretarse en un sentido ra-

---

[74] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 260.

[75] Si determinada prestación es condición precedente de la responsabilidad de la contraparte, quien deba cumplir la condición precedente deberá probar que la ha ejecutado. Sin embargo, la declaración de que una *warranty* es condición precedente del derecho del asegurado a recuperar, no es suficiente para alterar la carga de la prueba, pues es el asegurador quien deberá probar el incumplimiento para liberarse de responsabilidad. Esto prueba que una *warranty* no es una *condition precedent*, a pesar de sus similitudes.

[76] CLARKE, M. A., *op. cit.*, p. 541.

[77] (1827) M&M 90.

[78] [1933] A.C. 240.

zonable, teniendo en cuenta la naturaleza comercial de las transacciones de seguros.

En tercer lugar, por medio de una interpretación literal, puede esquivarse el efecto del genuino sentido de la estipulación. El ejemplo clásico es *Hide v. Bruce* (1783)[79]. Se garantizó por medio de una *warranty* que una nave zarparía con veinte cañones. Sin embargo, la nave no tenía tripulación suficiente para maniobrar los cañones. Por consiguiente, el propósito de la *warranty* no podía ser satisfecho. No obstante, se falló que se había cumplido con la *warranty*.

A pesar de que los casos citados son técnicamente precisos, estimamos que deben considerarse como excepcionales. Son la expresión del constante deseo de los jueces ingleses de aplacar la rigurosidad del efecto de las *warranties* por medio de la interpretación. Pero no quiere decir que lo anterior refleje el estado general del Derecho del contrato de seguro.

c) Posibilidad de excluir el efecto del incumplimiento

En primer lugar, cabe preguntarse si la imposibilidad de cumplir una *warranty* impide que el asegurador utilice la contravención como defensa. Se ha fallado que la imposibilidad de ejecutar una condición del contrato, no excusa al asegurado, a menos que haya sido siempre imposible desde la época de celebración del contrato[80]. La verdad es que alegar imposibilidad no resulta conveniente para el asegurado, pues el efecto de la imposibilidad en el Derecho de los contratos inglés es la terminación del contrato. En consecuencia, no puede alegarse imposibilidad y a la vez pretender que el contrato de seguro siga vigente para obtener indemnización[81].

No obstante, el artículo 34(1) de la MIA establece dos casos en que se excusa el incumplimiento de una *warranty*[82]. En primer lugar, en caso de un cambio de circunstancias, en razón del cual la *warranty* deja de ser aplicable a las circunstancias del contrato. Sin embargo, «existen muy pocos casos en que el asegurado haya utilizado exitosamente esta disposición»[83]. En segundo lugar, el cumplimiento de una *warranty* se excusa si tal cumplimiento se estimase ilegal por una ley subsecuente. Pero evidentemente esto

---

[79] (1783) 3 Doug 213.

[80] *Worsley v. Wood* (1796) 6 TR 710. Según CLARKE, M., *op. cit.*, p. 544, este fallo es aplicable al incumplimiento de una *warranty*.

[81] *Idem*.

[82] *Marine Insurance Act* (1906).

[83] MCGEE, *op. cit.*, p. 238.

también supone una situación excepcional. Además, no existe claridad acerca de si esta disposición es aplicable a seguros no marítimos[84]

Una situación que puede asimilarse a la imposibilidad es la ignorancia[85]. De este modo, si un asegurado incumple desde el principio una *warranty*, no porque ella haya sido inherentemente imposible de ejecutar, sino porque el asegurado no supo de la *warranty* ni tuvo oportunidad de conocerla, el seguro puede estimarse aún en pie. En rigor, esto no se debe a que la *warranty* no pueda ser cumplida, sino a que la *warranty* no era un término del contrato o no se pretendía aplicar hasta comunicarse al asegurado[86].

1.7. Renuncia al efecto de la *warranty*

a) ¿Renuncia o estoppel*?*

Al hablar acerca de la renuncia al efecto de la *warranty* incumplida, podríamos entender que hacemos referencia a la expresión inglesa *waiver*, que tradicionalmente se traduce como renuncia[87]. Sin embargo, no existe claridad en el derecho de seguros inglés acerca de la naturaleza de la expresión *waiver*. Se ha sostenido que *waiver* «no es una expresión del arte y ha sido criticada como vaga»[88].

En verdad, al hacer una referencia genérica a *waiver* como renuncia, hacemos alusión a la actitud del asegurador consistente en el abandono de un derecho o una defensa que pueden surgir como resultado de una elección, o bien, de la creación de un *estoppel* que le impide utilizar ciertos derechos contractuales contra el asegurado[89].

---

[84] *Idem*. En el mismo sentido, CLARKE, M., *op. cit.*, p. 544.

[85] La ignorancia debe ser respecto de la existencia misma de la *warranty*. La ignorancia de los hechos que se declaran no es obstáculo al efecto de la *warranty*. Así, sostienen LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 248, que «ha sido reconocido por las cortes en Inglaterra que un asegurador puede requerir que el asegurado garantice por medio de una *warranty* la exactitud de todas las afirmaciones hechas por él en la propuesta independiente de su propio conocimiento personal».

[86] CLARKE, M. A., *op. cit.*, p. 545.

[87] GALIMBERTI, BEATRIZ y RUSELL, ROY (eds.) *The Oxford spanish dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 1994, señala que *waiver*, con relación a un reclamo o derecho, significa renuncia. Aún más, puede llamarse *waiver* al documento de renuncia.

[88] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 265.

[89] *Idem*. En el Derecho de contratos, CARTER, J., *op. cit.*, p. 352, ha señalado que el concepto mismo de *waiver* «es vastamente parasitario, en el sentido que *waiver* siempre parece ser una conclusión justificada por principios que crean otros conceptos como elección o *estoppel*».

En cuanto a la primera actitud, la regla general en el *Common Law* establece que la parte agraviada, por la repudiación ilegítima de un contrato, tiene derecho a elegir si termina el contrato o lo hace subsistir[90]. En lo que respecta al Derecho de seguros, si surge para el asegurador una defensa contra el reclamo del asegurado, nace la opción de ejercer esa defensa o no ejercerla. Si el asegurador conoce su derecho a repudiar el reclamo y los hechos que han generado aquella defensa, pero actúa de tal manera que evidencia su decisión de abandonar su derecho, se estimará que ha elegido no ejercer su derecho contra el asegurado, y esa elección es irrevocable[91].

Con relación al *estoppel*, podemos señalar que el centro de gravedad se traslada desde la conducta del asegurador al asegurado. La finalidad del *estoppel* es impedir la injusticia que supone la confianza de una parte en la conducta de la otra. Al tratarse del incumplimiento contractual, el *estoppel* intenta remediar aquellas situaciones en que el titular de un derecho a terminar el contrato genera la impresión inequívoca en la otra parte de que perseverará en el contrato[92]. En consecuencia, más que la conducta de una parte, lo relevante es la impresión que tal conducta genera en la otra[93]. Por esto, el *estoppel* debe estar basado en la representación de un hecho actual o futuro (*promissory estoppel*), representación que debe ser clara e inequívoca[94].

De este modo, las diferencias entre elección y *estoppel* son las siguientes: en primer lugar, la elección requiere que la parte que la ejerce conozca los hechos y derechos a que renuncia. En cambio, esta exigencia no es aplicable al *estoppel* con el mismo grado de rigor, pues, como hemos dicho, lo relevante es que sea equitativo permitir a la parte confiar en la representación[95]. En segundo lugar, la elección es irrevocable, en cambio, el *es-*

---

[90] TREITEL, G., *op. cit.*, p. 1015.

[91] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 265.

[92] Dixon J., sostuvo en *Thompson v. Palmer* (1933) 49 C.L.R. 507 at 547, que «el objeto del *estoppel* es prevenir una injusta ¿partida? de una persona desde un supuesto asumido por otra en razón de cierta conducta u omisión que, a menos que la suposición asumida sea mantenida, generará daño en aquella otra».

[93] CLARKE, M., *op. cit.*, p. 549, señala que una de las diferencias clave entre *waiver* y *estoppel*, es que el derecho concerniente al *estoppel* está menos interesado en el conocimiento del asegurador acerca del incumplimiento de una *warranty* que con el efecto de las palabras o conductas en el asegurado.

[94] CARTER, J., *op. cit.*, p. 356.

[95] Así, podría considerarse que hay *estoppel* si el asegurador no se informó de los hechos o de su derecho por su propia negligencia. CLARKE, M., *op. cit.*, p. 548, propone que podría entenderse que existe *estoppel* si, a pesar de la ignorancia, la conducta del asegurador hace suponer que le es indiferente la posibilidad de incumplimiento.

toppel puede significar sólo la suspensión del ejercicio del derecho a oponer la defensa[96].

La distinción entre elección (*waiver*) o *estoppel*, en lo que respecta a las *warranties*, se torna aún más compleja a la luz de la decisión en *The Good Luck* (1991)[97]. En este caso, se resolvió que el incumplimiento de una *warranty* provoca la terminación automática del contrato de seguro. ¿Cómo podría entonces existir *waiver*, que supone elección entre la subsistencia del contrato y su terminación? Da la impresión que desde *The Good Luck* en adelante sólo se puede hablar de *estoppel* y no de *waiver* en el contrato de seguros[98].

No obstante, podría estimarse que aún es posible hablar de *waiver* en un caso: si el contrato de seguro regula los efectos de la terminación y el funcionamiento de la renuncia o *waiver*. Puede ocurrir que el mismo contrato contemple circunstancias que serán consideradas o no como *waiver* o renuncia. En este caso, según Clarke, «los términos de la póliza modifican la regla supletoria, que establece que el incumplimiento de una *warranty* automáticamente descarga el contrato»[99].

En consecuencia, salvo la excepción mencionada, más que renuncia al efecto del incumplimiento de una *warranty*, aquellos casos deben entenderse como casos de *estoppel*[100].

b) Prueba de la renuncia

Hemos sostenido que, por regla general, el asegurado puede alegar *estoppel* y no renuncia del derecho del asegurado al oponer el efecto del incumplimiento de una *warranty*. También, que el *estoppel* se funda en la creencia que ha generado en una parte la actitud de la otra. Por consiguiente, tratándose de la relación entre asegurado y asegurador con res-

---

[96] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 266.

[97] *Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual war Risks Association (Bermuda) Ltd, The Good Luck* [1991] 2 W.L.R. 1279.

[98] No obstante, la MIA 34(3) aún habla de *waiver* de los efectos de la *warranty* incumplida y lord Goff, en *The Good Luck*, sugiere que puede existir *waiver* en este caso.

[99] CLARKE, M., *op. cit.*, p. 549. *Cfr.* LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 267, quienes sostienen que «un asegurado que desea sostener que un asegurador ha renunciado a un incumplimiento de una *warranty* debe, para ello, establecer renuncia por *estoppel*. El mismo análisis debe ser verdadero en el caso de renuncia al incumplimiento de una condición precedente a la responsabilidad que otorga una defensa a todos los reclamos originados después del incumplimiento».

[100] *Idem.* CLARKE, M. A., *op. cit.*, p. 549.

pecto al incumplimiento de una *warranty*, parece adecuado sostener lo siguiente: «la carga sobre el asegurado que alega renuncia al incumplimiento de la *warranty* consiste en establecer su confianza sobre una representación inequívoca del asegurador, por medio de palabras o conducta, de que su intención es no utilizarla como defensa ante su responsabilidad bajo la póliza»[101].

c) Inconsistencia en la conducta del asegurador

¿Cuáles se han estimado como «representaciones inequívocas» de esta voluntad del asegurador? La clave de esta respuesta parece encontrarse en la noción de inconsistencia: si el asegurador demuestra inconsistencia entre su conducta con la voluntad de utilizar el incumplimiento de la *warranty* como defensa. Ello puede inducir al asegurado a incurrir en problemas, gastos y retrasos, por lo que equitativamente puede prohibirse al asegurador confiar en tal incumplimiento[102]. Es por esta razón que se ha estimado que puede alegarse exitosamente *estoppel* en los siguientes casos:

i) Aceptación de una prima: si el asegurador acepta una prima por parte del asegurado, está manifestando clara e inequívocamente su intención de reafirmar el contrato[103]. A menos, claro está, que la prima se haya devengado con anterioridad al incumplimiento de la *warranty*.
ii) Renuncia en el manejo de un reclamo: si se realiza un reclamo por parte del asegurado y el asegurador, conociendo el incumplimiento de una *warranty*, maneja o administra el reclamo dando a entender que no opondrá el incumplimiento como defensa. En este caso, el asegurado puede alegar exitosamente que existe *estoppel*[104].

---

[101] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 267. Como hemos visto, la carga de la prueba corresponde al asegurado. Sin embargo, existe un caso en que se ha fallado que al asegurador corresponde tanto la prueba del incumplimiento de la *warranty* y, además, de que tal incumplimiento no ha sido renunciado (*Marcovitch v. Liverpool Victoria friendly Sy* (1912) 28 TLR 188). Nos parece que esta interpretación impone una carga excesiva al asegurador.

[102] *Toronto Railway Co. V. National British & Irish Millers Insurance Co. Ltd.* (1914) 111 L.T. 555.

[103] *Cia. Tirrena Assiccurazioni v. Grand Union Ins. Co.* [1991] 2 Lloyd's Rep. 143.

[104] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, pp. 269-270, señalan, por ejemplo, que si el asegurador realiza gestiones para descubrir información que el asegurado no le ha dado, aquello puede considerarse renuncia. También, si el asegurador disputa el reclamo en función de circunstancias desconectadas con el incumplimiento de una *warranty*, puede

iii) Acuerdo de una nueva póliza: si se renueva la póliza o se acuerda una nueva, con conocimiento del asegurador del incumplimiento de la *warranty*. Por regla general, deberá estimarse que el asegurador renuncia a su derecho a oponer el incumplimiento como defensa.

iv) Cancelación de la póliza: si con conocimiento de un incumplimiento de *warranty*, el asegurador, en vez de considerar el contrato como automáticamente terminado, notifica al asegurado de la cancelación del contrato, en cumplimiento de una cláusula de terminación unilateral[105].

v) Retraso: si el retraso en responder al asegurado si indemniza o no, es tan poco razonable como para considerarse excesivo, puede estimarse propiamente como evidencia de una decisión de afirmar el contrato. En tal supuesto, puede entenderse renuncia por *estoppel* si el asegurado, creyendo que los aseguradores han evidentemente decidido no rescindir el contrato, decide en un caso apropiado no asegurarse con otro asegurador[106].

Finalmente, es necesario tener presente que la renuncia o *estoppel* pueden significar que el asegurado condona su derecho a oponerse a un reclamo determinado, o bien, dispensa el cumplimiento actual y futuro de la *warranty* u otro término contractual. El asegurador debe tener sumo cuidado en no dar al asegurado la impresión errónea, pues aquello puede considerarse renuncia al cumplimiento del término. Se trata de un asunto de interpretación en cada caso[107].

d) Conocimiento de la inejecución

Como hemos dicho, el conocimiento del asegurador respecto de las circunstancias del incumplimiento no es, en estricto rigor, un requisito del

---

sostenerse que su intención es obviarla. Por el contrario, no hay renuncia cuando los aseguradores, en respuesta a un reclamo, simplemente niegan su responsabilidad en términos amplios, sin dar razones específicas, pues no está claro si su intención fue renunciar al incumplimiento de una condición que conocían.

[105] *Mint Security Ltd. v. Blair* [1982] 1 Lloyd's Rep. 188.

[106] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 274. Citan en favor de esta posición a *Clough v. L.N.W.R.* (1871) L.R. 7, 26 y *Morrison v. Universal Marine Ins. Co.* (1873) L.R. 8, 197. *Cfr. Allen v. Robles, Cmpagnie Parisienne de Garantie (Thir Party)* [1969] W.L.R. 1198, donde se falló que el asegurador tiene derecho a retrasarse tanto cuanto desee, sujeto a la pérdida de su derecho a repudiar su responsabilidad si: el retraso ocasiona daño al asegurado, o en alguna forma intervienen derechos de terceros, o el lapso es, en sí mismo, evidencia de una intención de confirmar su responsabilidad.

[107] *Ibidem*, p. 270.

estoppel. Podría ocurrir que el *estoppel* fuese igualmente oponible, en caso de que el asegurador demostrara con su conducta que el incumplimiento de la *warranty* le es indiferente. Por otro lado, lo mismo podría sostenerse si el asegurador ha sido gravemente negligente en el conocimiento de las circunstancias. En todo caso, y a pesar del estado actual del Derecho después de *The Good Luck* (1991), aún debe haber cierta preocupación en cuanto al conocimiento del asegurador. No es lógico que un asegurado confíe en que el asegurador no opondrá la inejecución de una *warranty* de la que no se ha percatado, pues lo racional es esperar que la oponga cuando se entere de ello. En consecuencia, será difícil en estos casos alegar un *estoppel* contra el asegurador. Por su parte, en los casos en que aún se puede hablar de *waiver*, el conocimiento del asegurador es necesario. Se ha fallado que, tratándose de renuncia al derecho de oponer la *warranty* como defensa, la elección no surge a menos que el asegurador conozca todos los hechos. Ser puesto en alerta de que existe un incumplimiento es insuficiente: se deben conocer todos los hechos. Además, el asegurador debe tener tiempo suficiente para deliberar. Antes de un tiempo razonable, no puede sostenerse que el asegurador haya tenido una verdadera elección[108].

¿Qué ocurre si el asegurado informa al agente del asegurador sobre la contravención de la *warranty*? ¿Puede estimarse que el conocimiento del agente es el conocimiento del asegurado? La respuesta a estos interrogantes debe darse desde la perspectiva del asegurador y del asegurado.

Con respecto al asegurador, la regla consiste en que el conocimiento del agente se le atribuye al primero. Esto, a condición de que sea deber del agente informar al asegurador, y a pesar de que el agente no cumpla con su deber, con o sin fraude, a menos que el asegurado conozca el fraude[109].

Por su parte, el asegurado tiene el deber de traspasar la información al agente que tenga, aparentemente, el poder suficiente para representar al asegurador. El asegurador responde a pesar de que el agente, por su culpa, no lo haya informado[110]. Mientras el asegurado ponga la información en el canal relevante, cumple[111]. Lo que suceda con la información en la organización del asegurador es su propio asunto[112].

---

[108] *McCormick v. National Motor & Accident Ins Union Ltd.* (1934) 49 Ll.L.Rep. 361.

[109] CLARKE, M., ob. cit., p. 550.

[110] En *Wing v.Harvey* (1854) 5 De G, M&G 265, se falló que una oficina con autoridad para recibir el pago de primas era el canal adecuado para recibir información sobre el incumplimiento de una *warranty*.

[111] Restatement (2d) of the Law of Agency, sec. 278.

[112] *Evans v. Employers Mutual Ins Assn Ltd.* [1936] 1 K.B. 505. *Cfr. Mahli v. Abbey Life Assurance Co. Ltd.* [1994] C. L. C. 615. En este caso, el solo hecho de que la compañía tuviera en su poder propuestas que, en contraste con propuestas anteriores, revelarían in-

e) Confianza del asegurado

Uno de los requisitos del *estoppel* es la confianza. En el caso del incumplimiento de las *warranties*, la renuncia no es irrevocable hasta que el asegurado haya confiado en ella[113]. Sin embargo, tratándose de *estoppel*, la confianza del asegurado es esencial.

La confianza del asegurado debe ser razonable. Por ejemplo, el agente a quien se entrega la información debe tener, al menos, apariencia de autoridad para recibir la información sobre el incumplimiento de la carga. La confianza debe traducirse en hechos positivos del asegurado como, por ejemplo, el pago de primas, no buscar cobertura alternativa o no defenderse ante la demanda de responsabilidad de un tercero, en el caso del seguro de responsabilidad civil[114].

f) Cláusulas relativas al estoppel *o* waiver

Las partes pueden disponer del efecto del incumplimiento de una *warranty*, aun anticipadamente a través de estipulaciones contractuales. Este es el efecto de una *held covered clause* y de una *indisputable clause*.

Tal fue lo ocurrido en *Kumar v. AGF Insurance Ltd.* (1998), donde la póliza estipulaba que el asegurador se comprometía, por ninguna razón, a anular, rescindir o repudiar la póliza[115]. El asegurador intentó alegar incumplimiento de *warranty*, pues el efecto automático de la *warranty* no podía asimilarse ni a la nulidad, rescisión o repudiación. Se falló que la intención de la estipulación era impedir que los aseguradores evitaran su responsabilidad por cualquier medio. Se ha estimado que la decisión es correcta, pero su aplicación parece quedar confinada a la especial situación del seguro de indemnización profesional[116].

---

cumplimientos de *warranty*, no constituyó *waiver*. A nuestro entender, más que una excepción a la regla general, es una aplicación del principio de razonabilidad dentro de la misma regla.

[113] *Morrison v. Universal Marine* (1873) LR 8 197.

[114] CLARKE, M., *op. cit.*, p. 555.

[115] [1998] 4 All ER 788.

[116] MCGEE, A., *op. cit.*, p. 239. Esto debido a que en tales seguros es posible encontrar un equilibrio en el poder negociador de las partes que permite la estipulación de una cláusula como la comentada.

2. *CONDITIONS*

2.1. Distinción entre *conditions* y *warranties*

En general, los términos del contrato de seguros se denominan *conditions* o *warranties*[117]. Ya hemos visto que existe cierta claridad respecto al concepto de *warranty* en el contrato de seguros[118]. No ocurre lo mismo con respecto al alcance y significado de la expresión *conditions* en el contrato de seguros. Recordemos que, en lo que respecta al derecho general de los contratos, la *condition* consiste en un término cuyo incumplimiento da derecho a la parte dañada a resolver el contrato, o a pedir su cumplimiento, pero en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios. Como se desprende de este concepto, en el contrato de seguros, las *warranties* son términos que cumplen una función asimilable a las *conditions* en el Derecho de contratos.

¿Es, entonces, una *condition* en el contrato de seguro asimilable a una *warranty* en el Derecho de contratos? ¿Es una *condition* un término cuya transgresión sólo da derecho a perjuicios y no puede provocar la terminación del contrato? La respuesta a esta pregunta no es clara. Una *condition* en el contrato de seguro puede tener el efecto de una *condition* en el derecho de contratos en general. «Pero igualmente puede ser una obligación que debe ser cumplida antes que pueda hacerse un reclamo o simplemente una estipulación colateral. Algunas *conditions* en el contrato de seguros no imponen, en rigor, obligaciones al asegurado, sino que constituyen meras declaraciones de derechos, o extienden derechos conferidos al asegurado por el Derecho general»[119]. Así, el resultado de los efectos de un término reconocido como *condition* dependerá principalmente de cómo se ha redac-

---

[117] MERKIN, R., *op. cit.*, p. 139. BIRDS, JOHN , «Insurance contracts» en BIRDS, JOHN; BRADGATE, ROBERT y VILLIERS, CHARLOTTE, *Termination of contracts*, Wiley Chancery, West Sussex, 1995, p. 90, agrega *terms descriptive of the risk.*

[118] A pesar de que IVAMY, E. R. HARDY, *General principles of insurance law*, Butterworths, 6.ª edic., Londres, 1993, pp. 293-323, señala que los términos del contrato de seguro son solamente las *conditions*. Reserva las *warranties* (que denomina *promissory warranties*) al contrato de seguro marítimo. También ha sido usual que la jurisprudencia confunda los términos *warranty* y *condition*, especialmente tomando como sinónimos las *warranties* y las *conditions precedent* (BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 141).

[119] MERKIN, R., *op. cit.*, p. 139. En el mismo sentido, MCGEE, *op. cit.*, p. 239, quien sostiene que se puede distinguir entre dos tipos de *conditions*. Por un lado, *simple conditions*, cuyo incumplimiento sólo da lugar a indemnización de perjuicios. Por el otro, *conditions precedent to liability*, cuyo efecto consiste en que el asegurador no es responsable por siniestros ocurridos durante el período de incumplimiento.

tado en la póliza y cómo se relaciona con otros términos de una misma cláusula u otras relacionadas. Se trata, en fin, de un problema de interpretación contractual.

No obstante, esto no quiere decir que sea imposible distinguir entre *conditions* y *warranties*. La primera distinción es una cualitativa: puede sostenerse, en general, que las *conditions* usualmente son términos que no se relacionan directamente con el riesgo cubierto o con declaraciones de estados de cosas, sino que constituyen «promesas colaterales o estipulaciones»[120]. Por consiguiente, una *condition* usualmente tendrá una función distinta y menos relevante que una *warranty* en el contrato de seguro.

En segundo lugar, existirían diferencias en cuanto a la forma en que una *condition* o *warranty* produce sus efectos. Así, se ha fallado que el incumplimiento por parte del asegurado de una *condition* puede ser relevado por el juez, si se estima que el cumplimiento se ha hecho innecesario[121]. En cambio, sabemos que el cumplimiento de una *warranty* es estricto. Basta un mínimo incumplimiento para liberar al asegurador de su obligación contractual automáticamente. Por otro lado, el incumplimiento de una *condition* sólo puede alegarse si ha causado el siniestro[122]. Sin embargo, estas conclusiones son discutibles, ya que se ha fallado exactamente lo contrario en casos concernientes a *conditions precedent*[123].

---

[120] BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 152. Consideramos que *collateral promises or stipulations* puede entenderse como deberes accesorios, pues sólo otorgan derecho a indemnización de perjuicios.

[121] En *Lickiss v. Milestone Motor Policies* [1966] 2 all E.R. 972, el motociclista asegurado dañó culposamente a un taxi en un accidente. Su póliza le cubría contra responsabilidad por daños a terceros, pero le imponía dar a su asegurador detalles sobre el accidente tan pronto como fuera posible. También comunicarle toda citación, notificación o demanda. El asegurado no informó al asegurador del accidente ni le envió la citación recibida. Sin embargo, el taxista informó al asegurador sobre el accidente, y la policía envió información detallada al asegurador. Se falló que el asegurado no había contravenido la *condition* respectiva. Esto, en razón de que a pesar de que el motociclista asegurado no había cumplido él mismo con la *condition*, el asegurador había obtenido toda la información necesaria a tiempo.

[122] Tal es el principio que parece desprenderse de *Lane v. Spratt* [1970] 2 Q.B. 480 y *Port-Rose v. Phoenix Assurance plc* (1986) 136 N.L.J. 33. Ambos casos tratan sobre un término que imponía al asegurado actuar con el debido cuidado en un seguro de responsabilidad civil. En las dos causas se falló que el asegurador sólo podía liberarse de su responsabilidad en razón del incumplimiento de tal término (*condition*), si existía relación causal entre la negligencia del asegurado y el siniestro.

[123] En *Conn v. westminster Motors Ins. Assoc.* [1966] 1 Lloyd's Rep. 407 y *Provincial Ins. Co. v. Morgan* [1933] A.C. 240, se sostienen principios contrarios. Según estos casos, no se requiere conexión causal entre incumplimiento de *condition* y siniestro. Además, el asegurado no puede alegar que el perjuicio provocado por el incumplimiento de la *condition* ha sido reparado antes del reclamo.

Por su parte, no es necesario que el asegurador pruebe daño como consecuencia del incumplimiento de la *warranty*. Tampoco es posible que el asegurado se excuse alegando que el incumplimiento de la *warranty* no le ha generado daño.

En síntesis, podemos afirmar que existen diferencias en cuanto a la función de las *conditions* y *warranties* en el contrato. También, en cuanto a las características o forma de producir sus efectos, en lo relativo a la estrictez en el cumplimiento y la necesidad o no de establecer relación causal entre incumplimiento y siniestro.

No obstante, los efectos de las *conditions* estarán determinados por la forma en que sean estipuladas en la póliza[124]. Con relación a los distintos efectos que puede producir una *condition*, podemos distinguir entre *conditions precedent to enforceability*, *conditions precedent to liability*, *suspensive conditions*, *collateral promise*, *innominate terms* y, *duties to be performed by the assured*. Todas estas categorías son intentos doctrinales de sistematizar las diversas formas y efectos de las estipulaciones de la póliza que pueden considerarse *conditions*, pero debe tenerse presente que se trata de tipos flexibles, y que las fronteras entre unos y otros son difusas. Más aún, evolucionan tan rápido como las necesidades de sus redactores, especialmente como reacción a fallos que interpretan tales cláusulas de manera más favorable a los asegurados.

2.2. Tipos de *conditions*

a) Conditions precedent to enforceability

En general, las *conditions precedent* son términos del contrato de seguro, por los cuales el asegurador pretende garantizar el cumplimiento de una estipulación. Por regla general, si un término del contrato se incumple, sólo dará derecho a indemnización de perjuicios. Esto se debe a que tal término es una *mere condition* en el contrato, no un término fundamental. Tal circunstancia, en opinión de algunos, es insatisfactoria para el asegurador, pues sin importar la relevancia del incumplimiento del asegurado, el asegurador aún debe cumplir su parte del contrato. En consecuencia, la indemnización de perjuicios les otorga «poca o ninguna protección»[125]. Se ha dicho que, «por lo tanto, en orden a asegurar el cumplimiento de la estipulación, existe la práctica de los aseguradores de convertir en condiciones

[124] En este sentido, IVAMY, E., *op. cit.*, p. 299.

[125] IVAMY, E., *op. cit.*, p. 296.

[precedentes] aquellas estipulaciones que estiman importantes, de cuyo cumplimiento depende la validez de la póliza o la responsabilidad de los aseguradores»[126].

Pero aquella no sería la única consecuencia de la *condition precedent*. Se ha sostenido que los aseguradores buscan otro efecto más por medio de su estipulación. Este consiste en convertir una cláusula que usualmente sería considerada como *warranty* en *condition precedent*, con el fin de que la estipulación sea entendida como algo que tiene que ser probado por el asegurado antes de hacer un reclamo. El resultado de esto sería revertir la carga de la prueba: en el caso de una *warranty*, es el asegurador quien debe probar su incumplimiento como defensa; en cambio, el efecto de la *condition precedent* sería trasladar al asegurado la carga de probar que tal condición ha sido cumplida para poder efectuar el reclamo[127].

Por medio de una *condition precedent to enforceability*, el asegurador puede imponer una obligación continua al asegurado como, por ejemplo, mantener un vehículo en buen estado en el seguro automotriz. También puede establecerse que el cumplimiento de cierta obligación es previa al inicio de la cobertura o al perfeccionamiento del contrato.

El efecto del incumplimiento de tal *condition* es que surge la alternativa para el asegurador de estimar que el contrato ha sido repudiado o confirmarlo y exigir indemnización de perjuicios[128]. No se trata de nulidad del contrato, pues el asegurador, para valerse de la *condition*, no puede negar la existencia del contrato. Si el asegurador elige considerar el contrato como repudiado, surge para él una defensa en caso de todo reclamo del asegurado. En consecuencia, el incumplimiento de esta *condition* genera una defensa para el asegurador: sea la liberación absoluta de su obligación de indemnizar, si elige tratar el contrato como repudiado, o bien, si lo afirma, su derecho a obtener indemnización[129].

---

[126] *Idem*. Las estipulaciones que los aseguradores usualmente convierten en *conditions precedent* son las relativas a los siguientes aspectos del contrato: deberes de información; agravación del riesgo; transferencia o pérdida del interés; pago de la prima; notificación, información y prueba del siniestro; reclamos fraudulentos; derechos del asegurador en el bien siniestrado; existencia de otros seguros; arbitraje.

[127] CLARKE, M. A., *op. cit.*, p. 521.

[128] Si se estima que el contrato ha sido repudiado por la contraria, entonces se puede pedir la resolución. Un incumplimiento resolutorio (*repudiatory breach*), es una inejecución contractual que otorga el derecho de resolver el contrato bajo las reglas generales del Derecho (TREITEL, G., *op. cit.*, p. 853).

[129] MERKIN, R., *op. cit.*, pp. 139-140. En el mismo sentido, HODGIN, RAY, *Insurance Law*, Cavendish, 2.ª edic., Londres, 2002, p. 339.

b) Conditions precedent to liability

Una *condition precedent to liability* o *condition precedent to recovery* es un término del contrato cuyo efecto es discutible. Para algunos, su incumplimiento tiene como consecuencia que el asegurador se libera de su responsabilidad respecto de un determinado reclamo[130]. Bajo este prisma, las *conditions precedent* harán referencia a obligaciones que no tienen un carácter continuo en el tiempo. De este modo, el incumplimiento de una *condition precedent* sólo libera al asegurador del reclamo en el que incide, pero no le autoriza a considerar todo el contrato como repudiado. En consecuencia, si el asegurador incumple una *condition precedent* A, no podrá obtener indemnización por el reclamo A. Pero si, posteriormente y en ejecución del mismo contrato, cumple con la *condition precedent* A1, podrá obtener indemnización por el reclamo A1. Esto, a diferencia del incumplimiento de una *warranty*, cuyo efecto es la terminación automática del contrato.

Para otros, el efecto de las *conditions precedent* es autorizar al asegurador a tratar todo el contrato como repudiado[131]. Así, en *Kazakstan Wool Processors (Europe) Ltd v. Nederlandsche Creditverzekering Maatschappij NV* (1999), el asegurador incluyó una cláusula amplia que exigía que el asegurado cumpliera cada una de las obligaciones del proceso de reclamo, como condición previa a la obligación del asegurador de pagar por el siniestro. Se falló que tal término podía considerarse como *condition precedent*, que afectaba toda futura responsabilidad bajo la cláusula[132].

Da la impresión de que es posible que la póliza contenga *conditions* relativas al reclamo que sean consideradas fundamentales, y, de este modo, liberen al asegurador de su responsabilidad por todo reclamo bajo el contrato. Pero, también, podría interpretarse que las *conditions* afectan sólo a cierto reclamo. Dependerá de la redacción del respectivo término. Así, se puede pactar que la ejecución de cierta conducta es condición precedente de toda responsabilidad del asegurador de hacer cualquier pago bajo la póliza. Pero también, se puede pactar que cierta conducta, es *condition precedent* a cierto reclamo, de manera tal que el contrato subsiste para reclamos subsiguientes. Esta última sería la estipulación más usual en las pólizas[133].

Las diferencias entre *condition precedent* y *warranty* son las mismas que señalamos que existen entre *conditions* y *warranties*. Sin embargo, existe poca claridad en cuanto a la determinación de cuándo estamos frente a una

[130] *Ibidem*, p. 142.
[131] BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 152.
[132] [1999] Lloyd's Rep. I. R. 596.
[133] BIRDS, J., «*Termination...*» *op. cit.*, p. 89.

condition precedent y cuándo frente a una *warranty*. Esto se debe tanto a la redacción de las pólizas como a la incierta calificación de los términos en la jurisprudencia, Así, términos muy similares han sido calificados de manera diversa[134]. Esta difusa delimitación entre ambos tipos de términos puede deberse a que el asegurador no percibe, en principio, la distinción como algo de suma relevancia. Basta que se estime que la cláusula es un término fundamental del contrato, para que el efecto de su incumplimiento sea liberar al asegurador, sea *warranty* o *condition precedent*. Sin embargo, subsisten, en principio, diferencias relevantes entre *condition* y *warranty*, como el nexo causal entre incumplimiento y siniestro, o la estrictez del cumplimiento[135]. Estas diferencias pueden resultar decisivas en un caso concreto.

c) Suspensive conditions

Una *suspensive condition* es sustancialmente lo mismo que una cláusula descriptiva del riesgo. Esto quiere decir que consiste en una cláusula que delimita el riesgo. De este modo, mientras aquello prescrito por la cláusula delimitativa no sea cumplido, la póliza no cubrirá el riesgo. Cuando la cláusula delimitativa sea observada, el contrato volverá a cubrir el riesgo. Es por esto que puede sostenerse que se trata de una especie de condición suspensiva[136].

La determinación de si cierta cláusula es una *warranty* o una *suspensive condition* es un problema de interpretación de la póliza. Aún las expresiones «*warranty descriptive of the risk*» o «*delimiting the risk*» o « *warranted*» o «*warranted used only for the following purposes*», no garantizan que la cláusula sea entendida como una *warranty*[137].

---

[134] BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 140.

[135] A pesar de que reconocemos que no existe claridad sobre este punto, y existen decisiones que avalan conclusiones contrarias e inconciliables.

[136] Un clásico ejemplo de este tipo de cláusula es *Farr v. Motor Traders Mutual Society* [1920] 3 K.B. 669. El dueño de dos taxis, en la propuesta de seguro, declaró que eran utilizados sólo en un turno cada 24 horas. Un tiempo después, uno de los taxis fue utilizado en dos turnos cada 24 horas. Tal situación fue excepcional, y el taxi volvió, posteriormente, a ser utilizado en un turno cada 24 horas. Algunos meses depués, el taxi fue dañado en un accidente. El asegurador pretendió negar su responsabilidad, alegando que se había incumplido una *warranty*. Sin embargo, se resolvió que el término no era una *warranty*, sino una cláusula delimitativa del riesgo. Por lo tanto, si el accidente hubiese tenido lugar durante la época en que el taxi fue manejado en dos turnos, el asegurador habría podido negar su responsabilidad. Como el accidente ocurrió con posterioridad, cuando el taxi era manejado en un turno, la póliza había vuelto a cubrir el riesgo, por lo tanto, el asegurador debía responder.

[137] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 226.

d) Collateral promise

Por regla general, un término en un contrato de seguros que carezca de las características de una *warranty* debe estimarse como una *collateral stipulation* o *collateral promise* o *mere condition*[138]. Se puede sostener entonces que, en defecto de tales caracteres y de estipulaciones que intenten darle un efecto distinto, las *conditions* de un contrato de seguro son *collateral stipulations*.

Esto quiere decir que su incumplimiento no implica la terminación del contrato, ni da derecho al asegurador a considerarlo como repudiado por el asegurado. El efecto del incumplimiento consiste sólo en atribuir al asegurador un derecho de exigir indemnización de perjuicios, que se hará efectiva como una pretensión de rebaja del pago del reclamo del asegurado.

No obstante, lo anterior no quiere decir que, en los hechos, la mayoría de los términos del contrato de seguros sean *collateral promises*. Muy por el contrario, los aseguradores tienen especial cuidado en redactar las pólizas, de manera de dar el efecto más riguroso posible a las cláusulas contractuales que imponen conductas al asegurado[139].

Nuevamente, la determinación de si una cláusula es una *collateral promise* o algún otro tipo de término o condición, es un asunto de hermenéutica contractual. Sin embargo, existe un par de criterios jurisprudenciales que orientan la labor interpretativa.

En primer lugar, si el asegurador desea crear una *condition precedent*, debe establecerlo con claridad. De otro modo, la *condition* será considerada simplemente una *collateral promise*. Así, en *Re Bradley and Essex & Suffolk Accident Indemnity Society* (1912) se discutió si una *condition* era *condition precedent* o *mere condition*[140]. Se trataba de un término en un contrato de seguro a favor de los trabajadores de un granjero. La condición en cuestión contenía tres estipulaciones: la primera establecía que la prima sería fijada con relación a la suma de remuneraciones pagadas por el asegurado; la segunda, que el asegurado se comprometía a mantener un libro de remuneraciones: la tercera, que el asegurado daría información a los aseguradores acerca de las remuneraciones pagadas. Existía una cláusula general que establecía que las *conditions* de la póliza eran *conditions precedent* de la responsabilidad del asegurador. El asegurado sólo tenía un trabajador, quien se accidentó. El asegurado incumplió la condición de mantener un libro de remuneraciones. El asegurador intentó desligarse de su responsabi-

[138] MERKIN, R., *op. cit.*, p. 142. LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 225.
[139] MERKIN, R., *op. cit.*, p. 142.
[140] [1912] 1 K.B. 415.

lidad, alegando incumplimiento de *condition precedent*. La *Court of Appeal* falló que se trataba de una *collateral promise*. La razón esgrimida fue que la *condition* en cuestión estaba compuesta de tres cláusulas, dos de las cuales (la primera y la tercera), no establecían obligaciones para el asegurado, simplemente regulaban el pago del premio. En consecuencia, la *condition*, entendida como una sola cláusula, no podía entenderse como *condition precedent*. Si el asegurador quiere valerse de una *condition precedent*, debe redactarla en términos claros[141].

En segundo término, una *condition* no puede entenderse como *condition precedent* si impone una conducta al asegurado, que éste sólo puede ejecutar después de que ha realizado un reclamo válido[142]. De este modo, un término en un seguro de fidelidad, que impone al asegurado querellarse contra empleados que le han defraudado, no puede estimarse condición precedente al reclamo y, en consecuencia, al pago del seguro. Esto, pues el orden lógico supone que el reclamo sea anterior a la querella[143]. Lo mismo puede entenderse de la obligación de un asegurado de comunicar al asegurador de demandas que se le notifiquen, bajo un seguro de responsabilidad civil[144].

e) Innominate term

Un *innominate term*, en el Derecho de contratos en general, es un término demasiado complejo para ser denominado simplemente como *condition* o *warranty*[145]. El efecto del incumplimiento de estos términos es que la parte agraviada podrá considerar el contrato como repudiado, sólo si el incumplimiento es suficientemente grave. De otro modo, solamente tendrá derecho a recibir indemnización de perjuicios.

Este tipo de términos fue introducido al Derecho de contratos inglés por la decisión en *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kais-*

---

[141] En el mismo sentido, en *Stoneham v. Ocean Railway and General Accident* (1887) 19 Q.B.D. 237, se resolvió que una *condition* que imponía al asegurado notificar el siniestro en siete días, era una *collateral promise*. Esto, debido a que la *condition* no era llamada *condition precedent* en la póliza, mientras que otras *conditions* si lo eran. Además, el resultado de considerarla *condition precedent* habría sido un resultado irracional. Se falló que el efecto de la cláusula era que el asegurado debía reembolsar al asegurador los gastos extra incurridos por éste, en razón de tener que investigar un accidente en un tiempo muy lejano a su ocurrencia.

[142] BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 154. MERKIN, R., *op. cit.*, p. 142.

[143] *London Guarantee v. Fearnley* (1886) 5 A. C. 911.

[144] *Pioneer Concrete v. National Employers Mutual* [1985] 2 All E.R. 395.

[145] *Vid infra* concepto *warranty*, p. 278, y «distinción entre *conditions* y *warranties*», p. 311.

ha Ltd (1962)[146]. Sin embargo, los *innominate terms* no habían sido considerados como aplicables al Derecho del contrato de seguros hasta *Alfred McAlpine plc v. BAI (Run –Off) Ltd.* (2000)[147]. En este caso, se discutió el carácter de un término que imponía al asegurado dar aviso de cualquier ocurrencia que pudiera dar pie a un reclamo lo antes posible, por escrito y en detalle. La *Court of Appeal* estimó que se trataba de un *innominate term*, cuyo incumplimiento permitía al asegurador considerar que el contrato era repudiado por el asegurado en dos circunstancias: si el incumplimiento era una clara señal de que el asegurado no realizaría un reclamo; o bien, si el incumplimiento causaba al asegurador consecuencias suficientemente serias. Sin embargo, la repudiación del asegurado no da derecho al asegurador a considerar todo el contrato como repudiado y, en consecuencia, ponerle término. Lo anterior sería el efecto de un *innominate term* en el Derecho de contratos. En cambio, en el Derecho de seguros, tal repudiación sólo da derecho al asegurador a rechazar el respectivo reclamo, pero no a dar por terminado todo el contrato[148].

Este es el caso en que una cláusula que usualmente consideraríamos *condition* ha sido considerada como *innominate term*, y el resultado ha sido concederle al asegurador una defensa que lo libera de su responsabilidad en un determinado reclamo. Si estimamos que un *innominate term* en el Derecho de seguros es similar a un *innominate term* en el Derecho de contratos, entonces la interpretación de una cláusula como *innominate term* podría tener importantes consecuencias. Entre ellos, inhibir el efecto de una *warranty*. La poca claridad del criterio para identificar un *innominate term* puede generar un mayor grado de incerteza en cuanto a la calificación de los términos del contrato de seguro.

f) Duties of the insured

¿Cuál es el estatus jurídico de los así llamados deberes impuestos al asegurado en las pólizas de seguros? Nos referimos a deberes usualmente considerados como *conditions*, entre ellos, dar aviso del siniestro dentro de un cierto lapso, notificar al asegurador de los reclamos de responsabilidad civil contra el asegurado, entregar información sobre el siniestro en cierto plazo, remitirse a un arbitraje, o querellarse contra un empleado deshonesto[149].

---

[146] [1962] 2 Q. B. 26.
[147] [2000] Lloyd's Rep. I.R. 596.
[148] LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, p. 228.
[149] *Ibidem*, p. 227.

El sentido técnico de estas cláusulas deberá determinarse con relación a su redacción. Su categoría será alguna de las que hemos revisado con anterioridad. Sin embargo, la técnica de redacción moderna intenta generar un efecto uniforme. Los aseguradores intentan dar carácter fundamental a todos los términos de la póliza. En consecuencia, actualmente es usual que el contrato de seguro incluya una cláusula general del siguiente tenor: «la observancia debida y la satisfacción por el asegurado de todas las obligaciones a él impuestas por los términos de la póliza serán condiciones precedentes de toda responsabilidad de los aseguradores para realizar cualquier pago bajo la póliza»[150]. De este modo, se convertiría en *conditions precedents* a todas las conductas impuestas al asegurado[151].

No obstante, el efecto de esta cláusula no es preciso ni automático, pues «las estipulaciones que, en la práctica, son agrupadas bajo tal encabezamiento, se relacionan con todo tipo de materias, algunas que van a la raíz del contrato, pero otras tratan asuntos de mero detalle; también varían en su lenguaje, algunas conteniendo un precepto por el cual en el caso de incumplimiento la póliza será rescindible, otras que no contienen precepto, y algunas, por su naturaleza, no pueden ser interpretadas como *conditions precedent*»[152].

Por lo tanto, el resultado de esta técnica de redacción es incierto. Como hemos dicho, podría considerarse que el incumplimiento de un término da derecho al asegurador a dar por repudiado el contrato y, en consecuencia, a terminar el contrato. Pero podría también entenderse, que el resultado es que sólo el reclamo vinculado con el término contravenido sería inexigible al asegurado[153]. Asimismo, podría interpretarse que se trata de un *innominate term*, pues el incumplimiento no es suficientemente grave y sólo da derecho a indemnización de perjuicios. No existe jurisprudencia clara, y ante la imprecisión del Derecho inglés en este punto, el asunto queda abierto al arbitrio judicial. Consideramos que los criterios que ayudarán al juez a llegar a una solución son: gravedad del incumplimiento, conexión del incumplimiento con la producción del siniestro, redacción de la póliza, relación del término con otros términos de la póliza, finalidad comercial de la póliza, razonabilidad del resultado.

---

[150] *Idem.*

[151] En *Thompson v. Wheems* (1884) 9 App.Cas. 671, se ha fallado que las partes son libres para convertir en *condition precedent* cualquier estipulación del contrato.

[152] IVAMY, E., *op. cit.*, p. 303. Esta objeción al objeto absoluto de tal cláusula viene reforzado por el intento de las cortes de limitar el efecto de las *warranties* y *conditions precedent*, especialmente por medio de la interpretación *in dubio contra proferentem*. (*v.gr. Kennedy and Others v. Smith and Ansiar Ins. Co. Ltd* [1976] S.L.T. 110).

[153] Este resultado es más probable si se establece que la cláusula es *condition precedent to recovery*.

3. Comparación entre las *conditions* y *warranties* en el Derecho de seguros inglés con las cargas del asegurado en el Derecho chileno

A continuación realizaremos una comparación entre la regulación de las *conditions* y *warranties* del *Common Law*, y la disciplina de las cargas del asegurado del Derecho chileno. Esta comparación tiene la intención de determinar si existe una verdadera afinidad funcional de estas figuras en el contrato de seguro, además de servir de prevención respecto de las diferencias propias de cada uno de estos regímenes. También, pretende ser una recapitulación que destaca los principales aspectos de las regulaciones de las estipulaciones por medio de las cuáles se establecen deberes para el asegurado, tanto en el *Common Law* como en nuestro Derecho.

3.1. Sujeto pasivo

Con respecto al sujeto pasivo de las cargas, *warranties* y *conditions*, no existe mayor diferencia. En estos tres casos, la ejecución de la conducta o la abstención puede ser cumplida por cualquier sujeto, a menos que la respectiva estipulación requiera la ejecución personal de alguna parte. En todo caso, la exigencia de ejecución personal debe encontrarse justificada, de lo contrario el asegurado puede alegar ausencia de perjuicio para el asegurador si éste opone la inejecución de la carga en virtud de no haber sido realizada por la persona designada.

Por otro lado, en los tres tipos de términos, la inejecución puede oponerse a cualquiera que se encuentre interesado en el pago de la indemnización del seguro. La ineficacia de la rescisión, la ineficacia del derecho del asegurado, y el efecto extintivo del derecho de la *warranty* y de la *condition*, no dicen relación con una persona determinada. Tienen efectos absolutos.

3.2. Efecto

La inejecución de la *warranty* tiene como efecto la liberación automática e inmediata del asegurador de su obligación de pago del seguro. En cambio, una *condition* es un tipo de estipulación cuyo efecto es más difuso. Dependiendo de su redacción, puede considerarse un término cuyo incumplimiento da derecho a la parte dañada a resolver el contrato, o a pedir su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios. También, puede estimarse que sólo da derecho a pedir indemnización de per-

juicios, sin afectar la eficacia del contrato ni el derecho del asegurado a ser indemnizado.

Por su parte, la inejecución de la carga por el asegurado legal tiene como efecto la rescisión del contrato, y la carga del asegurado contractual tiene como efecto la liberación de la obligación del asegurador de su obligación de indemnizar.

Si bien se trata de efectos diversos en todos los casos, pues algunos de estos términos afectan la vigencia de todo el contrato y otros no, puede afirmarse como rasgo común que, en general, todos ellos —salvo algunos tipos de *conditions*— tienen como resultado la ineficacia del derecho del asegurado. En consecuencia, la inejecución de estos términos da derecho al asegurador a oponerse exitosamente a la demanda en que se le exige la ejecución de su obligación de indemnizar.

En último término, y como señala Pfennigstorf a propósito de las *obliegenheiten*, todas estas estipulaciones son deberes cuya violación resulta en la pérdida del reclamo indemnizatorio del asegurado[154]. En consecuencia, puede afirmarse que cumplen una misma función en el contrato de seguro.

3.3. Requisitos para producir el efecto y defensas del asegurado

En general, los términos planteados constituyen formas más bien objetivas de imponer deberes. Las *warranties* no requieren conexión causal con el siniestro cuyo pago se niega. Además, exigen que su ejecución sea estricta, de manera que toda diferencia entre lo realizado y el tenor expreso del pacto provoca su efecto extintivo. Por su parte, el incumplimiento de una *condition* sólo puede alegarse si ha causado el siniestro, y la inejecución de una *condition* puede ser relevada por el juez, si se estima que se ha hecho innecesaria.

Con respecto a las cargas del asegurado, ellas deben ejecutarse de buena fe, a la luz de la finalidad que ha tenido la ley al establecerlas o que han buscado las partes al momento de pactarlas. Por lo tanto, se requiere una ejecución sustancialmente suficiente, y no formalmente estricta. Además, el asegurado siempre puede liberarse del efecto de ineficacia de la carga si acredita caso fortuito. Por último, si la inejecución de la carga no ha incidido en la provocación del siniestro o en otro hecho que provoque perjuicio al asegurador, el asegurado puede inhibir el efecto de ineficacia.

---

[154] PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, p. 159.

En síntesis, puede apreciarse que respecto a los requisitos para dar por inejecutados estos términos, éstos tienen un marcado carácter objetivo. Sin embargo, las *conditions* y las cargas del asegurado se consideran defensas para éste que morigeran la rigurosidad de estas estipulaciones, lo que las acerca a las obligaciones.

3.4. Momento en que se produce el efecto

Tratándose de *warranties*, el asegurador se libera *ipso iure* desde el día del incumplimiento, sin necesidad de alegarlo. Con respecto a las *conditions*, su inejecución hace surgir la opción de pedir la resolución o la inejecución, exigiendo indemnización de perjuicios en ambos casos. Pero el efecto resolutorio puede oponerse al asegurado en el juicio en que éste requiera el pago del siniestro, aun cuando no se haya pedido anteriormente la resolución. De este modo, no es necesario que el asegurador alegue la inejecución de la *condition* antes de que el asegurado exija el pago del siniestro.

Por su lado, las cargas del acreedor le permiten al asegurador alegar la rescisión del contrato, ya sea como acción o excepción. En el caso de las cargas contractuales del asegurado, la liberación se produce al momento en que el asegurado la inejecuta.

En conclusión, si bien en algunos casos el efecto extintivo se produce *ipso iure* al momento de la inejecución, y en otros es necesario alegarla en un momento posterior, los efectos prácticos de las estipulaciones son similares. Esto se debe a que en ningún caso se exige que la inejecución sea alegada por el asegurador oportunamente, lo que permite que el asegurador pueda alegarla oportunamente como excepción al momento de ser demandado para el pago de un siniestro.

3.5. Prueba de la inejecución

En el caso de las *warranties*, la prueba del incumplimiento corresponde al asegurador, pues a través de su alegación se intenta impedir el pago de la indemnización, supuesto que el asegurado ha probado que ha existido un siniestro causado por un hecho cubierto. Con respecto a las *conditions*, si ellas se estiman *precedent to enforceability*, producen el efecto de trasladar la carga de la prueba al asegurado. Esto se debe a que este tipo de *conditions* se estiman requisitos previos que tienen que probarse para efectuar un reclamo adecuado. En cuanto a las demás *conditions*, la carga de la prueba

de la inejecución corresponde al asegurador, por las mismas razones que en el caso de las *warranties*.

Por su parte, la regla general respecto a la carga del asegurado consiste en que la carga de la prueba de inejecución corresponde al asegurador, pues se trata de un hecho extintivo de la obligación de indemnizar. Lo anterior no quiere decir que el asegurado no pueda aportar pruebas sobre la ejecución de la carga. Tampoco, que en ocasiones la carga de la prueba se altere, en razón de la imposibilidad de probar hechos negativos.

En conclusión, a pesar de las diferencias entre estos distintos tipos de términos, y con exclusión de las *conditions precedent*, consideramos que es común a todos ellos que la carga de la prueba de la inejecución corresponde al asegurador. La principal razón que funda el principio señalado estriba en que esta clase de estipulaciones se yerguen como hechos impeditivos del derecho alegado por el asegurado.

3.6. Interpretación

La jurisprudencia anglosajona ha fallado que las *warranties* y, por extensión, las *conditions*, deben ser interpretadas teniendo presente el propósito central del contrato de seguro en el cual son consideradas. Además, se ha sostenido que deben interpretarse de manera tal de favorecer un resultado razonable, por lo que se excluye la interpretación que produzca consecuencias absurdas. Por último, estas cláusulas deben interpretarse contra el redactor, quien, en la casi totalidad de los casos, es el asegurador.

Por su parte, las cargas del asegurado deben interpretarse de manera estricta contra el redactor, haciendo prevalecer las cláusulas particulares sobre la generales, de manera restringida y teniendo presente la aplicación práctica que las partes les han dado.

En síntesis, puede apreciarse que ante el efecto de ineficacia de las cargas, la ley, la jurisprudencia y la doctrina reaccionan proponiendo una interpretación restrictiva y contra el redactor, es decir, contra el predisponente que generalmente es el asegurador. De esta forma, se intenta que la aplicación de estas cláusulas, de graves efectos para el asegurado, se realice de la forma más prudente posible.

3.7. Renuncia

Uno de los elementos propios del régimen de las *warranties*, *conditions* y cargas del asegurado está constituido por las reglas relativas a la renuncia

del efecto de la inejecución de estos términos.

Con respecto a las *warranties* y *conditions*, se ha estimado que la renuncia es un término genérico que designa el abandono de un derecho o una defensa por parte del asegurador, que pueden tener lugar como resultado de un elección voluntaria —renuncia propiamente tal o *waiver*—, o bien, de la creación de un hecho incompatible con la utilización de ciertas defensas contractuales contra el asegurado —contradicción de actos propios o *estoppel*—.

En un sentido similar, ciertos hechos pueden interpretarse como un abandono del asegurador de su opción de oponerse a la demanda indemnizatoria del asegurado, alegando inejecución por parte de éste de una carga. Este abandono puede tener su fundamento en lo que en derecho común se entiende como renuncia o como principio de la no contradicción con los actos propios.

En síntesis, puede señalarse que en los tres tipos de términos analizados existe una defensa para el asegurado que, si bien es llamada renuncia, constituye un régimen especial que comparte elementos de esta institución con los del principio de no contradicción con los actos propios. En virtud de esta defensa, el asegurado puede oponerse exitosamente a la alegación de ineficacia de su derecho por parte del asegurador, en virtud de existir hechos que pueden ser interpretados como abandono del asegurador de su opción de alegar la inejecución de una *warranty*, *condition* o carga del asegurado.

3.8. Síntesis

Si bien existen diferencias entre *warranties*, *conditions* y cargas del asegurado, puede señalarse que estos tres tipos de cláusulas tienen regímenes de características similares.

Puede sostenerse que, en virtud de la estrictez de su funcionamiento, las *warranties* son más cercanas a la institución de las garantías en el seguro[155]. Por su parte, las defensas propias de las *conditions* las acercan a las cargas del asegurado. Sin embargo, conservan la importante diferencia de que estas últimas no otorgan derecho a obtener indemnización de perjuicios ante su inejecución.

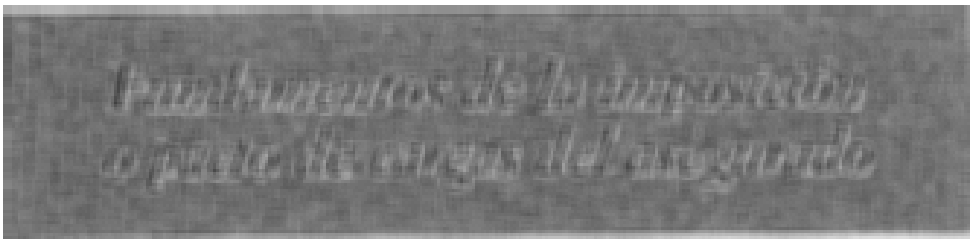
Pero a pesar de las diferencias entre estas figuras, todas ellas son funcionalmente afines. Las *warranties*, las *conditions* y las cargas del asegurado

[155] *Vid supra* «garantías», p. 238.

constituyen formas de imponer deberes a éstos, ante cuya inejecución el asegurador puede liberarse de su obligación de pago de la indemnización de un siniestro cubierto. Esta es la función de estos términos, si bien ella es lograda a través de diversos mecanismos, que son los propios de los sistemas a los cuales estas estipulaciones pertenecen.

La función análoga que cumplen estas estipulaciones permite encontrar un fundamento práctico común a todas ellas, lo que será analizado en el capítulo siguiente.

VIII



1. La especial naturaleza del contrato de seguro

El contrato de seguro tiene peculiaridades que lo diferencian de los demás contratos de derecho privado[1]. El seguro es un contrato de tracto sucesivo, en el que la prestación de una de las partes es periódica, y la prestación de la otra está sujeta a una condición. La prestación periódica del asegurado es de un monto muchísimo menor que la obligación eventual del asegurador. En el seguro de daños la prestación del asegurador se ve como una indemnización y, por consiguiente, no constituye un enriquecimiento para el asegurado. Sin embargo, si nos concentramos en la relación aseguративa, el pago de la indemnización es una «ganancia» para el asegurado, quien hace efectiva la protección prometida por el seguro, y de este modo ve satisfecha, por lo general largamente, su inversión en primas. Esta desproporción en la «ganancia» del asegurado, al cumplirse la condición, es el germen de los problemas de desequilibrio contractual en el seguro, lo que hace necesario el reconocimiento de reglas especiales.

Por otro lado, para que el contrato de seguro pueda llevarse a cabo, es necesario que el asegurador distribuya los riesgos entre un grupo de asegurados de características uniformes. De esta manera, puede predecirse estadísticamente la cantidad de siniestros por grupos, y fijar una prima suficiente para formar reservas y obtener una remuneración por la actividad empresarial. Desde esta perspectiva, el asegurador puede verse como un in-

[1] Apunta Rea Jr., Samuel A., «The economics of insurance law» en *International Review of Law and Economics*, v. 13 (1993), p. 158, que los contratos comunes no tienen las externalidades que se asocian al contrato de seguro. Esto provoca diferencias sustanciales entre el derecho de seguros y el derecho de contratos, que deben tenerse presente al aplicar los criterios del análisis económico del derecho de los contratos al contrato de seguro.

termediario entre los asegurados. Su función es agrupar sus riesgos en relación a sus características, y cobrar la prima necesaria para formar una reserva, que permita que todos estén cubiertos ante los siniestros que afecten al grupo. De esta forma, las reglas que protegen al asegurador, no sólo lo protegen a él, sino que a toda la comunidad de riesgo compuesta por los asegurados. Esto se debe a que la solvencia del asegurador es su garantía de cumplimiento. Por lo tanto, las defraudaciones y errores que afectan al asegurador, afectan, finalmente, a sus asegurados.

2. El problema de la información

Para agrupar correctamente a los asegurados, es necesario que el asegurador tenga información suficiente sobre sus características y actividades. La información precisa sobre las características de los asegurados permite una distribución correcta de los riesgos, fijando la prima justa que corresponde a cada asegurado en razón de sus circunstancias. Los costos de obtener esa información por sus propios medios son demasiado altos para el asegurador. Por esto, debe confiar en la información que le provea el asegurado[2]. Además, los riesgos del asegurado van variando dependiendo de las circunstancias. Un contrato de seguros óptimo, con información perfecta, especificaría cómo los beneficios y las primas cambiarían para cada variación en las circunstancias que afectan el objeto asegurado. Sin embargo, la información es asimétrica. Es el asegurado quien conoce los cambios de circunstancias del riesgo, no el asegurador[3].

3. El riesgo moral

El contrato de seguro tiene una paradoja fundamental. «Mientras mayor y mejor seguro se provee contra cierta contingencia, menor es el incentivo

---

[2] Abraham, Kenneth S., *Distributing risk*, Yale University Press, New Haven, 1986, p. 14.

[3] Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 9. El autor citado sostiene que un contrato de circunstancias variables, puede flexibilizarse a través de un pacto para compartir costos. Este pacto otorga flexibilidad al contrato, pues impone a ambas partes incentivos para actuar de manera eficiente. En consecuencia, ya no es necesario que se prevea en el contrato los medios de acción para cada circunstancia diversa. La parte, proactivamente, evalúa las circunstancias y los medios de acción para ejecutar el contrato de manera más conveniente, pues soporta parte de los costos de la acción ineficiente. Según el autor citado, los recursos ahorrados por medio de este mecanismo pueden más que compensar el costo de tener que soportar cierto riesgo adicional.

de los individuos para evitar el siniestro, pues ellos soportan menos las consecuencias de sus actos»[4]. Si existiera un contrato de seguros perfecto, que *permitiese castigar los aumentos de riesgo y premiar sus disminuciones*, se podría evitar el riesgo moral. Sin embargo, un contrato de este tipo sería imposible de lograr, por los prohibitivos costos de transacción asociados a la supervigilancia de la información, circunstancias y conductas del asegurado, además del costo de especificar todas las conductas preventivas requeridas a cada asegurado concreto. La asimetría en la información genera que el riesgo moral en el seguro sea un problema de difícil solución. Como sostiene Stiglitz, «los problemas de riesgo moral surgen cuando hay información imperfecta concerniente a las acciones de aquellos que compran seguros, pues tales acciones no pueden ser perfectamente monitoreadas y el contrato de seguro no puede especificar todas las acciones que el asegurado debe tomar»[5].

4. Mecanismos que restablecen el equilibrio contractual. El diseño del contrato de seguro

Como vemos, la realidad del seguro es diversa de la de los contratos de intercambio en general. La normativa común del negocio jurídico y de los contratos no requiere que las partes entreguen toda la información relevante que poseen a la otra, sino sólo aquella necesaria para evitar engaños, errores o faltas a la buena fe[6]. Esta normativa es insuficiente para garantizar el equilibrio contractual en el seguro. En consecuencia, el seguro requiere reglas especiales que ayuden a conseguir esta finalidad[7]. La forma

---

[4] *Ibidem*, p. 6.

[5] *Ibidem*, p. 5.

[6] En el mismo sentido, Gravelle, Hugh, «Insurance law and adverse selection» en *International Review of Law and Economics*, v. 11 (1991), p. 24. Stiglitz, R., *Derecho... op. cit.*, v. 2, p. 517, sostiene que el contrato de seguro «exhibe, con mayor énfasis, la necesidad de los contratantes en procurarse recíprocamente que la ejecución útil del negocio sea facilitada por el otro».

[7] Existen otras reglas contractuales en el seguro cuya finalidad, más que restituir el equilibrio contractual, buscan impedir el fraude: ellas son el interés y la exclusión de cobertura de daños causados intencionalmente (Cfr. Abraham, K., *op. cit.*, p. 15). Estas reglas también derivan de la especial naturaleza del seguro. La asimetría en la información deja al asegurador en una posición especialmente vulnerable ante el asegurado de mala fe, quien puede provocar o exagerar los daños. Nuevamente, las reglas generales, si bien castigan el fraude, son ineficaces en su prevención. Esa es la función de la regla del interés, además de prevenir los efectos adversos del seguro contra terceros (Rea, S., *op. cit.*, p. 151); también, y de manera más obvia, la exclusión de daños provocados intencionalmente (Abraham, K., *op. cit.*,

de lograrlo es, según Stiglitz, diseñar el contrato de manera tal que el asegurado corra, al menos, con parte del riesgo. De esta forma se obtiene que el asegurado soporte, parcialmente, las consecuencias de sus actos[8].

Hay dos grupos de figuras por medio de las cuales el asegurador puede intentar restablecer, de este modo, el equilibrio contractual. En primer lugar, a través del pacto de deducibles[9]. En segundo lugar, a través de la imposición de exclusiones y cargas[10]. Ahora bien, el traspaso del riesgo realizado por medio de las cargas tiene una especial significación, pues consiste en el traspaso del riesgo de inejecución de conductas que, de otro modo, estarían prescritas por medio de obligaciones. Por lo tanto, la carga tiene, funcionalmente, la misma posición en el contrato que la obligación. Sin embargo, su funcionamiento técnico permite un efectivo traspaso del riesgo de inejecución, traslado que no resultaría suficiente por medio de la imposición de una obligación.

5. La función de las cargas del asegurado

5.1. Opciones de traspaso del riesgo de inejecución al asegurado

A través del pacto de exclusiones, el asegurado debe asumir el riesgo de conductas que el asegurador estima que pueden aumentar las posibilidades de concreción del riesgo o aumentar la extensión del daño. Sin embargo, no todas las conductas de colaboración requeridas para la ejecución adecuada del contrato pueden pactarse como exclusiones. Por ejemplo, puede pactarse como exclusión que el asegurado no desarrolle una actividad comercial en su hogar. Pero no que notifique el siniestro a tiempo. ¿Cómo puede

p. 15). Asimismo, se ha sostenido que aquella también es la función del principio indemnizatorio (Girgado Perandones, Pablo, *El principio indemnizatorio en el seguro de daños*, Comares, Granada, 2005, p. 212), aunque esa posición, según el autor, actualmente es puesta en tela de juicio (p. 229).

[8] Existe otro mecanismo por medio del cual el asegurado soporta las consecuencias de sus actos. Sostiene Abraham, K., *op. cit.*, p. 15, que el asegurador puede crear clases de riesgos y variar los precios cobrados por cobertura, dependiendo de las expectativas de siniestros de cada clase de asegurados. Así, la compañía puede variar el monto de la primas en relación con la siniestralidad del asegurado. «Un incremento en el costo del seguro puede indicar al asegurado que puede obtener la misma protección completa contra los daños distribuyendo más recursos a la prevención y menos al seguro. Un descenso en el valor de las primas puede indicar lo opuesto, que demasiado ha sido invertido en prevención».

[9] Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 9; Abraham, K., *op. cit.*, p. 15.

[10] Cfr. Gravelle, H., *op. cit.*, p. 23.

imponerse al asegurado que realice una conducta de interés del asegurador, tal como si actuara protegiendo su propio interés? Existen tres opciones.

a) Acción ejecutiva

La acción ejecutiva, en virtud de la cual el acreedor puede exigir el cumplimiento forzado de una obligación, no es efectiva para incentivar la actividad colaboradora del asegurado. Esto se debe a que, en muchas ocasiones, sólo el asegurado conoce el grado de colaboración requerido, y la oportunidad en que surge la necesidad de actividad del propio asegurado. En consecuencia, se necesita un mecanismo de incentivo a la ejecución, y no una ejecución alternativa, pues ésta ya no será posible.

b) Indemnización de perjuicios

La indemnización de perjuicios es insuficiente. Esto se debe a que es muy difícil demostrar el monto preciso de los perjuicios que ha sufrido el asegurador a través de la inejecución de una conducta de colaboración necesaria. Las conductas de colaboración usualmente tienen influencia en la provocación del riesgo y en la extensión del daño, pero es difícil determinar cuánto[11].

c) Cargas

A través de las cargas, se logra que el asegurado participe proactivamente en la ejecución del contrato, entregando información, colaborando en la evitación y disminución del riesgo, en fin, realizando todas aquellas actividades que, sin ser parte del riesgo en sí mismo, influyen en su producción o creación. La carga pone de lado del asegurado el riesgo de la inejecución del contrato.

La configuración técnica de la carga permite al asegurador negar lícitamente el pago de la indemnización por siniestro, con lo que evita, de este modo, el alto costo financiero de exigir el cumplimiento de un deber ordinario. En efecto, el asegurador debería primero pagar (o estar llano a ello), y luego requerir la resolución del contrato por incumplimiento. Sin embargo, la carga invierte este orden[12].

[11] BUCK, S., *op. cit.*, p. 38.

[12] Señala BUCK, S., *op. cit.*, p. 39, que la transgresión de una carga «tiene por consecuencia inconvenientes jurídicos [para el asegurado] inmediatos. Este "elemento de auto-

Además, el asegurador no debe probar la culpa ni el perjuicio que le provoca la inejecución, ni su monto, circunstancias de suyo complejas. No obstante, al tratarse, en efecto, de verdaderos deberes, es decir, conductas «obligatorias» impuestas al asegurado, se le reconocen defensas como la ausencia de perjuicio y la imposibilidad de hecho[13]. Corresponde al asegurado la prueba de estas defensas.

En consecuencia, a través del mecanismo de las cargas se logra que el asegurado soporte las consecuencias de su falta de colaboración en la ejecución del contrato. Con esto, se logra una eficiente conminación a la ejecución por parte del asegurado, que no podría obtenerse por otro medio.

5.2. Disminución del precio de la prima

Se ha sostenido, además, que las cargas permiten disminuir el precio de la prima a favor de todos los asegurados. En efecto, los altos costos de transacción de la información impiden reconocer qué asegurados son más riesgosos que otros, y cuáles menos propensos a colaborar en la ejecución del contrato. Las cargas del asegurado permiten excluir de la indemnización a aquellos asegurados que no colaboren en la ejecución del contrato. Con esto, los costos de la inejecución no se reparten entre todos los asegurados, sino que se concentran en el asegurado que no colabora con la ejecución del contrato, cuya indemnización es excluida. Esto permite que el monto de la prima cobrada sea más bajo para todos los asegurados[14].

5.3. Prevención de riesgos

Como administrador de un gran número de riesgos, el asegurador va reuniendo un importante acervo de conocimientos y experiencias sobre conductas riesgosas. El asegurador puede proponer cursos de acción más seguros, basados en su conocimiento. Estas indicaciones puede darlas ex-

---

ejecución" es un típico efecto secundario de la lesión de la carga. El asegurador, por lo tanto, no depende, como es habitual en lesiones a las normas, de demandar del otro una reparación y en caso necesario de reclamar su derecho ante la Corte, sino que puede obtenerlo directamente mediante negación de su propia prestación sin control judicial previo».

[13] No así en el caso de las exclusiones, donde la conducta del asegurador es irrelevante. No hay verdadera ejecución o inejecución de conductas, sino que simplemente se contrasta de manera objetiva si la causa del siniestro se encuentra en el hecho excluido.

[14] GRAVELLE, H., *op. cit.*, p. 25.

presamente, como un servicio anexo[15]. Pero también da indicaciones sobre riesgos a través del valor de las primas, y a través de las exclusiones y cargas. En efecto, al imponer una conducta o una omisión relativa al riesgo como carga, especialmente como carga continua, el asegurador está señalando al asegurado qué conductas debe omitir por ser excesivamente riesgosas[16].

6. Las cargas del asegurado y el fenómeno de la adhesión. Reformulación del equilibrio contractual

Sostiene Clarke que los fundamentos de las reglas de *disclosure*, *misrepresentation* y *utmost good faith* se encuentran actualmente en crisis[17]. Se ha entendido tradicionalmente que el asegurador depende completamente de la información que le proporcione el asegurado. No obstante, esa circunstancia ha cambiado en la actualidad. En primer lugar, el asegurador está en mejor posición para conocer y anticipar ciertos riesgos del asegurado, que el asegurado mismo. Esto se debe a su mayor experiencia como administrador

[15] Este servicio de dar consejos sobre riesgos es parte de lo que se conoce como administración de riesgos (*risk management*). Señala Clarke, M., *Policies... op. cit.*, p. 143, que este es «un servicio que actualmente los aseguradores prestan para preservar participación de mercado. Esto se debe a que algunos de sus clientes son tan grandes que, si no fuese por su experiencia en administración de riesgos, los aseguradores tendrían poco que ofrecer que no fuese hecho por la autoaseguración».

[16] Abraham, K., *op. cit.*, p. 16. Señala Clarke, M., *Policies... op. cit.*, p. 143, que «después del incendio en el castillo de Windsor en 1994, el jefe del *House of Comons Public Accounts Committee* señaló que, si el castillo hubiese estado asegurado por la industria y sometido a cargas, no habría ocurrido este "desventurado incendio"».

[17] El origen de estas instituciones se encuentra en el seguro marítimo. Como sostuvo una corte en Ohio en 1853 (*Hartford v. Harmer* 2 Ohio St., 452, 472 [1853], citado en Clarke, M., *Policies... op. cit.*, p. 91) «el objeto asegurado generalmente está más allá del alcance, y no susceptible a la inspección del asegurador, usualmente en puertos distantes o en alta mar, y los peculiares peligros a los que puede verse envuelto, demasiado amplios para ser anticipados o para averiguar sobre ellos, conocidos sólo para los dueños y para aquellos en su oficio; mientras [el riesgo de incendio] es o puede ser visto e inspeccionado antes de que el riesgo sea asumido, y la construcción, situación y peligros ordinarios pueden ser apreciados tanto por los aseguradores como por el dueño. En el seguro marítimo, el asegurador [...] es obligado a confiar en el asegurado, y tiene, en consecuencia, el derecho a exigir una completa declaración de todos los hechos conocidos para el asegurado, que puedan de cualquier modo afectar el riesgo por él asumido. Pero en el seguro de incendio no se requiere tal confianza y, si el asegurador asume el riesgo sin tomarse el trabajo de examinar o inquirir, él no puede buenamente, en la ausencia de fraude, alegar que ha resultado ser mayor del que se anticipaba».

de riesgos. Además, el asegurador posee toda una organización empresarial que le permite estar al tanto de las situaciones riesgosas que afectan su industria, muchas veces con mayor precisión de la que un asegurado puede tener respecto a sus propios riesgos[18].

Esta misma condición de profesional es el fundamento del reconocimiento de la regla *contra proferentem*, como el principal criterio de interpretación de las condiciones generales del contrato de seguro. Señala Stiglitz que «si la redacción de la cláusula no es transparente porque es ambigua, la interpretación "se hará en el sentido más favorable" al asegurado [...], transfiriéndose al asegurador, dada su condición de profesional predisponente, las consecuencias que derivan de la imprecisión del lenguaje, en razón de la presunción irrefragable de contar con experiencia y aptitud técnica, lo que presupone que se encuentra en mejores condiciones que el asegurado para fijar con la mayor precisión y de manera indubitada la extensión de sus obligaciones»[19].

En consecuencia, las reglas de restitución del equilibrio contractual, entre ellas las cargas del asegurado, requieren de una morigeración en aquellos casos en que el seguro sea un contrato de adhesión. Especialmente, si el asegurado no es profesional en la administración de riesgos ni cuenta con una organización que le permita conocer con precisión la multiplicidad de riesgos a los que se enfrenta, sus características y magnitudes. Por lo tanto, se encuentra plenamente justificada la aplicación de la normativa de cláusulas abusivas a las cargas del asegurado.

7. Recapitulación de la segunda parte

Las cargas del asegurado presentan una disciplina propia, asimilable a la de las *conditions* y *warranties*. Sin embargo, este régimen no difiere sustancialmente del concepto de carga del acreedor, sino que es una aplicación de este concepto al contrato de seguro. Puede apreciarse, además, que el fun-

[18] Clarke, M., *Policies... op. cit.*, p. 92, señala que un asegurador de salud puede esperar que un proponente le declare si sus padres tienen artritis. Pero el asegurador está más capacitado para conocer si los granjeros de cierta área geográfica son más susceptibles de contraer esa enfermedad. Las estrictas y antiguas reglas de *utmost good faith* inglesas son ineficientes, pues desincentivan a los aseguradores a adquirir información disponible por medio de la investigación del riesgo. Esto en razón de que si el riesgo resulta ser peor que lo esperado, los aseguradores pueden descansar en reglas de información forjadas hace más de un siglo para evitar la ejecución del contrato.

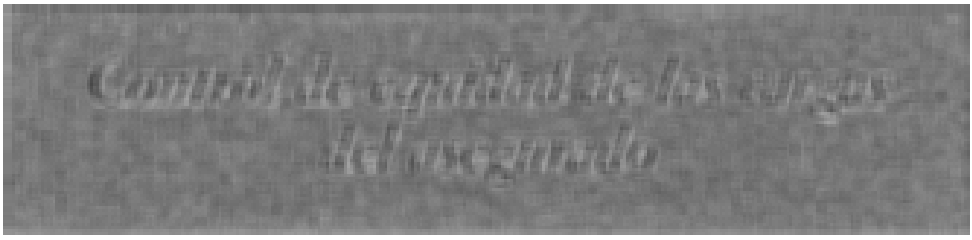
[19] Stiglitz, R., *Derecho... op. cit.*, v. 2, p. 517.

damento práctico del pacto de este tipo de términos contractuales en el seguro es sustancialmente el mismo que el de las cargas del asegurado.

No obstante, queda aún una cuestión que resolver antes de pasar al examen de las cargas en el seguro de responsabilidad civil. Atendido que las cargas del asegurado son cargas no estructurales, no podemos eludir la pregunta sobre la posibilidad de controlar el contenido de las cláusulas del contrato de seguro. Dado que las cargas del asegurado son términos funcionalmente análogos a las *conditions* y *warranties* en el Derecho de seguros, podemos abordar esta cuestión desde una perspectiva comparada. Esto nos permitirá vislumbrar no sólo la realidad dogmática del control de equidad de los términos del contrato de seguro, sino que, además, nos dará elementos para contrastar la conveniencia de una u otra regulación. A esto nos abocaremos en la siguiente parte de esta tesis.

Tercera parte
Control de equidad de los términos del contrato de seguro

IX



1. Control de equidad aplicable a todo contrato de seguro

1.1. Forma

a) Control administrativo. Superintendencia de Valores y Seguros

A partir de la modificación del artículo 3 letra e del DFL 251 de 1931, introducida por la Ley 19.769, de 7 de noviembre de 2001, para que las compañías puedan comercializar una póliza de seguro, deben proceder a su depósito[1]. El mismo artículo 3 e establece que la Superintendencia de Valores y Seguros «podrá prohibir la utilización de un modelo de póliza o cláusula cuando, a su juicio, su texto no cumpla con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción», o con las disposiciones mínimas del contenido de las pólizas fijadas por la misma Superintendencia por medio de circular[2]. De este modo, la ley otorga a la Superintendencia un control facultativo represivo del contenido de las condiciones generales de las pólizas.

[1] El sistema inmediatamente anterior a esta modificación legal era el de registro, por el cual la SVS debía homologar la póliza antes de que pudiera ser comercializada. Actualmente, las compañías pueden contratar con los modelos depositados una vez transcurridos seis días desde su incorporación al Depósito de Pólizas, sin necesidad de revisión previa por la SVS (Circular n.° 124 SVS, de 22 de noviembre de 2001).

[2] *Vid* Circular n.° 124 SVS, de 22 de noviembre de 2001 y Circular n.° 1457 SVS, de 9 de noviembre de 1999. Ambas contienen normas sobre contenidos mínimos e información que hay que incluir en las pólizas.

b) Control jurisdiccional. Arbitraje

b.1) Superintendencia de Valores y Seguros

A partir de la Ley 4.228, de 21 de diciembre de 1927, que creó la Superintendencia de Compañías de Seguros, se otorgó a ésta la facultad de resolver las causas de seguro donde se requiriese su intervención por ambas partes, o sólo por el asegurado en causas inferiores a cierta cuantía[3]. Esta norma fue modificada por el artículo 144, Ley 18.046 de 1981, que permitió que la misma Superintendencia discriminara los casos calificados, que a su juicio, merecen su intervención[4].

De este modo, la SVS puede resolver, como árbitro arbitrador, los casos a su juicio calificados en que sea requerida y admita intervenir. En este caso, la SVS puede realizar un control facultativo represivo de las condiciones generales de las pólizas, de alcance particular. Sin embargo, la participación de la SVS como árbitro ha disminuido su intensidad desde la reforma de 1981[5].

b.2) Árbitros privados

A partir de 1980 empieza a predominar en la práctica la designación de árbitros privados para resolver las controversias entre las partes del contrato de seguro. La cláusula de arbitraje es actualmente una cláusula de estilo en los contratos de seguro. Desde 1986, se estipula que el árbitro nombrado de común acuerdo es arbitrador, y el designado por la justicia ordinaria es de derecho[6].

---

[3] El artículo 2 letra g, Ley 4.228 de 1927, señalaba que una de las facultades de la Superintendencia era «resolver como árbitro arbitrador, sin ulterior recurso, en las dificultades que se susciten, ya sea entre Compañías y Compañía o entre el asegurado y la Compañía, cuando ambas partes, de común acuerdo, lo solicitaren.

»Será entendido, sin embargo, que el asegurado, por sí solo, podrá someter al árbitro arbitrador las dificultades que se produzcan cuando el monto de los daños reclamados no sea superior a veinte mil pesos, moneda corriente».

[4] Actual artículo 3 letra i, DFL 251 de 1931.

[5] CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, p. 30.

[6] *Idem.*

Opinamos que las personas naturales o jurídicas (de escaso poder económico), que contratan seguros, tienen graves dificultades para hacer valer sus derechos ante la justicia. Esto se debe a que el arbitraje es muy costoso para la mayoría de las personas que contratan seguros. Usualmente el costo del arbitraje más el costo del abogado excede el valor de la indemnización debida por el seguro, especialmente en los seguros de daños. La SVS actúa como árbitro sólo en los casos en que ambas partes lo requieran, lo que es inusual, pues lo natural es que la Compañía prefiera el arbitraje. Aun si ambas partes están de acuerdo, la

En consecuencia, los árbitros privados también pueden realizar un control facultativo represivo de las condiciones generales de las pólizas, de alcance particular[7].

1.2. Fondo

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, es difícil encontrar mecanismos técnicos que permitan inmiscuirse en el contenido de los contratos, para poder garantizar la equidad y el equilibrio en las prestaciones de las partes. Sin embargo, sabemos que la autonomía privada tiene límites, que corresponden a la idea de ilicitud del objeto y a la buena fe[8]. Las cargas se encuentran reconocidas por los artículos 556 y 557 del Código de Comercio. De este modo, consideramos que podrían estimarse ilícitas aquellas cargas que impongan desequilibrios más allá de los permitidos por el legislador.

SVS tiene la facultad de rechazar su participación como árbitro, sin necesidad de justificar este rechazo. El asegurado no requiere acuerdo de la Compañía para casos cuya cuantía sea inferior a 120 Unidades de Fomento. Pero aún en este caso, la SVS puede rechazar su nombramiento, si el caso no es, a su juicio, calificado. Además, el asegurado aún debe costear los honorarios de su abogado, si no se condena en costas a su contraparte, lo que no es usual. Consideramos que es necesario un mecanismo eficiente, rápido, barato y público para la resolución de juicios de seguros de escasa cuantía. Es necesario proporcionar un sistema de solución de controversias anterior al juicio, informal, por causas de cierta cuantía (superior a 120 U.F., por cierto), realizado por un organismo independiente, y cuyas resoluciones puedan ser eventualmente revisadas en tribunales. El modelo del antiguo *Insurance Ombudsman Bureau* inglés cumple con estos requisitos (*vid* BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 6).

[7] Las partes pueden optar por someterse a la justicia ordinaria. Además, la justicia ordinaria podrá revisar los casos en virtud de la apelación u otro recurso, dependiendo de la naturaleza y el contenido del compromiso. Por último, sus fallos pueden quedar sujetos a una revisión indirecta por medio del recurso de queja, especialmente si se trata de sentencias de árbitro arbitrador (artículo 545 Código Orgánico de Tribunales). Sin embargo, opinamos que el sistema restringe el acceso a la justicia por parte de simples particulares.

[8] Señala LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASIS; *et al*, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Bosch, 3.ª edic., Barcelona, 1994, v. 2, p. 472, que «la sanción y la ineficacia del contrato objetivamente inmoral o ilícito no se relacionan, en rigor, con el problema de la causa, sino con el ámbito de la admisibilidad de la autonomía privada». Por su parte, DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Civitas, 2.ª edic., Madrid, 1987, pp. 76 y 83, señala que las condiciones generales de los contratos podrían ser impugnadas por ser contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir abuso de derecho. Sin embargo, el autor citado señala que la forma más efectiva de control es a través del concepto de «renuncia a las leyes». A través de este mecanismo, pueden considerarse parcialmente nulas aquellas disposiciones que, irracional o injustificadamente, se alejen de lo establecido en las normas legales dispositivas.

a) Objeto ilícito

Las cargas están admitidas por la regulación legal del contrato de seguro (título VIII libro II del Código de Comercio), lo que las valida como cláusulas lícitas. Sin embargo, podría ocurrir que una de las partes, en desmedro de la otra, se valiera de una posición dominante o de una relación de confianza para configurar un negocio jurídico injustificadamente desequilibrado en cuanto a las prestaciones, retribuciones o cargas entre ellas. Este negocio puede considerarse nulo por contravenir las buenas costumbres y adolecer, en consecuencia, de objeto ilícito[9]. Sin embargo, insistimos en que el desequilibrio generado debería ser extraordinario, y que las circunstancias de la celebración del acto deberían manifestar un grado de confianza o de diferencia de poder muy acentuado.

En consecuencia, las cargas del asegurado no pueden considerarse, en sí mismas, ilícitas, pues son validadas por la ley. Sólo pueden serlo si generan un desequilibrio extraordinario de las prestaciones, es decir, más allá de lo legalmente permitido y de lo socialmente acostumbrado respecto de los contratos de seguro. Además, este desequilibrio extraordinario debe provenir de una situación de mayor poder de una parte sobre otra, o de un abuso de confianza[10].

---

[9] FLUME, W., *op. cit.*, p. 444. La ilicitud de actos, manifiestamente desequilibrados por contravención de las buenas costumbres, es aceptada por parte de la doctrina civil moderna. Puede encontrarse en BETTI, E., *Teoría general del... op. cit.*, p. 319. En Argentina, la jurisprudencia ha utilizado esta técnica para juzgar la moralidad de los actos desde la perspectiva de la equidad en las transacciones, logrando por este medio, por ejemplo, reducir las cláusulas penales excesivas, o impedir que a un pacto comisorio se le agregue una cláusula penal (CIFUENTES, SANTOS, *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*, Astrea, Buenos Aires, pp. 167-170). En nuestro país, la doctrina tradicional es más conservadora, y limita la idea de ilicitud del objeto a consideraciones extrapatrimoniales (*vid* LEÓN HURTADO, AVELINO, *El objeto en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958, pp. 54-57). A pesar de esto, una doctrina más moderna acepta la idea de objeto ilícito como límite de la autonomía privada, aunque no se pronuncia expresamente si la ilicitud incluye desproporciones patrimoniales en los negocios jurídicos (SAAVEDRA GALLEGUILLOS, FRANCISCO JAVIER, *El objeto y la causa del acto jurídico*, Conosur, Santiago, 2000, p. 106).

[10] No es difícil que este abuso se produzca en la relación asegurativa. El asegurado generalmente confía en los conocimientos del asegurador, y en la publicidad y ofertas que éste realiza. Además, en la mayoría de los casos el asegurador ostenta una posición prevalente sobre el asegurado, contando con una organización, recursos, conocimientos y asesores de los cuales el asegurado carece. En consecuencia, por regla general bastará que el asegurador se prevalezca de su posición.

b) Cláusula contraria a la buena fe

La buena fe es un principio exigido tanto en los contratos libremente discutidos como en los de adhesión. Sin embargo, en estos últimos se intensifica, pues la contravención a la buena fe puede significar una defraudación a las expectativas del adherente, toda vez que se le impongan cláusulas que van más allá de los buenos usos comerciales[11]. En nuestro país, se reconoce a la buena fe un carácter normativo y eventualmente correctivo de pactos contractuales, con el fin de velar por el contenido equitativo de la relación obligatoria[12]. De este modo, en virtud de la buena fe objetiva reconocida en el artículo 1546 del Código Civil, podría eventualmente ignorarse un pacto si éste es contrario a la buena fe[13].

Por lo tanto, una carga que sorpresivamente defraude las expectativas del adherente, yendo más allá de los buenos usos comerciales, podría ser ignorada en virtud del principio de buena fe contractual.

2. CONTROL DE EQUIDAD APLICABLE AL CONSUMIDOR DE SEGUROS

2.1. Aplicabilidad de la Ley de Protección al Consumidor al comercio de seguros

Al promulgar la Ley 19.496 de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores, LPC, se excluyó de su ámbito de aplicación a todas aquellas materias que estuvieran reguladas por leyes especiales. Sin embargo, la dejó como ley subsidiaria para las materias no previstas en estas leyes[14].

---

[11] TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 123.

[12] Sostiene SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, «El principio general de la buena fe» en *Instituciones modernas de Derecho civil*, Conosur, Santiago, 1996, p. 362, que la buena fe garantiza el comportamiento honrado aun en la etapa de formación y emisión de declaraciones de voluntad.

[13] Señala GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, «La buena fe en el Código Civil de Chile» en *Revista Chilena de Derecho*, v. 29 n.° 1 (2002), p. 20, que el principio de buena fe reconocido en el artículo 1546 del Código Civil, «obliga» a no invocar un pacto contractual injusto. Para que un pacto sea contrario a la buena fe, debe adolecer de alguno de los elementos que integran el concepto de buena fe, que son la legitimidad de los medios, la ausencia de fraudes y la ausencia de vicios (p. 23).

[14] Artículo 2 inciso tercero LPC: «las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean».

A pesar de la ambigüedad de esta contraexcepción al ámbito de aplicación, se entendió que las materias reguladas por leyes especiales quedaban exentas de la aplicación de la LPC[15].

Esta interpretación es actualmente más difícil de sostener, luego de la promulgación de la Ley 19.955, de 14 de julio de 2004, que modifica la LPC. Una de las intenciones específicas de la reforma fue la ampliación del ámbito de aplicación de la LPC. A pesar de que se mantuvo su aplicación sólo a actos mixtos, y se conservó también la exclusión de materias reguladas por ley especial, es difícil comprender el ámbito de aplicación subsidiaria de la ley como se hacía antes de su reforma[16]. Al parecer, la exclusión de la LPC a su aplicación a materias reguladas por ley especial debe entenderse sólo respecto de las materias efectivamente tratadas en la norma especial[17].

---

[15] JARA AMIGO, RONY, «Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones», en *Derecho del consumo y protección al consumidor*, H. Corral (editor), Cuadernos de Extensión 3, Universidad de los Andes, Santiago, 1999, p. 65. El autor cita las opiniones de los legisladores Thayer y Feliú, quienes manifiestan sus aprehensiones ante la ambigüedad de la contraexcepción, y las dificultades que puede acarrear la aplicación subsidiaria de la LPC a materias reguladas y fiscalizadas de manera especial (pp. 65-66).

[16] El Proyecto del Ejecutivo modificaba el artículo 2, eliminando la exigencia de que el acto sea civil para el consumidor y mercantil para el proveedor, pero manteniendo la exclusión de materias reguladas por ley especial (sesión 35.ª, 11 de septiembre de 2001, p. 17). En su exposición ante la Cámara baja, fundamentando el proyecto de ley, el Ejecutivo sostuvo que «la ampliación de la competencia se logra eliminando la exigencia del carácter mixto del acto de consumo, vale decir, civiles para el consumidor y mercantiles para el proveedor. Por su parte, el mantener la vigencia de las leyes especiales da cuenta de la especificidad de cada una de ellas, pero en ningún caso le resta validez a la ley n.° 19.496 en las áreas que la legislación especial no contempla» (Sesión 76.ª, 13 de mayo de 2003, p. 81). El proyecto fue modificado por indicación de los diputados Saffirio, Sala, Correa, Encina, Walker, Urrutia, Tohá, Uriarte, Tuma y Rossi (Sesión 76.ª, 13 de mayo de 2003, p. 101), prefiriéndose una regulación casuística, que corresponde a casos que pudiesen quedar excluidos por no ser mixtos, pero que habían provocado conmoción en la opinión pública. Finalmente la ley mantuvo su aplicación sólo a los actos mixtos, y conservó también en el artículo 2 bis a), la redacción del artículo 2 inciso tercero LPC, pero el espíritu de la reforma sigue siendo la ampliación del ámbito de aplicación de la LPC.

[17] Así parece desprenderse del fallo en Corporación Nacional de Usuarios y Consumidores de Chile (CONAD) c/ Banco del Estado de Chile (rol c.11679-2004, 14.° Juzgado Civil de Santiago). Al resolver sobre la aplicabilidad de la LPC al litigio, el tribunal reconoció que la actividad bancaria está regulada por la Ley 18.840 de 1989, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, y DFL 3, de 19 de diciembre de 1997, Ley de Bancos. Además, que la Superintendencia de Bancos «fiscaliza y controla la actividad bancaria para que se ajuste a las leyes y reglamentos en resguardo de los depositantes, acreedores y el interés público». Sin embargo, «las normas dictadas por el Banco Central que regulan las cuentas de ahorro, revisten el carácter de reglamentos dictados a la luz de la ley marco, esto

En conclusión, puede entenderse que la LPC se aplica en todos los casos no previstos por leyes de seguros especiales, cuando el acto es mercantil para el asegurador, y civil para el asegurado[18]. Con esto, deberá determinarse en cada caso si existen reglas especiales relativas al seguro que inhiban la aplicación de la LPC. En todo caso, no es suficiente la existencia de normas administrativas que protejan al asegurado, pues tienen rango inferior a la ley, aunque reconocemos que esto es discutible si la regulación reglamentaria es dictada en conformidad a lo establecido en una ley[19].

2.2. Control de forma

a) Control administrativo

La LPC no obsta al control del contenido de las pólizas por parte de la SVS, en ejercicio de la potestad atribuida por el artículo 3 letra e del DFL 251 de 1931. Sin embargo, es claro que la decisión sobre la validez o invalidez de una condición general no obsta al pronunciamiento para un caso concreto del juez, y de su reconocimiento como cláusula abusiva. Esto se debe a que el pronunciamiento de la SVS corresponde a un acto administrativo, cuyo rango es inferior al de la LPC. Esta conclusión es la misma bajo el sistema de depósito o registro de pólizas.

---

es, la 18.840, por lo que nos encontramos que hay una diferencia de categoría entre la normativa especial constituida por reglamentos y la de protección al consumidor, que tiene el rango superior de ley. Por lo que en la disyuntiva antes dicha, debe primar la Ley de Protección al Consumidor». Este fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones, en sentencia del 1 de julio de 2005. En su considerando séptimo, señala «que la Ley del Consumidor no colisiona con la normativa bancaria, ya que no busca fiscalizar las operaciones y negocios bancarios, sino únicamente interviene, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 2.° bis, cuando se produce el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor, en el que está comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios».

[18] De este modo, se exceptúan de la aplicación de la LPC los asegurados o tomadores, sean personas naturales o jurídicas, que realicen una actividad mercantil a la cual acceda la contratación de seguros, a pesar de que su negocio constituya sólo una operación de bajo monto. Tampoco son consumidores quienes no sean destinatarios finales. (*vid* JARA, R., *op. cit.*, pp. 51, 64; SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Las reformas introducidas por la ley n.° 19.955 de 14 de julio de 2004 a la ley n.° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores*, LexisNexis, Santiago, 2004, p. 10).

[19] Por ejemplo, prevalece la LPC sobre la Circular n.° 1457 SVS, de 9 de noviembre de 1999, que imparte instrucciones sobre información que debe incluirse en pólizas de seguros, reglas mínimas para seguros contratados en forma colectiva, normas generales de publicidad y normas sobre promoción, publicidad y oferta de seguros y de beneficios asociados.

b) Control jurisdiccional

b.1) Interés individual

Ni el DFL 251 de 1931 ni el Código de Comercio establecen reglas generales sobre jurisdicción. El artículo 3 letra i, DFL 251 de 1931, reconoce la facultad de la SVS de intervenir como juez árbitro, pero no es un procedimiento obligatorio. Obsta a la aplicación de la LPC, la cláusula de estilo por la cual se deja al conocimiento de jueces árbitros la resolución de controversias derivadas del contrato. Esta cláusula es una típica estipulación considerada como abusiva, a pesar de que la ley no la reconoció como tal. No obstante, luego de la reforma de la LPC, el consumidor puede, a pesar de la existencia de la cláusula arbitral, escoger entre el tribunal arbitral y el tribunal competente según las reglas generales (artículo 16 inciso final LPC). En consecuencia, el asegurado puede optar, a su arbitrio, por el procedimiento judicial establecido en LPC[20].

b.2) Interés colectivo y difuso

Las leyes sobre seguros tampoco contemplan normas especiales sobre procedimientos de protección de intereses colectivos o difusos, por lo que puede entenderse que las acciones colectivas contempladas en LPC son aplicables en materia de seguros. Así se desprende de lo establecido en el artículo 2 bis b LPC, que señala que las normas de esa ley son aplicables «en lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento».

2.3. Control de fondo. Cargas del asegurado como cláusulas abusivas

a) Concepto de carga del asegurado como cláusula abusiva

El control de fondo está dado por la posibilidad que las cargas puedan estimarse como cláusulas abusivas. Las cláusulas abusivas en el seguro han sido definidas como «aquellas que atacan el principio de buena fe o alteran el justo equilibrio de las prestaciones, además de aquellas otras que perju-

[20] De este modo, se recoge la sugerencia de TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 123, quienes criticaban duramente el estado anterior de la legislación, que validaba la cláusula arbitral. A través de este mecanismo, y especialmente por medio del árbitro arbitrador, podía eludirse fácilmente la normativa de protección al consumidor.

dican a los asegurados porque van en contra de la Ley, entendida en su sentido más amplio»[21]. En nuestro país, para que una cláusula pueda considerarse abusiva, debe corresponder a alguna de las enunciadas en la «lista negra» del artículo 16 LPC. Hasta antes de la reforma, la LPC no contaba con una disposición expresa que permitiera incluir a las cargas abusivas en la lista negra[22]. Pero ahora, la letra g constituye una prohibición general contra la estipulación de cláusulas abusivas. Es así como, actualmente, la letra g del artículo citado permite controlar las cargas que puedan considerarse abusivas, pues incluye a todas las estipulaciones que provoquen un desequilibrio en perjuicio del asegurador, contrario a la buena fe[23]. La regla en cuestión dispone que «no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones, que en contra de las exigencias de buena fe, atendiendo para estos efectos a los parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revi-

[21] PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS, *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Comares, Granada, 1993, p. 259. CABALLERO SÁNCHEZ, ERNESTO, *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Mapfre, Madrid, 1997, señala que la lesividad no sólo se refiere a la contravención de normas imperativas, sino cualquier situación que produzca daño o perjuicio al asegurado, que sea contraria a la buena fe y altere el equilibrio de las prestaciones.

[22] A pesar de esto, parte de la doctrina entendía que la LPC validaba los criterios de buena fe y buenas costumbres como principios generales de control, los que se estimaban «inequívocamente aplicables» (TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 123), criterio al cual nos adherimos.

[23] VELOSO VALENZUELA, PAULINA, «Cláusulas abusivas» en *Instituciones modernas de Derecho civil*, Conosur, Santiago, 1996, p. 444, señala que los elementos distintivos comunes de las cláusulas abusivas son: normalmente la derogación de normas dispositivas o los usos que regulan el contrato respectivo, la contravención del principio de buena fe, y el atentado a la reciprocidad entre las prestaciones, que entraña un notorio desequilibrio entre ellas, vulnerando la justicia conmutativa. En el mismo sentido, TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 80, quienes hacen referencia al concepto general de cláusula abusiva de la ley alemana de condiciones generales del contrato de 1976. Según los autores citados, este concepto «atiende a una desproporción perjudicial al adherente y contraria a la buena fe, que existiría cuando se altera el derecho dispositivo o la naturaleza del contrato de manera injustificada». Parte de la doctrina ha desestimado el carácter general de esta cláusula, pues se eliminó la primera frase de la letra g, contenido en el proyecto, que rezaba: «en general aquellas estipulaciones no negociadas individualmente...» (SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho del consumidor*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 91). Disentimos de esta opinión, pues la generalidad de la norma viene dada por su contenido, no por el encabezado.

sados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades».

Por lo tanto, puede considerarse que una carga del asegurado es abusiva si, contra la buena fe objetiva, causa un desequilibrio importante en las contraprestaciones, siempre que haya sido estipulada en un contrato de adhesión. A nuestro entender, esta revisión es posible a pesar del eventual control previo que haya realizado la Superintendencia, pues el control jurisdiccional de la ley no puede limitarse por lo señalado en normas administrativas.

b) Elementos para reconocer si una carga del asegurado es abusiva

b.1) Contrato de adhesión

El artículo 16 letra g LPC impone como requisito que las cláusulas abusivas se contengan en un contrato de adhesión. El requisito es razonable, pues este es un tipo de contrato donde sus especiales características de concreción hacen más probable infracciones a la buena fe y las buenas costumbres[24].

b.2) Función del contrato

Este es el concepto clave para determinar si una carga del asegurado es o no una cláusula abusiva. Las cargas del asegurado tienen una función específica en el contrato: pretenden disminuir el riesgo moral del contrato de seguro, a niveles tolerables para el desarrollo del negocio asegurador. En consecuencia, una carga debe ser examinada a la luz de este propósito. Así debe entenderse el artículo 16 letra g, cuando señala que para determinar si, contra la buena fe, hay un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, «se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen». De este modo, el asegurador «no debe utilizar las atribuciones que la ley le otorga de una manera "antifuncional"»[25]. El intérprete debe verificar, caso a caso, si la carga del asegurado

[24] Específicamente, la infracción consistente en la defraudación de las expectativas del adherente (TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 86). En consecuencia, en los contratos de seguros libremente discutidos (artículo 3 letra e DFL 251 de 1931), donde las partes tienen similar capacidad negocial y las cláusulas se negocian una a una, no puede entenderse, en principio, que las cargas del asegurado sean abusivas. Esto no obsta a que, eventualmente, puedan estimarse contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres. Sin embargo, la libertad de configuración interna del contrato, derivada del principio de autonomía de la voluntad, hace que sea más difícil negar la validez o la aplicabilidad de una carga del asegurado en los contratos libremente discutidos.

[25] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, v. 1, p. 447.

tiene por finalidad permitir el desarrollo de la función contractual, o bien, «si no disimula un propósito oculto consistente en burlar los derechos del asegurado»[26].

b.3) Derogación de normas imperativas, dispositivas, usos y costumbres comerciales

Esta es una característica común de las cláusulas abusivas[27]. Ellas suelen alejarse de la regulación de las normas dispositivas, o de los usos negociales[28]. Pero esta derogación no es lícita, a menos que se restablezca de algún otro modo el equilibrio contractual[29]. En consecuencia, una modificación injustificada, en perjuicio del asegurado, de una carga establecida por normas imperativas, dispositivas o contenida en las estipulaciones usuales en los contratos, es una señal inequívoca de que estamos ante una cláusula abusiva.

b.4) Presunción legal de buena fe

El artículo 16 letra g LPC establece que «se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades».

Esta norma es razonable, pues pretende impedir una doble revisión. Sin embargo, no puede entenderse como presunción de derecho, pues no cabe privar al Poder Judicial de su potestad de fiscalizar la aplicación de las leyes, renunciándola a favor de un órgano administrativo[30]. En consecuencia, se trata sólo de una presunción legal[31].

---

[26] *Ibidem.*

[27] VELOSO, P., *op. cit.*, p. 444.

[28] Demás está decir que si derogan normas imperativas son, antes que todo, nulas por objeto ilícito.

[29] En este sentido, DE CASTRO, F., *Las condiciones... op. cit.*, p. 83, observa que «el pacto o cláusula que se aparte del tipo legal y por el que se abandone alguna facultad u obligación, para que sea válido, habrá de estar justificado por alguna razón concluyente, estar su renuencia especialmente justificada o compensada».

[30] A menos que se declare que el órgano administrativo tiene jurisdicción (*v. gr.* el Servicio de Impuestos Internos), lo que nos parece inconveniente. Consideramos, además, que esta atribución de facultades debería ser, más que legal, constitucional, para preservar el principio de separación de poderes. Distinto es que se reconozca a un servicio público la facultad de actuar como árbitro, especialmente si se puede optar por recurrir a la justicia ordinaria, como en el caso de la SVS en litigios de seguros.

[31] El efecto de esta presunción legal es escaso, pues no altera la carga de la prueba de la ilicitud de la cláusula, que corresponde al asegurado. Simplemente, deberá justificar fehacientemente que se trata de una cláusula abusiva, a un punto tal de poder rebatir el juicio implícito o explícito de la autoridad administrativa.

Con respecto a las cargas del asegurado, la presunción legal, en principio, no es aplicable. Esto se debe a que las pólizas sólo deben ser depositadas, no registradas, con lo que falta el requisito de revisión y autorización previa. Excepcionalmente, será aplicable en los casos en que la póliza, la cláusula o la cláusula adicional (CAD) sea rechazado por la Superintendencia en uso de sus facultades (artículo 3, letra e, inciso final, DFL 251 de 1931) y, luego de su corrección por el redactor, sea aprobada. Lo mismo es aplicable en caso de un pronunciamiento específico de la Superintendencia sobre la validez de una cláusula[32].

c) El problema de las cláusulas delimitadoras del riesgo

c.1) Delimitación del riesgo por medio de las cargas del asegurado

La delimitación del riesgo puede realizarse no sólo a través de exclusiones, sino también por medio de cargas del asegurado[33]. En consecuencia, las cargas del asegurado pueden, en ocasiones, ser interpretadas como cláusulas delimitadoras del riesgo[34]. El problema que puede plantearse en este

[32] Por ejemplo, aun si la SVS estableciera que es válida una cláusula que establece la carga de notificar el siniestro dentro de una hora de ocurrido, sin que exista justificación aparente de este plazo.

[33] BIRDS, J, y HIRD, N., *op. cit.*, p. 149; VEIGA COPO, ABEL, *Condiciones en el contrato de seguro*, Comares, Granada, 2005, p. 266.

[34] Sostiene BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO, «Cláusulas delimitadoras del riesgo, consentimiento contractual y expectativas razonables del asegurado» en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, n.° 3, año 7, Julio-Septiembre (2000), p. 31, que las cláusulas delimitadoras del riesgo «serían cláusulas que precisan el objeto del contrato mediante la determinación del riesgo, del *aleas* cubierto; precisan el alcance de la obligación del asegurador de dar cobertura al asegurado describiendo el hecho causante de la deuda resarcitoria a cargo del primero y a favor del segundo». En consecuencia, es cláusula delimitadora cualquiera que determina el riesgo asumido por el asegurador. En contra, LARRAYA RUÍZ, LUIS JAVIER, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 147, quien opina que sólo pueden considerarse verdaderas cláusulas delimitadoras aquellas que se encuentran agrupadas en el apartado correspondiente, al comienzo de la póliza, concretando el riesgo. Las cláusulas que restringen la cobertura, pero se encuentran fuera del grupo de la delimitadoras, deben estimarse limitativas de los derechos del asegurado (artículo 3 LCS). Debe distinguirse, a su vez, entre cláusula limitativa y cláusula lesiva. La cláusula limitativa restringe los derechos del asegurado, pero es válida si éste presta su consentimiento, de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento (SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, «Condiciones generales» en *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez (dir.), Aranzadi, 2.ª edic., Navarra, 2001, p. 95). En cambio, las cláusulas lesivas son inválidas siempre. A nuestro entender, nuestro concepto de carga como cláusula abusiva es asimilable a la cláusula lesiva del artículo 3 LCS.

punto, es que las cláusulas delimitadoras del riesgo son más difíciles de atacar como cláusulas abusivas, pues su función es determinar el objeto del contrato. De este modo, las cláusulas delimitadoras fijan el riesgo asumido por el asegurador. Un mayor o menor riesgo se verá reflejado, idealmente, en el menor costo de la prima. Por esto, no puede sostenerse que una cláusula que delimita el riesgo es abusiva, cuando el mayor o menor riesgo asumido se refleja en la prima del asegurado y determina las características del servicio ofrecido. Esta determinación debería quedar en manos del oferente. De lo contrario, se estaría ante una intromisión inconveniente en la esfera de autonomía en la que es el empresario, y no el juez, quien debe determinar cuál es la prima comercialmente adecuada.

Pero esta regla no es absoluta. Una cláusula delimitadora siempre limita los derechos del asegurado. Esta estipulación limitativa puede ser una carga[35]. Pero no por eso es, necesariamente, abusiva. Por otro lado, una cláusula que delimite el riesgo generalmente no será cláusula abusiva, pero puede llegar a serlo[36]. A nuestro entender, los criterios para verificar si una cláusula delimitadora del riesgo puede considerarse abusiva son los de las expectativas del asegurado y el del perjuicio.

Una cláusula delimitadora no puede considerarse abusiva ni limitativa si impone una restricción que «sea coherente con el tipo de seguro contratado o, por las circunstancias del caso, el asegurado debiera contar con su existencia»[37]. Las limitaciones «deben expresar algo ya implícito en el *no-*

[35] Según VEIGA, A., *op. cit.*, p. 277, limitan o cercenan los derechos del asegurado las cláusulas que excluyen totalmente el pago de la indemnización por parte del asegurador por el no cumplimiento de deberes. En nuestra opinión, si se sigue la nomenclatura del artículo 3 LCS, las cargas del asegurado son siempre limitadoras, aunque es discutible que sean limitativas. Sin embargo, sería recomendable que en Chile se impusiera por ley, como requisito de validez, que se las destacara a través del uso de negrita o de caracteres de mayor tamaño en los contratos de adhesión.

[36] Sostiene LARRAYA, J., *op. cit.*, p. 238, «que las exclusiones o restricciones que se emplacen en la delimitación del riesgo y no sean sorprendentes, contrarias a las normas imperativas, a la naturaleza del contrato, que respeten el justo equilibrio de las prestaciones y la buena fe y no contraríen de forma abusiva a alguna o algunas de las cláusulas garantizadoras de derechos ubicadas en esa misma delimitación del riesgo, serán calificadas de delimitativas del riesgo siendo verdaderas estipulaciones legales y no limitativas de derechos. Sin embargo, si ellas van contra algo de lo relacionado anteriormente deberán ser catalogadas como cláusulas lesivas y por tanto nulas». Este criterio es correcto. Sin embargo, es demasiado general, pues las situaciones descritas convierten a la cláusula en lesiva o abusiva. De este modo, este criterio equivale a decir que una cláusula delimitadora es abusiva cuando es cláusula abusiva. Se requiere un criterio que sirva para determinar cuándo y en qué casos puede o no puede considerarse que no existe atentado a la buena fe y al equilibrio de las prestaciones, a través de la delimitación del riesgo.

[37] BALLESTEROS, J. *op. cit.*, p. 37.

mem iuris del contrato, en sus cláusulas esenciales, o conocido y asumido por el tomador de forma suficiente»[38].

Por el contrario, el respeto a la apariencia creada, derivado del principio de buena fe, hace al asegurador responsable de las expectativas razonables[39]. Atendidas las circunstancias y naturaleza del contrato, y las condiciones del mercado, una carga del asegurado puede considerarse abusiva si, de manera sorpresiva, altera gravemente la «normalidad» del contrato. Debe tenerse presente que el conocimiento y la aceptación específica de la carga evitan la defraudación de las expectativas. Por lo tanto, excluyen la consideración de la carga delimitadora como abusiva.

No obstante, una carga no puede considerarse abusiva si no hay perjuicio para el asegurado (artículo 16 letra g LPC). Por consiguiente, la carga delimitadora no es abusiva si el asegurado se beneficia con una rebaja del valor de la prima en razón de la exclusión, o con alguna otra compensación suficiente.

En síntesis, no es abusiva una carga del asegurado si es delimitadora de derechos del asegurado. Excepcionalmente puede serlo, si es contraria a las expectativas razonables del asegurado y, además, le provoca perjuicio.

c.2) *Excursus.* El caso de la cláusula *claims made* o de «reclamación del perjudicado»

La cláusula *claims made* es propia de los seguros de responsabilidad civil[40]. Esta estipulación «condiciona el pago a que la reclamación se produzca dentro de la vigencia de la póliza o durante un período limitado de tiempo siguiente a su expiración, cubriendo en ocasiones un período de tiempo anterior al contrato denominado riesgo de anterioridad»[41].

La cláusula fue creada a propósito de los seguros de responsabilidad civil, pues las compañías aseguradoras no fueron capaces de cubrir los riesgos

---

[38] *Idem.*

[39] *Idem.*

[40] *Claims made* puede traducirse como «reclamo realizado». Es decir, es una póliza que cubre la responsabilidad civil por los daños cuyos reclamos sean realizados durante su vigencia.

[41] YEPES RESTREPO, SERGIO, «Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro: ¿validez de las *claims made* en el seguro de responsabilidad civil?» en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n.° 15 (1999), p. 107. Según PERALTA VALENZUELA, RICARDO, «Cláusulas "*claims made*" y "*per ocurrence*", en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, n.° 9 (2002), pp. 73 y 76, el efecto de la cláusula es aún más radical, pues modifica el riesgo asegurado. Este es el reclamo o demanda de responsabilidad civil, y no el hecho originador de responsabilidad civil, como en el seguro *per ocurrence*.

de «cola larga». Estos son aquellos en que el daño puede manifestarse mucho tiempo después de producido el hecho originador. El riesgo será más largo mientras más largo sea el período de prescripción de la responsabilidad civil, o bien, si este lapso se computa desde que el daño se manifiesta. Esta situación se hizo insostenible para las compañías aseguradoras en Norteamérica, especialmente a propósito de los reclamos producidos al descubrirse las causas y consecuencias de la asbestosis, en la década de 1970[42].

Las compañías crearon la cláusula *claims made*, con el objeto de poder enfrentar los riesgos de «cola larga»[43]. Además, las compañías reaseguradoras impusieron este tipo de cláusulas en sus contratos, con lo que las aseguradoras tienen escasas posibilidades de conseguir reaseguros si ellas, a se vez, no pactan la cláusula en sus pólizas[44].

Sin embargo, la cláusula *claims made* ha sido objeto de duras críticas, siendo rechazada su recepción por la doctrina y jurisprudencia española y francesa, por considerarse cláusula lesiva[45]. Se ha sostenido que la cláusula desnaturaliza el sentido de protección del contrato de seguro, atentando gravemente contra su utilidad. Además, obliga al asegurado a mantenerse cubierto por una misma compañía durante todo el tiempo que dure la prescripción, con lo que se transforma en cliente cautivo. Por último, se sostiene que esta cláusula devuelve el riesgo al consumidor, que precisamente ha pagado una prima por traspasarlo[46].

No obstante, la fuerza de la realidad económica ha terminado por imponer la delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil por medio de la cláusula de «reclamación del perjudicado»[47].

---

[42] Por todos, PERALTA, R., *op. cit.*, p. 72-73.

[43] Afirma VERDERA Y TUELLS, EVELIO, «La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del tribunal superior español: una primera revisión crítica» en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n.° 8 (1996), p. 107 que «desde el punto de vista económico, las dificultades derivan no sólo de la duración de los tiempos, sino sobre todo de su imprevisibilidad, que priva de los elementos básicos necesarios para el correcto cálculo actuarial de las tarifas y las reservas».

[44] YEPES, S., *op. cit.*, p. 122.

[45] *Ibidem*, pp. 112-113.

[46] Una síntesis de las críticas a la cláusula comentada se encuentra en SOBRINO R., WALDO AUGUSTO, «La función social del seguro de responsabilidad civil *vs.* la cláusula *claims made*» en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n.° 18 (2002), pp. 116-118.

[47] De este modo, el artículo 73 LCS fue modificado en 1995 para admitir una versión morigerada de la cláusula *claims made* en España, y así intentar zanjar la discusión y dar garantías a los reaseguradores (*vid* SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, «Aplicación de la Ley» en *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez (dir.), Aranzadi, 2.ª edic., Navarra, 2001, p. 73). En Chile la cláusula es utilizada en las pólizas de responsabilidad civil, a pesar de que no es clara su validez si se contrasta con las disposiciones legales que rigen el contrato de seguro.

Esto demuestra que el juicio sobre la lesividad de una cláusula del contrato de seguro, no puede realizarse prescindiendo de las consideraciones de mercado y de la función económica de la cláusula en el contrato[48]. En efecto, el hecho de que sin la cláusula *claims made* el comercio de seguros de responsabilidad civil sería difícil de realizar en algunos países, además de la garantía de que el reconocimiento de esta cláusula supone una rebaja en el valor de las primas, son argumentos suficientes para reconocer su licitud.

d) Ejemplos de cargas del asegurado consideradas cláusulas abusivas

No pretendemos dar una lista taxativa de cargas del asegurado que puedan estimarse cláusulas abusivas. La determinación de si una cláusula es abusiva o no responde a un análisis indudablemente casuista. En cada caso, se habrá de tener en vista las circunstancias económicas del contrato y si la carga provoca o agrava un desequilibrio importante. Esto debe ser determinado en vista de la función de la carga. Si la carga del asegurado se utiliza más allá de su función, o bien, oculta el propósito real de burlar los derechos del asegurado, debe estimarse abusiva. Así, ha resuelto la jurisprudencia argentina que «subordinar el resarcimiento del evento dañoso a un comportamiento del asegurado que excedería su común diligencia, sería admitir una condición irrazonable»[49].

Por lo tanto, pueden considerarse abusivas, en atención a las circunstancias, las cláusulas relativas a las cargas del asegurado que:

Afirma CONTRERAS STRAUCH, OSVALDO, «De la cláusula *claims made* en los seguros de responsabilidad civil» en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n.° 8 (1996), p. 113, que «en Chile, por aplicación conjunta de las disposiciones contenidas en los artículos 522 y 551 del Código de Comercio en relación a los artículos 1546, 1562, 1563 y 1564 del Código Civil, es muy probable que un examen más a fondo del organismo contralor de los seguros en Chile [...] y/o juez que conozca del conflicto que pueda surgir entre el asegurado y el asegurador respecto de esta cláusula, no la consideren válida y condenen al asegurador a pagar un siniestro reclamado por el asegurado posteriormente —cuando ha tenido noticia de la pretensión del tercero afectado— siempre que "la ocurrencia" del hecho, haya acaecido durante la vigencia del seguro».

[48] Por esto ha afirmado VERDERA, E., *op. cit.*, p. 62, que «la regulación específica del seguro de responsabilidad civil en las modernas leyes reguladoras del contrato de seguro tropieza con dificultades, críticas y reticencias, por parte de una doctrina hostil, que pone en tela de juicio la conveniencia misma de su admisibilidad, hasta que las exigencias de la práctica terminan por imponerse».

[49] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, v. 1, p. 446.

i) Imponen plazos de notificación más breves que los establecidos en la ley[50].
ii) Establecen exigencias más allá de las necesarias para cumplir la finalidad de la carga. Por ejemplo, si la función de la carga es sólo el conocimiento del siniestro, exigir «medios fehacientes», o la comparecencia personal del asegurado al entregar la información[51].
iii) Eliminan o limitan irracionalmente la defensa de alegar la imposibilidad de hecho del asegurado.
iv) Permiten que el asegurador oponga la inobservancia de la carga, a pesar de no haber sufrido perjuicio ante la inejecución, o no haber incidido ésta en la extensión de la obligación asumida[52].
v) Declaran anticipadamente que las contradicciones a los actos propios del asegurador, relativas a la aceptación del pago de la indemnización, no constituyen renuncia de su opción de oponer la excepción de inejecución de la carga.
vi) Impongan al asegurado entregar informaciones complementarias sobre el siniestro de manera caprichosa, no necesariamente conectada con el siniestro, o exigiendo un esfuerzo más allá de lo razonable al asegurado para averiguar tales antecedentes[53].
vii) Dejen a criterio exclusivo del asegurador la determinación de si la carga ha sido observada o inobservada[54].

e) Efecto del reconocimiento de la carga como la cláusula abusiva

e.1) ¿Nulidad del contrato o nulidad de la cláusula?

Se desprende del artículo 16 LPC, que la determinación de una cláusula como abusiva, acarrea su nulidad. En efecto, el artículo citado hace siempre referencia a la nulidad de la cláusula o estipulación, y nunca a la

[50] El artículo 556 n.° 5 del Código de Comercio impone al asegurado notificar en tres días el advenimiento de cualquier accidente que afecte su responsabilidad. En consideración a los medios tecnológicos actuales, comparados con aquellos disponibles a la época de promulgación del Código de Comercio, el criterio de tres días supone un grado importante de inmediatez.

[51] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, v. 1, p. 449.

[52] *Ibidem*, pp. 448 y 450.

[53] *Ibidem*, p. 447.

[54] Por ejemplo, podría considerarse abusiva la cláusula establecida en el artículo 18 POL 1 92 040 (seguro de carga en transporte terrestre): «Si existiere alguna causa de fuerza mayor que impidiere dar cumplimiento a lo señalado, el asegurador podrá restaurar el derecho a la cobertura si la causa fuere de su satisfacción».

nulidad del contrato[55]. Pero es el artículo 16 A el que establece expresamente la sanción de nulidad parcial del contrato, o nulidad de la cláusula. Dispone este artículo que «declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración».

De esta norma se obtiene que la sanción, por regla general, es la nulidad de la cláusula, y que excepcionalmente puede declararse la nulidad de todo el contrato. Esta última solución es inconveniente. Como se ha sostenido, «de aceptarse la nulidad total, la protección del adherente se transformaría en retórica, provocándose un serio desincentivo a la litigación, ya que éste quedaría en una posición de "tómelo o déjelo"»[56].

En cuanto a la carga como cláusula abusiva, la nulidad del contrato es absolutamente inadmisible. Si se anula el contrato, el asegurador pierde las primas, pero no debe pagar la indemnización. En consecuencia, bastaría con probar que la póliza contiene una cláusula abusiva para liberar al asegurador del pago de la obligación principal. Si se produce el siniestro cubierto, se cumple la condición y se hace exigible la obligación, que es de una cuantía muy superior al valor de las primas, incluso si se han devengado varias. En consecuencia, la nulidad total del contrato se transformaría en un incentivo económico para que el asegurador redactara cláusulas abusivas. Por lo tanto, la sanción, con respecto a la carga del seguro como cláusula abusiva, debe ser siempre la nulidad de la estipulación.

e.2) Extensión de la nulidad parcial

Se ha entendido que la expresión «cláusula», debe entenderse en un sentido material en los contratos de adhesión[57]. La expresión «cláusula» significa, para estos efectos, contenido de regulación[58]. Por lo tanto, es irrelevante cómo esté dispuesta en el contrato. Si está en un mismo párrafo o no,

---

[55] El encabezado del artículo 16 LPC señala que «no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión *las cláusulas o estipulaciones* que: ...». También la letra g y el inciso final del mismo artículo. Además, lo señala el mismo título del párrafo 4.°.

[56] TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 165. *Vid* DE CASTRO, *Las condiciones...* , p. 87.

[57] TAPIA, M., y VALDIVIA, J., *op. cit.*, p. 167.

[58] ALFARO, J., *op. cit.*, p. 346. Señala, además, que «estamos ante una cláusula cuando se anude una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho», independiente de su disposición formal.

si está en una misma letra, número o en varias. Además, puede haber más de una cláusula por párrafo.

Consideramos que la nulidad de la carga como cláusula abusiva no significa necesariamente la nulidad de la carga en sí, sino del contenido de regulación abusivo. Por ejemplo, si se trata de una carga de notificación de plazo abusivamente breve, la nulidad no afecta a la carga, sino al plazo. De este modo, el asegurado no se libera de su carga de notificar, sino que puede hacerlo en un plazo razonable.

e.3) Integración del vacío

Siguiendo con el ejemplo anterior, ¿cómo sabemos cuál es el plazo que corresponde ahora a la carga? Integrar el vacío consiste en llenar la laguna normativa del contrato afectado por la nulidad parcial. La doctrina coincide en el siguiente orden de criterios a los que puede echar mano el juez para la integración del contrato parcialmente nulo[59].

En primer lugar, el juez debe verificar si las partes han estipulado reglas para el caso de integración. A nuestro entender, esta regla tiene el inconveniente de que el juez debe verificar nuevamente la equidad de las estipulaciones.

En segundo término, si las partes no han contemplado una regulación expresa, el juez deberá recurrir al derecho dispositivo.

En tercer lugar, si no hay regla dispositiva que sea satisfactoria, el tribunal debe acudir al contrato, «para determinar si existen datos en el mismo que permitan deducir qué regulación se habrían dado las partes» (interpretación integradora del contrato)[60].

Por último, el juez debe analizar la naturaleza del contrato, y de ella debe obtener la regulación que el legislador hubiese dado para ese supuesto (integración del contrato de acuerdo con la buena fe)[61].

e.4) Régimen de la nulidad de la cláusula abusiva

Ni la ley ni la doctrina nacional se han pronunciado acerca del régimen de la nulidad de cláusula abusiva. En consecuencia, este vacío debe integrarse recurriendo a la normativa general sobre nulidad. En nuestra opinión, estamos ante un caso de nulidad absoluta, pues las cláusulas abusivas son estipulaciones contractuales que adolecen de objeto ilícito.

---

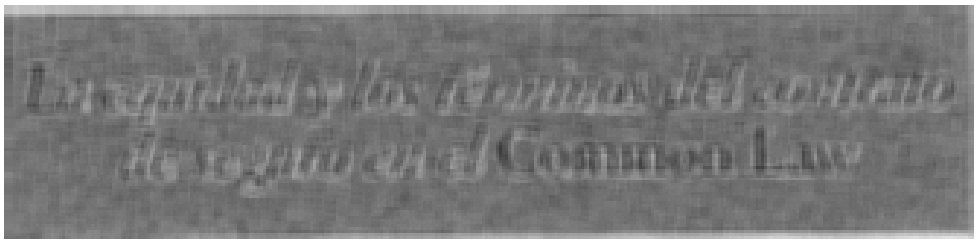
[59] Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... op. cit.*, v. 1, pp. 482-483.

[60] ALFARO, J., *op. cit.*, p. 360.

[61] *Idem.*

En consecuencia, según el artículo 1683 del Código Civil, puede ser declarada por el juez, y debe serlo si aparece de manifiesto en el contrato. Además, puede alegarse por todo aquel que tenga interés en ello y aún por el Ministerio Público, actualmente representado por los fiscales de Corte de Apelaciones. Además, y en aplicación del artículo recién citado, no puede sanearse por ratificación, y la acción de nulidad prescribe en un lapso de diez años, contados desde la celebración del contrato.

X



1. La crítica

Tanto los jueces y el parlamento como los académicos británicos están conscientes de la dureza de los términos del contrato de seguro[1]. Esta dureza parece tener su causa en los orígenes del Derecho de seguros en el *Common Law*.

En Inglaterra, el Derecho del contrato de seguros fue desarrollado principalmente por lord Mansfield, a partir de sus propios conocimientos de seguro marítimo, hace más de doscientos años[2]. Los precedentes establecidos por Mansfield fueron codificados en la *Marine Insurance Act* (1906), que constituye la base del derecho de contrato de seguros. Específicamente, en ella se contemplan los aspectos fundamentales de las *warranties*. La dureza de los efectos de las *warranties* en el Derecho de seguro marítimo creado en tales años tiene un doble fundamento: la igualdad de poder negociador (aun cuando en algunos casos podía sostenerse que el asegurado tenía mayor poder); y la total dependencia del asegurador en la información provista por el asegurado[3]. Tales circunstancias son muy distintas a las actuales para el asegurador y asegurado en el seguro terrestre. Es por esto que se ha sostenido que «el derecho relativo a las *warranties* en los contratos de seguro es uno de los mejores ejemplos de cómo reglas que

[1] Hodgins, R., *op. cit.*, p. 340; Birds, J. y Hird, N. J., *op. cit.*, p. 157.

[2] Clarke, M., *Policies... op. cit.*, p. 249.

[3] «El objeto asegurado está generalmente más allá del alcance, y no sujeto a la inspección del asegurador, usualmente en puertos distantes o mar abierto, y los peculiares riesgos a los que puede verse expuesto, demasiado numerosos para ser anticipados o para preguntar sobre ellos, son conocidos sólo por el asegurado y aquellos por él empleados» (*Hartford v. Harner* 2 Ohio St. 452 [1853]).

eran justificadamente necesarias al ser creadas, hace casi doscientos cincuenta años atrás, pero que han sido permitidas de permanecer virtualmente inalteradas, tanto por la legislatura como por la jurisprudencia, pueden hoy generar gran dureza para una de las partes, invariablemente el asegurado»[4].

Las críticas a los términos del contrato de seguros han sido específicamente enfocadas a dos aspectos: la *basis of the contract clause* y la estrictez del cumplimiento.

1.1. Problemas de la *basis of the contract clause*

La *basis of the contract clause* es una estipulación inserta en la póliza, que establece que las declaraciones realizadas en la propuesta se entienden base del contrato. De este modo, tales declaraciones se convierten en términos fundamentales de la póliza, por lo que se entiende que se trata de *warranties*[5].

El problema de las *basis of the contract clauses* consiste en que aun la más irrelevante o inmaterial declaración puede ser transformada en *warranty* si se utiliza la redacción adecuada. Así, en *Dawson Ltd. v. Bonnin* el asegurador pudo liberarse de su responsabilidad en razón de que el asegurado cometió un error irrelevante con respecto al lugar en que los camiones asegurados serían estacionados[6].

Esta circunstancia se agrava si se tiene en consideración que, usualmente, los contratos de seguro se renuevan año a año. Cada renovación puede implicar modificaciones de todo tipo, mas todas hacen referencia a la propuesta inicial. ¿Es razonable esperar que el asegurado recuerde hasta el más mínimo detalle de lo declarado, por ejemplo, hace diez años? Peor es la situación del asegurado si tenemos en cuenta que a través de la *basis of the contract clause* se pueden crear *warranties* continuas o promisorias. Ellas suponen que el asegurado las cumpla a lo largo de todo el contrato. Si el asegurado no quiere arriesgarse a quedar sin indemnización, no sólo debe haber sido certero al momento de responder la propuesta, sino que,

---

[4] HIRD, N. J., «Warranties-better in the future?» en *Journal of Business Law*, Julio (1996), p. 404. En el mismo sentido, DAVEY, JAMES, «Pritpak v. AGF Insurance: no need to be alarmed?» en *Journal of Business Law*, Noviembre, (1999), p. 589, ha descrito a las reglas sobre las *warranties*, tal como han sido desarrolladas en el seguro marítimo, como «un pez fuera del agua».

[5] *Vid supra* «concepto de *warranty*», p. 278.

[6] [1922] 2 A.C. 413.

además, tener presente que cada una de sus declaraciones pueden implicar compromisos de carácter futuro[7].

No importa que la declaración hecha en la propuesta sea relevante o no. A este respecto, la libertad contractual reina en Inglaterra, y las partes son libres para clasificar cualquier término como *warranty*. Lo anterior, aun cuando no tengan relación alguna con el riesgo[8].

1.2. Dificultades causadas por la estrictez del cumplimiento

Hemos señalado como características de las *warranties* la prescindencia de materialidad, de relación causal con el siniestro y la estrictez en su cumplimiento. Basta revisar un par de casos para entender la extremada dureza que esto puede significar para el asegurado[9].

Mayores críticas se pueden realizar si se tiene presente que, a través de la transformación de declaraciones en *warranties*, lo que se logra es un endurecimiento de las ya estrictas reglas sobre *misrepresentation* y *non disclosure*[10]. Un contrato de seguro puede rescindirse porque el asegurado ha dado información falsa o errónea, o bien, incompleta. Para ello es necesario que la información requerida haya sido determinante para el asegurador[11]. Tal es la regla tanto en la *misrepresentation* como en la *non disclosure*. En cambio, una *warranty* no requiere ser determinante para producir la terminación automática en caso de incumplimiento. En consecuencia, se rele-

---

[7] HIRD, N. J., «Warranties...» *op. cit.*, p. 405.

[8] BENNET, HOWARD N., «Good luck with warranties» en *Journal of Business Law*, noviembre (1991), p. 587.

[9] *Vid supra* «características de las *warranties*», p. 285.

[10] Brevemente, se puede entender que genera *misrepresentation* (representación falsa) toda información errónea entregada por el asegurado, que haya sido determinante para el asegurador para celebrar el contrato. El efecto de la *misrepresentation* es que el contrato es rescindible *ab initio*. La *misrepresentation* es una institución común del derecho de contratos. No así la *non disclosure* (ausencia de declaración). Ella es consecuencia del deber de *utmost good faith* (ubérrima buena fe) que se deben mutuamente asegurado y asegurador. En virtud de este deber, el asegurado se encuentra en la necesidad de dar al asegurador no sólo la información que éste requiera, sino todo aquello que un asegurador prudente hubiese deseado saber para determinar el valor de la prima y la cobertura (esto es lo que se entiende por «determinante» para efectos de *non disclosure*). Lo anterior, supone todo dato relevante de ser analizado, aun cuando no sea suficientemente determinante como para alterar la evaluación del riesgo. El efecto del incumplimiento del deber es, al igual que en la *misrepresentation*, la posibilidad de rescindir. Para un completo análisis de estas instituciones, ver LEGH-JONES, N.; BIRDS, J. y OWEN, D., *op. cit.*, pp. 383-477.

[11] *Material* puede traducirse como determinante.

va al asegurador de la prueba de la importancia de la estipulación para la conclusión del contrato[12].

Tal circunstancia parece no sólo injusta sino, además, inconveniente, pues es discutible que el asegurado esté siempre en mejores condiciones de obtener la información relevante al riesgo que el asegurador[13]. Esto ya había sido puesto en evidencia por lord Mansfield en *Carter v. Bohem* (1766)[14].

Otra dificultad emerge a partir del problema de la distinción entre cláusulas descriptivas del riesgo y *warranties*. Las primeras demarcan el límite de cobertura, las segundas son promesas del asegurado ligadas al riesgo. Ambas no requieren relación causal con el daño. Sin embargo, el incumplimiento de una cláusula descriptiva puede ser remediado. No así el incumplimiento de una *warranty*. El problema consiste en que una cláusula descriptiva del riesgo puede ser perfectamente estimada como *warranty* por una Corte, con lo que, aun si su incumplimiento ha sido remediado, el asegurado puede verse desprovisto de su indemnización[15].

1.3. Propuestas de reforma

En 1957, el *Law Reform Committee* presentó un informe titulado *Conditions and Exceptions in Insurance Policies*, *Command* 62, en el que se trató el problema de la dureza de los términos contractuales. Sin embargo, no hubo reforma legislativa[16]. Un nuevo informe fue presentado por la *Law Commission* en 1980[17]. La comisión consideró que existía una formidable necesidad de reformar la ley.

---

[12] HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 405.

[13] CLARKE, M., *Policies... op. cit.*, p. 92, sostiene que la regla racional es aquella que minimiza los costos agregados de un error potencial, asignando el riesgo de su ocurrencia a la parte que es la mejor (más económica) recopiladora de información. En consecuencia, se debe desincentivar una regla que desaliente o impida la búsqueda de información por tal agente. De este modo, se ha fallado en Canadá que un asegurador de responsabilidad civil debe estar al tanto de los peligros del asbesto en una época en que tales peligros son notorios en la prensa. También que un asegurador de aeroplanos debe revisar los bancos de datos públicos sobre historial de accidentes que puedan influir en la estimación del riesgo. Asimismo, un asegurador de salud puede esperar que el proponente sepa o averigüe si su padre tuvo artritis; pero es el asegurador quien está en mejor posición para descubrir si los granjeros de un lugar específico, como el asegurado, tienen mayores posibilidades de contraer artritis que otras personas.

[14] (1766) 3 Burr.

[15] BENNET, H., *op. cit.*, p. 587.

[16] HODGINS, R., *op. cit.*, p. 340.

[17] LAW COMMISSION, *Insurance Law: Non Disclosure and Breach of Warranty*, Cmnd 8064, Law Com 104, 1980, London: HMSO.

En cuanto a las *warranties*, se planteó que era necesario modelar un nuevo sistema. Se estimó que un término del contrato sólo puede ser una *warranty* si es determinante al riesgo, es decir, si se trata de un compromiso relativo a un asunto que influenciaría a un asegurador prudente a decidir si acepta el riesgo o no y, si decide aceptarlo, a qué prima y en qué términos[18]. No obstante, se recomendó que un término con las características de una *warranty* debe presumirse como tal. Así, se presume la materialidad del término, pero se admite que el asegurado pruebe que el término no es determinante al riesgo.

En lo concerniente a la *basis of the contract clause*, la *Law Commission* recomendó todo tipo de salvaguardas formales para evitar que el asegurado olvide o no tenga conciencia acerca de las *warranties* a las que se ha comprometido[19]. La inobservancia de estas formalidades implicaría que el asegurador no puede utilizar el incumplimiento de una *warranty* para oponerse al reclamo[20].

Según la *Law Commission*, el mayor problema del efecto de las *warranties* es que basta un incumplimiento para que el asegurador se libere automáticamente. De este modo, basta un leve incumplimiento inmaterial en el pasado, para que dependa de la sola voluntad del asegurador si paga o no paga un reclamo que puede tener lugar mucho tiempo después[21]. A pesar de que la *Law Commission* era consciente de que los aseguradores no utilizan esta defensa usualmente, y sólo lo hacen cuando sospechan fraude, de todas formas propuso la reforma de esta parte de la ley.

La Comisión recomendó que el asegurador pudiese oponer el incumplimiento de la *warranty* al reclamo, en principio, sujeto a que el asegurado no probase alguna de las siguientes circunstancias: que la *warranty* contravenida tenía la finalidad de reducir el riesgo (o impedir el aumento) de un determinado tipo de siniestro, y el siniestro ocurrido en los hechos es distinto; que a pesar de que el riesgo era del tipo que la *warranty* incumplida pretendía hacer menos probable, el incumplimiento del asegurado no pudo haber aumentado el riesgo de que el siniestro ocurriese en la forma en que efectivamente ocurrió[22].

Como podemos apreciar, se trata de defensas causales que el asegurado podría oponer al asegurador.

---

[18] *Ibidem*, párrafo 6.12.

[19] *Ibidem*, párrafo 6.13-6.14. Entre ellas, entregar copia de los documentos en que se contienen las *warranties*, o una copia de la propuesta, o confirmar por escrito las *warranties* dadas oralmente.

[20] *Ibidem*, párrafo 6.14.

[21] *Ibidem*, párrafo 6.15.

[22] *Ibidem*, párrafo 6.22.

Finalmente, la Comisión abordó el punto relativo al efecto que el incumplimiento de la *warranty* tiene en el contrato. Se informó que no existía claridad acerca de si el asegurador podía rechazar un reclamo sin repudiar toda la póliza. Se recomendó que «si los aseguradores ejercen su derecho a repudiar la póliza por incumplimiento de una *warranty*, tal repudiación sólo debe producir efecto hacia el futuro y no retroactivamente a la fecha del incumplimiento. La fecha efectiva de repudiación debe ser la fecha en la que el asegurador envía una notificación de repudiación al asegurado. En consecuencia, el asegurador seguiría cubriendo el riesgo entre la fecha del incumplimiento y la fecha efectiva de repudiación, pero tendría derecho a rechazar todos los reclamos que ocurriesen durante tal período, a menos que el asegurado pueda satisfacer la prueba del nexo causal»[23].

El proyecto de la *Law Commission* no prosperó, por lo tanto, el Derecho inglés de seguros sigue siendo el contenido en el *Common Law* y en la MIA (1906).

La *Law Commission* no es el único organismo que propuso una reforma al derecho del contrato de seguro. En 1997, el Consejo Nacional del Consumidor también emitió un informe[24]. En la recomendación número siete, se sugirió prohibir legalmente la *basis of the contract clause*. La recomendación número ocho establece defensas causales del siguiente tenor:

«Recomendamos la reforma de la ley para restringir el derecho del asegurador para oponerse a un reclamo en base a que una póliza ha sido incumplida por un acto del asegurado o alguna otra persona:

(a) si la conducta no causa un siniestro, el asegurador no puede rehusarse a pagar un reclamo, dejando a salvo el derecho del asegurador a obtener perjuicios por los daños que pruebe que ha sufrido;

(b) si la conducta u omisión del asegurado pudo haber causado o contribuido razonablemente la pérdida, el asegurador puede rehusar el pago del reclamo, a menos que una de las tres siguientes calificaciones sean aplicables: (i) si el asegurado puede probar que ninguna parte del siniestro fue realmente causada por su acto u omisión, el asegurador no puede rehusarse a pagar el reclamo; (ii) si (i) se aplica en relación a parte del siniestro,

---

[23] *Ibidem*, párrafo 6.23. El estado actual del *Common Law* en este punto es el establecido en *The Good Luck* (*vid supra* p. 282).

[24] NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Report on Insurance Law Reform*, 1997, London: NCC. BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 8, señalan que este informe se basó en parte en la reforma de la ley de seguros australiana (*Insurance Contracts Act* 1984) y en recomendaciones de otras asociaciones de consumidores.

el asegurado puede recuperar tal parte; (iii) si el acto u omisión fue necesario para proteger la seguridad de una persona o para preservar bienes o si el cumplimiento de la póliza no era racionalmente posible, el asegurado puede recuperar»[25].

Como podemos apreciar, las recomendaciones de reforma son más radicales que las propuestas por *The Law Commission*. Ello constituye una prueba del incremento del interés por la reforma de la ley.

Sin embargo, a pesar de las críticas propuestas, e incluso la redacción de un proyecto de ley, no ha existido reforma legal en este punto hasta hoy.

2. La respuesta a las críticas respecto al contenido de los términos del contrato de seguro

2.1. Autorregulación

Los intentos de regular la industria, entre ellos, los de incluir al contrato de seguros dentro del ámbito de la *Unfair Contract Terms Act* 1977, han sido contenidos con promesas de autorregulación[26]. Estas promesas fueron materializadas en los *Statements of Insurance Practice*[27]. Los *Statements* son reglas que los aseguradores se comprometen a adoptar, y que suponen una alteración de los duros efectos del Derecho de seguros, a favor del asegurado. En la práctica, y luego de su revisión de 1987, los *Statements* recogen, en general, las propuestas de la *Law Commission*[28].

En lo que respecta a los términos del contrato de seguros, los *Statements* establecen las siguientes reglas:

Párrafo 1 (a): «La declaración en la base de la propuesta debe restringirse a su cumplimiento sólo en cuanto al conocimiento y creencia del asegurado». Esta regla hace referencia a la *basis of the contract clause*. Su

---

[25] *Ibidem*, recomendación 8.

[26] Clarke, M. A., «*Policies... op. cit.*, p. 237.

[27] *Statement of General Insurance Practice* y *Statement of Long-term Insurance Practice*. Sostiene Lewis, Richard, *Insurers' agreements not to enforce strict legal rights: bargaining with government and in the shadow of the law*, Modern Law Review, 48 (1985) que estos *statements* fueron creados por la *Association of British Insurers* (ABI), Lloyd's y organizaciones de aseguradores de vida en 1977, como respuesta al proceso de reforma a la ley del consumidor iniciada en 1975.

[28] Birds, John, «Self-regulation and insurance contracts», en *New foundations for insurance law*, F.D. Rose (ed.), Stevens and Sons, London, 1987, p. 2.

efecto es transformar las *warranties* que serían creadas en *warranties* de opinión.

El párrafo 1 (b) dice: «Ni la propuesta ni la póliza contendrán disposición alguna que transforme declaraciones, relativas a estados de cosas presentes o pasados, en *warranties*. Pero los aseguradores pueden requerir *warranties* específicas sobre circunstancias que sean determinantes al riesgo». Esta regla introduce la exigencia de materialidad.

El párrafo 2(b) (iii) establece que el asegurador no podrá repudiar el contrato por incumplimiento de *warranties* o *conditions* cuando las circunstancias del siniestro estén desconectadas con el incumplimiento, a menos que haya fraude envuelto[29]. Adscribimos a la crítica que Birds y Hird hacen a este último punto[30]. La *Law Commission* era consciente de la práctica de los aseguradores de rechazar reclamos sospechosamente fraudulentos, con defensas basadas en incumplimiento de términos contractuales. Aún así, no admitió la excepción por fraude. El resultado de la excepción es que el asegurador sigue teniendo poder arbitrario para decidir si rechaza o no el reclamo. Sigue siendo juez y parte.

Otras objeciones podrían surgir de la aplicación de los *Statements*. Ellos sólo afectan a los miembros de la ABI y Lloyds[31]. Pero más relevante es la excepción de la aplicación de los *Statements* al seguro comercial[32]. Esta exclusión se aplica tanto a grandes compañías transnacionales como a pequeños comerciantes. Evidentemente, los pequeños comerciantes no se encuentran en la posición de armarse con sofisticados y costosos equipos de abogados para negociar sus pólizas.

Pero la crítica más relevante a los *Statements* es que, finalmente, su aplicación sigue dependiendo, en los hechos, de la buena voluntad del asegurador[33]. Se ha sostenido que los códigos de conducta gremial, como los *Statements*, son usualmente utilizados para complementar a la legislación,

---

[29] BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 157.

[30] *Idem*: «La excepción por fraude es quizás desafortunada; un asegurador siempre puede rechazar un reclamo fraudulento; ¿por qué no debería tener que probar fraude en vez de retener el derecho a confiar en un incumplimiento de *warranty* causalmente desconectado?».

[31] La ABI (*Association of British Insurers*) reune 392 aseguradores, que representan el 95% del negocio asegurador del Reino Unido. (www.abi.org.uk, visto por última vez el 1.º de junio del 2004).

[32] CADOGAN, I. y LEWIS, R., «Do insurers know best? An empirical examination of the extent that insurers comply with their statements of Practice and whether they are satisfactory substitute for reform of the law», *Anglo American Law Review*, 21 (1992), p. 123.

[33] *Ibidem*, p. 130: «La discreción [para aplicar o no los *statements*] descansa enteramente en el asegurador; es libre de actuar sin temor a interferencia legal. Al tomar la decisión puede confiar en factores respecto de los cuales muchos pueden estar en desacuerdo, pero la au-

no para reemplazarla. En consecuencia, no existe justificación suficiente para que el consumidor de seguros reciba un trato menos favorable que el consumidor de bienes y de otros servicios[34]. Menos aún, si los aseguradores ingleses han adoptado, en su gran mayoría, las reglas de los *statements*, que son, en sentido amplio, una réplica de las propuestas de la *Law Commission*[35]. En todo caso, la aplicación generalizada de los *statements* fue favorecida tras la creación de la *Insurance Ombudsman Bureau* (IOB). Esta institución ha sido descrita como la que ha logrado beneficios de mayor alcance a favor de los consumidores de seguros[36].

Todo este panorama se ha visto modificado recientemente por la inserción de la IOB en la FSA (*Financial Services Authority*), además del reem-

---

sencia de protección legal a los consumidores significa que la decisión puede ser tomada en privado. Si es llamado a dar razón de su rechazo al reclamo, el asegurador puede, en último término, referirse a la posición legal estricta y no revelar sus verdaderas razones». Concluyen los autores señalando que esta circunstancia revela las dos mayores críticas a los *statements*: que no reflejan la mejor práctica de los aseguradores, y que adolecen de fuerza legal.

[34] *Vid* FORTE, A. D. M., «The Revised Statements of Insurance Practice: cosmetic change or major surgery?», en *Modern Law Review*, 49 (1986), p. 767.

[35] CADOGAN, I. y LEWIS, R., *op. cit.*, p. 123.

[36] BIRDS, J. y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 7. La IOB fue creada por las tres mayores compañías aseguradoras inglesas. Es una persona jurídica independiente, similar a una sociedad colectiva, con un directorio compuesto por los aseguradores miembros. Tiene un consejo independiente, la mayoría de cuyos miembros no pertenece a la industria aseguradora. El consejo es el encargado de designar al *Ombudsman*. Se puede sostener que la institución ha funcionado con independencia, lo que se ha evidenciado en algunas disputas entre el *Ombudsman* y el directorio. La función de la IOB es proveer al asegurado consumidor un mecanismo informal y expedito de resolución de disputas. A pesar de que las decisiones de la IOB no pueden apelarse ante los tribunales ordinarios, y que la afiliación es voluntaria, los comentaristas han reconocido que la institución ha funcionado exitosa y equilibradamente. En cuanto al procedimiento, el asegurado debe primeramente agotar las instancias de reclamo ante el asegurador, lo que se ha reconocido como inconveniente, pues, a diferencia de otros países, no se establece un límite de tiempo a la revisión del reclamo. La IOB puede ordenar al asegurador pagos hasta por 100.000 libras esterlinas. El fallo es obligatorio para el asegurador, pero no para los asegurados, quienes pueden ir a juicio, aunque raramente lo hacen. Sin embargo, lo usual es que las disputas sean resueltas por conciliación. El alcance de la IOB correspondía en 2001 a 90% de los asegurados de seguros generales.

No obstante, la IOB, una institución privada, ha sido actualmente integrada al *Financial Ombudsman Service* (FOS), en virtud de lo dispuesto por la *Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA). La intención del gobierno británico es unificar los diversos *Ombudsman* surgidos para diversos efectos. La supervigilancia impuesta por la FSMA es obligatoria, de manera que los aseguradores no afiliados a la IOB, lo estarán al FOS. Las reglas del FOS varían levemente de las del IOB. Por ejemplo, establecen un plazo de seis meses límite para la revisión previa del reclamo por el asegurador. Además, algunos pequeños negocios, que no pueden recurrir a la IOB, pueden recurrir al FOS. Al integrarse al FOS, el IOB ha perdido su carácter autorregulatorio. (HODGINS, R., *op. cit.*, pp. 741-803).

plazo de los *Statements* por la normativa propia de la FSA, contenida en el FSA *handbook*. Este último acontecimiento tuvo lugar en junio de 2005. De esta forma, se pone fin a la autorregulación de la industria aseguradora inglesa, y se unifican los controles de toda la industria financiera en un solo organismo. De este modo, los *Statements* se hacen obligatorios para todos los aseguradores de la industria.

En síntesis, la respuesta inglesa a las críticas sobre el funcionamiento de los términos del contrato de seguros fue, en un principio, insatisfactoria. Como hemos visto, la concepción de la estructura técnica de los términos se remonta a una época lejana, y a circunstancias muy distintas. Los cambios sociales y económicos que han afectado al Derecho de los contratos, y han provocado la creación del Derecho del consumidor, también han afectado al Derecho de seguros. Como se sabe, estos cambios han destruido el paradigma del equilibrio contractual basado en la libertad de conclusión. En lo que a los términos del contrato de seguro respecta, ello se traduce en la facilidad con la que un asegurador puede rechazar exitosamente el reclamo de un asegurado. Lo anterior ha redundado en una injusta percepción general de la industria aseguradora como una industria arbitraria, pues se sabe que la práctica generalizada es más favorable al consumidor que los estrictos derechos legales. Sin embargo, basta que los aseguradores ejerzan unas pocas veces su facultad de rechazar reclamos a voluntad, para que tal percepción se refuerce.

No está claro que la autorregulación haya resuelto estos problemas. Ella se percibió más como una reacción para contener la reforma legal, que una solución definitiva. Lo que sí queda claro es que la autorregulación ha logrado que el Derecho del contrato de seguro inglés se haya mantenido indiferente a las críticas generalizadas, y ajeno al cambio legislativo. Está por verse los efectos de la inserción del IOB en el *Financial Ombudsman Service* (FOS), y la regulación administrativa de la industria aseguradora según los lineamientos de la FSA *handbook*, que sin duda irán más allá en la regulación que los *Statements*. La inserción del *Insurance Ombudsman Bureau* en el *Financial Ombudsman Service* y, finalmente, en el esquema unificado de la *Financial Services Authority*, constituye un cambio profundo en la regulación del contenido del contrato de seguro en Inglaterra. Esta transformación es la manifestación palmaria de que las medidas autorregulatorias fueron insuficientes.

En Inglaterra, el único sector de la sociedad que se opone a la reforma legal del contrato de seguro, ha sido el sector asegurador. Dicha oposición tiene su fuente, principalmente, en la legítima necesidad del asegurador de protegerse del fraude. Sin embargo, esta forma de combatir el fraude acarrea tan negativas consecuencias de imagen para el asegurador, que pue-

de incidir, en el futuro, en un debilitamiento del mercado de seguros inglés con relación a competidores europeos y norteamericanos[37].

No obstante, se vislumbran actualmente ciertas posibilidades de controlar la equidad de estos términos en el Derecho inglés. Tales posibilidades han sido generadas, como veremos, por la actitud crítica de los jueces y académicos, y por el influjo de las categorías continentales a través de la legislación de la Unión Europea.

2.2. Posibilidades de control en el Derecho inglés actual

A pesar de que la legislatura inglesa no ha reaccionado a las críticas relativas a la imposibilidad de controlar los términos del contrato de seguros, se vislumbran en Inglaterra tres posibles fuentes de control.

a) Término innominado

En primer lugar, las cortes pueden recurrir a la noción de *innominate term* toda vez que un término sea muy complejo para ser considerado *condition* o *warranty*. Un término contractual de este tipo debe ser calificado por su resultado, es decir, por la gravedad del evento que resulta del incumplimiento. Se debe determinar si el incumplimiento priva o no a la parte inocente de todo el beneficio que ella debería obtener del contrato. De este modo, al calificar un término como *innominate term*, el juez se desliga de su obligación de aplicar irrestrictamente la regulación de las *wa-*

[37] En este sentido, CLARKE, M., «*Policies... op. cit.*, p. 182, es elocuente al señalar que «si está convencido de que un reclamo es sospechoso, pero es incapaz de lograr la difícil tarea de probar fraude, el asegurador puede bloquear el reclamo en base a razones más "técnicas"; y, en Inglaterra y el extranjero, el público ha sido advertido de esto. En Alemania, llamativamente, el mercado común de seguros ha sido presentado como una puerta abierta por la que el consumidor alemán es amenazado por Celtas y Ángeles con seguros de bajo precio-barato, se ha sostenido, porque bajo la ley inglesa los aseguradores que no quieren pagar no tienen que pagar. A pesar de que es contrario a la tradición legal inglesa que una parte tenga un alto grado de discrecionalidad acerca de si cumple su contrato o no, un juez inglés de considerable experiencia en la materia ha descrito a la ley inglesa como "probablemente más favorable a los aseguradores que cualquiera en el mundo"». Una sugerencia similar, con relación a la participación de los aseguradores ingleses en el mercado norteamericano, ha sido realizada por FORTE, A. D. M., *op. cit.*, p. 767. La situación del Derecho de seguros inglés contrasta con la estrategia de los aseguradores japoneses, que al administrar reclamos priorizan la mantención de la fidelidad del cliente y la valoración de las relaciones de largo plazo (ITOH, J., «The challenge to the future», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 72 [1994], pp. 334-356).

rranties y *conditions precedent*. Un incumplimiento irrelevante no bastará para tener por repudiado el contrato. Un incumplimiento desconectado causalmente con el siniestro, o con un perjuicio para el asegurador, no será suficiente para rechazar el reclamo. El asegurador sólo podría compensar sus daños contra el pago de la indemnización[38].

b) Expectativas razonables

En segundo lugar, las Cortes pueden recurrir al concepto de expectativas razonables, que es una forma de control jurisdiccional de origen norteamericano[39]. Según Clarke, existen dos tipos de casos de expectativas razonables en Estados Unidos. El primero dice relación con las expectativas generadas por un asegurador, usualmente a través de la creación de una impresión engañosa. El segundo corresponde a casos en que la expectativa, si es que existe, es de la Corte, que no quisiera ver ciertos tipos de cláusulas en el contrato de seguros («legislación judicial disfrazada»)[40]. El profesor Clarke da evidencia de que los casos de expectativa creada por impresión engañosa pueden ser aplicados en Inglaterra. Esto se debe a que puede encontrarse que el Derecho de contratos general otorga cierto apoyo a la proposición de que un documento contractual dice lo que representa decir, supuesto que una parte ha confiado en el documento y ha sido razonable que así lo haga[41]. Por otro lado, también existe evidencia de que se ha resuelto que un asegurador no podrá alegar excepciones, si defrauda las expectativas del asegurado acerca de la naturaleza general de la cobertura ofrecida o del propósito primordial que el seguro manifiestamente intenta lograr[42].

Todas estas evidencias son presentadas por Clarke como elementos que podrían desembocar en formación en Inglaterra de una teoría de las expectativas razonables aplicada al contrato de seguro[43].

---

[38] En el mismo sentido, DAVEY, J., *op. cit.*, p. 589, quien sostiene que «debe darse consideración a la extensión del principio *innominate term* del Derecho general de contratos al Derecho de seguros. Esto podría mejorar la actual severidad del recurso disponible por el incumplimiento trivial de una *warranty* continua. Un asegurador puede verse limitado a ejercer un derecho a reducir el pago del reclamo, en proporción a la magnitud del incumplimiento, a menos que el incumplimiento sea tan grave que justifique la terminación del contrato». *Vid supra* «*innominate term*», p. 320.

[39] *Vid infra* «irrupción de la teoría de las expectativas razonables», p. 390.

[40] CLARKE, MALCOLM, «The reasonable expectations of the insured in England? en *Journal of Business Law*, septiembre (1989), p. 392.

[41] *Ibidem*, p. 393.

[42] *Ibidem*, p. 399.

[43] *Ibidem*, 404. En el mismo sentido, TARR, JULIE-ANN, «The insured's reasonable expectations» en *Insurance Law Journal*, 12 (2001), pp. 267-268 y 270.

c) Regulaciones sobre Términos Injustos en Contratos de Consumidores 1999

Las *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* 1999 son un cuerpo normativo inglés, que implementa la directiva europea 93/13 sobre Términos Injustos en Contratos de Consumidores[44]. A diferencia de la *Unfair Contract Terms Act* 1977, no excluye de su regulación al contrato de seguro.

Las UTCCR se aplican a todo término acordado entre un vendedor o suministrador y un consumidor, siempre que el término no haya sido negociado individualmente[45]. Consumidor es toda persona natural que, en contratos cubiertos por estas Regulaciones, actúa por propósitos que están fuera de su comercio, negocio o profesión[46]. En consecuencia, las UTCCR no se aplican a las pequeñas compañías, comerciantes, ni a los profesionales en ejercicio de su profesión.

No obstante, la regla 6(2) (a) limita la aplicabilidad de las UTCCR en los contratos de seguro. Tal disposición establece que siempre que sea redactado en lenguaje claro e inteligible, la determinación de equidad de un término no podrá afectar los elementos que integran la definición del objeto esencial del contrato. Como sabemos, el contrato de seguro es un contrato cuyo objeto es trasladar el riesgo del asegurado al asegurador. Por lo tanto, toda estipulación tendiente a determinar cuál es el riesgo que se transfiere, es una estipulación relacionada con el objeto principal del contrato. En consecuencia, todas las cláusulas de la póliza en que se estipulan exclusiones, quedan fuera del control de las UTCCR[47]. Más aún, las verdaderas *warranties*, es decir, aquellas que tienen por finalidad delimitar el riesgo, también quedan exentas de control[48].

Pero existen otras cláusulas de los contratos de seguros que, al no determinar su objeto principal, pueden resultar en el rechazo de la póliza y

---

[44] La *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR) 1999, reemplaza a la UTCCR 1994.

[45] BROWNSWORD, ROGER, y HOWELLS, GERAINT, «The implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts- some unresolved questions» en *Journal of Business Law*, mayo (1995), pp. 244-245, señalan que es indiferente si tal término se encuentra en un simple contrato, un contrato tipo o en las condiciones generales de contratación.

[46] Reg. 3 (1), UTCCR 1999.

[47] Esto se manifiesta expresamente en el preámbulo de la Directiva 93/13, que declara que los términos que claramente definen o circunscriben el riesgo asegurado y la responsabilidad de los aseguradores no estarán sujetos a la determinación de su posible carácter injusto, pues tales restricciones son tomadas en cuenta al calcular la prima pagada por el consumidor.

[48] BIRDS, J., y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 90.

que sí están sujetos a control. Ellas son las estipulaciones que imponen conductas al asegurado, a realizarse después de que el siniestro ha tenido lugar, entre las que se encuentran las relativas al reclamo, notificaciones y procedimientos. Por ejemplo, aquellas que imponen plazos irracionales al asegurado o, probablemente, aquellos que dan total control al asegurador sobre las acciones de un asegurado luego de un siniestro[49].

Estos términos se considerarán no obligatorios para el asegurado si son injustos. Injusto es todo término que, contraviniendo el requisito de buena fe, genera un significativo desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, en detrimento del consumidor[50]. No se sabe con claridad cuál es el concepto de buena fe que recogen las UTCCR. En Inglaterra, el concepto tradicional de buena fe en el contrato de seguros (*utmost good faith*) ha sido limitado a la información que se deben asegurador y asegurado mutuamente[51]. Es, en consecuencia, un principio de aplicación mucho más estrecha que en el continente y no asimilable al principio de buena fe continental contenido en la Directiva[52].

El concepto de buena fe se encuentra en el núcleo de la regulación de la UTCCR. Sin embargo, no existe una elaboración legal de este principio en el Derecho de seguros ni en el Derecho general de contratos ingleses. En consecuencia, la aplicación de las UTCCR hace indispensable que los jueces adopten un concepto de buena fe[53].

Se ha planteado la distinción entre un concepto de buena fe como excepción y otro como regla general[54]. Parte de la doctrina parece inclinarse por esta segunda opción[55]. Tal opción parece avenirse más con la naturaleza del contrato de seguro, que puede ser visto como un acuerdo en que se pretende disminuir la pérdida financiera del asegurado y aumentar las ganancias del asegurador. Las partes se comprometen a distribuir la pérdida

---

[49] CLARKE, M., *Policies... op. cit.*, p. 235; BIRDS, J., y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 91.

[50] Reg. 4 (1), UTCCR 1999.

[51] Una detallada revisión del principio de buena fe en el Derecho de seguros inglés puede encontrarse en MACDONALD EGGERS, PETER y FOSS, PATRICK, *Good faith and insurance contracts*, LLP, Londres, 1998.

[52] CLARKE, M., *Policies... op. cit.*, p. 80.

[53] MCGEE, *op. cit.*, p. 225.

[54] BROWNSWORD, ROGER, «Two concepts of good faith» en *Journal of Contract Law*, 7 (1994), p. 200. La buena fe como excepción provendría de un régimen contractual de ética básica en que los contratantes son autorizados a negociar de manera completamente auto-interesada. En cambio, el concepto de buena fe como regla supone un modelo de contrato esencialmente de colaboración.

[55] *Ibidem*, p. 244; CLARKE, M., «Policies...» *op. cit.*, pp. 233-234.

cuando ocurre el siniestro, y a intentar evitar su ocurrencia tomando las debidas precauciones[56].

En lo que al control de los términos de la póliza respecta, el concepto de buena fe como regla supondría la posibilidad de controlar las sorpresas injustas, a las que puede verse expuesto el asegurador en cuanto a la cobertura. Esto debido a que, si consideramos la buena fe como regla subyacente a la celebración y ejecución de los contratos, las expectativas de las partes son delineadas a partir del ideal de cooperación[57].

En síntesis, existen posibilidades de control de equidad de los términos en el Derecho inglés, pero ellas son claramente insuficientes. Por un lado, pues aquellas que constituyen tendencias jurisprudenciales, aún no son mayoritariamente aceptadas y aplicadas por los tribunales. Por otro lado, debido a que los controles de la UTCCR 1999 tienen un espectro muy limitado respecto del seguro. Esta circunstancia se verá con más claridad, al contrastar la situación de Inglaterra con Australia y Estados Unidos.

3. La experiencia australiana

3.1. El *Common Law* y el contrato de seguro en Australia

El Derecho australiano ha sido descrito no sólo como un sucesor histórico del inglés, sino, más bien, como un desarrollo orgánico a partir de ese Derecho. Los principios desarrollados por los jueces fueron codificados en las leyes imperiales y de la *Commonwealth*, pero tales normas no constituían regulación detallada. El desarrollo del *Common Law* australiano dependió en gran medida de la labor jurisprudencial, análogamente a In-

[56] Así, se sostiene que las partes pueden esperar unas de otras, en un contrato ejecutado bajo la ética de la cooperación, lo siguiente: a) buena fe en cuanto a la información declarada, especialmente por parte del asegurado para que el asegurador pueda tomar una decisión correcta; b) los aseguradores deben ofrecer cobertura y promover la prevención de los siniestros (como actualmente lo hacen); c) cuando se discute el ámbito de la cobertura, ella debe ser extendida hasta los límites de la interpretación razonable; d) en vez de interpretar los contratos *contra proferentem*, es más adecuado el principio de interpretación a favor de la cobertura; e) al administrar los reclamos, la ética de cooperación exige rapidez, pues el asegurado necesita más el dinero que el asegurador. Finalmente, f) la ética de cooperación supone que el asegurador intente mantener una relación de largo plazo con su cliente, el asegurado (*Ibidem* p. 234).

[57] Brownsword, R., *op. cit.*, pp. 231-232.

glaterra. Así, antes de la *Australian Insurance Contracts Act* de 1984, la legislación de seguros era mínima y limitada al seguro de vida[58].

Los valores y la cultura legal australiana han sido descritos como «muy similares» a los del Derecho inglés[59]. En consecuencia, no es de extrañar que, al igual que en Gran Bretaña, en el derecho de seguros australiano reinara el principio de libertad contractual hasta 1984. Es más, el Derecho australiano de seguros es considerado parte del *Common Law*, por lo que no es extraño que los jueces ingleses citen fallos australianos, canadienses o norteamericanos. La situación inversa tampoco es inusual. Esto se debe a que en estos países, el Derecho común o supletorio, a falta de ley es, precisamente, el *Common Law*, de cuya tradición los Estados mencionados son parte. Por lo anterior, puede sostenerse que hasta 1984 el Derecho del contrato de seguro australiano era sustancialmente el mismo que el Derecho del contrato de seguro inglés. Esta realidad puede verse claramente reflejada si comparamos el Derecho de los términos del contrato de seguro inglés, según ha sido descrito en este trabajo, con el australiano anterior a 1984[60].

3.2. La reforma

Esta circunstancia sufrió una dramática transformación con la promulgación de la *Australian Insurance Contracts Act* 1984[61]. En lo que a nuestro tema concierne, las mismas críticas realizadas a los términos del contrato de seguros en Inglaterra, fueron replicadas en Australia[62]. En

---

[58] LEWINS, KATE y LO, SIMON, «Striving for equilibrium: a critical analysis of section 54 of the Australian Insurance Contracts Act», en *E Law*, volume 10, number 2 (June 2003), p. 7. http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/lewins102_text.html revisado el 3 de junio de 2004.

[59] DERRINGTON, J., «Recent australian insurance law reform: the intent and the result: a model for England?» en *British Insurance Law Association Journal*, 91 (1996), p. 19.

[60] *Vid* SUTTON, KENNETH, *Insurance law in Australia*, LBC Information Services, 3.ª edición, Pyrmont, 1999, pp. 625-646.

[61] En adelante, ICA.

[62] De este modo, LEWINS, K. y LO, S., *op. cit.*, p. 8., señalan que «el *Common Law* se demostró tristemente deficiente en casi todas las áreas relevantes a las necesidades del asegurado. En la situación en que un asegurador podía evitar un reclamo en base a una *warranty*, *condition*, o exclusión, el resultado era severo e injusto. Un asegurado podría, por ejemplo, haber sufrido una pérdida dentro de la cobertura de la póliza, pero fallado en dar aviso de la pérdida en el tiempo establecido en la *warranty*. El *Common Law* permitía al asegurador terminar el contrato aun sin haber sufrido perjuicio. A pesar que un asegurador tiene un legítimo interés en asegurarse que el riesgo que ha acordado cubrir no aumentará durante el período del contrato, en ciertas instancias, las acciones contractuales disponibles en el *Common Law* dependen de circunstancias de forma más que de fondo».

atención al llamado del *General Attorney* en 1976, la *Australian Law Reform Comission* inició el estudio de la reforma del Derecho de contrato de seguros a escala nacional, que culminó en 1984 con la promulgación de una ley que refleja casi íntegramente el proyecto presentado por la comisión en 1982[63].

Según da cuenta el informe de la comisión, el espíritu de la ley consiste en sobreponer la sustancia a la forma[64]. Por consiguiente, la comisión sugirió que los derechos de las partes deben depender de asuntos sustantivos, y no de sutiles diferencias formales. Como corolario del principio anterior, la comisión sugirió que todos los incumplimientos contractuales sean tratados de un mismo modo: el asegurador responde siempre que el incumplimiento del asegurado no haya causado o contribuido al siniestro. El mecanismo técnico para lograr la consecución de este fin sería una combinación entre la exigencia de vínculo causal y el principio proporcional. Si el incumplimiento del asegurado ha provocado o contribuido a la ocurrencia del siniestro, el asegurador puede rechazar el reclamo. Si el incumplimiento del asegurado no ha provocado o contribuido al siniestro, el asegurado puede obtener indemnización de los perjuicios que pruebe, con referencia a las reglas generales o comunes del Derecho de contratos[65].

En cuanto al ámbito de la ley, es llamativo que su aplicación no se haya limitado al consumidor de seguros. En general, regula todas las relaciones contractuales de seguros, salvo aquellas que tradicionalmente han tenido un tratamiento legal especial en casi todos los países, como el seguro marítimo o aquellos tipos de aseguración que lindan con la seguridad social[66].

3.3. Regulación de los términos contractuales en ICA 1984

Dos son las principales secciones de la ley que regulan los términos contractuales del seguro: la 24 y la 54.

---

[63] *Idem.*

[64] AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Insurance contracts*, *Report* n.° 20 (1982).

[65] LEWINS, K. y LO, S., *op. cit.*, p. 9.

[66] La ICA, section 9, excluye los contratos de seguros a favor de los trabajadores, el seguro de responsabilidad por daños a terceros en accidentes automovilísticos y el seguro marítimo, todos los cuales son regulados por leyes especiales. Recordemos que el Derecho supletorio a estas leyes es el *Common Law*, el que aún tiene gran relevancia en el Derecho del seguro marítimo.

a) Sección 24. Basis of the contract clause

La sección 24 establece lo siguiente: «Una declaración realizada en o en conexión con un contrato de seguro, siendo una declaración hecha o atribuible al asegurado, con respecto a la existencia de un cierto estado de cosas, no tiene efecto de *warranty* pero tiene un efecto similar a como si fuese una declaración hecha al asegurador por el asegurado durante las negociaciones precontractuales»[67].

El efecto de esta disposición es terminar con la eficacia de la *basis of the contract clause*. Como se puede apreciar, todas las declaraciones sobre estados de cosas, que antes eran tenidas por *warranties* en virtud de la *basis of the contract clause*, deben actualmente considerarse como declaraciones ordinarias de la etapa de negociación. En consecuencia, ante omisiones o falsedad en las declaraciones, las defensas del asegurado se limitan a la *misrepresentation*, que está regulada en las secciones 28 a 30 de la ley[68]. Esta reconducción hace posible que la sustancia se imponga sobre la forma[69].

b) Sección 54. Warranties, conditions, duties and exceptions

Como sabemos, en el *Common Law*, tanto el incumplimiento de una *warranty*, como el de ciertas *conditions*, además del incumplimiento de ciertos deberes impuestos al asegurado como la transgresión de cláusulas que excluyen el riesgo, pueden generar que el asegurador se exima de su responsabilidad contractual de manera absoluta. Este resultado opera, en la

---

[67] ICA, sección 24.

[68] TARR, A. A.; KWAI-LIAN, LIEW y HOLLIGAN, W., *Australian Insurance Law*, The Law Book Company, 2.ª edic., North Ryde, 1991, p.165.

[69] Recordemos que para que el asegurador pueda oponerse exitosamente al reclamo por *misrepresentation*, la declaración falsa o errónea debe ser determinante para que el asegurador haya accedido a cubrir el riesgo. DERRINGTON, J., *op. cit.*, p. 308, señala que la ley australiana va aún más allá en esta materia. La base de la regulación se encuentra en la distinción entre error y fraude. Aun en el caso de fraude, la corte puede desestimar la defensa del asegurador si lo estima severo en contra del asegurado, siempre que no haya existido daño para el asegurador. En todos los casos, incluyendo fraude, el asegurador no podrá oponerse al pago de la indemnización si, aun conociendo la verdad de los hechos relevantes, habría concluido de todos modos el contrato, con la misma prima y términos. Por último, si el asegurador no puede rescindir el contrato o elige no hacerlo, su responsabilidad se disminuye proporcionalmente con el fin de ponerlo en la posición en que se encontraría si el asegurado hubiese dado la información adecuada. Lo interesante respecto a este último punto es que su responsabilidad se suprime si prueba que de haber conocido los hechos no informados, el asegurador no habría acordado cubrir el riesgo.

mayoría de estos casos, sin necesidad de conexión causal entre el siniestro y el incumplimiento. Más aún, es indiferente que el incumplimiento sea relevante o no.

La finalidad de la sección 54, es impedir que un incumplimiento formal de los términos del contrato prive al asegurado de toda indemnización. Para lograr este objetivo, los mecanismos técnicos utilizados son la exigencia de nexo causal y el principio proporcional[70].

Los efectos de la sección 54 sobre los términos del contrato de seguros han sido resumidos de la siguiente manera:

«Si:

(a) un contrato de seguro (general o de vida) prescribe o su efecto es que un asegurador puede rechazar el pago de un reclamo (o parte de un reclamo) por un acto u omisión del asegurado (o un tercero, por ejemplo una persona manejando el coche del asegurado con su consentimiento);

(b) tal acto u omisión ocurra después de que se ha celebrado el contrato;

(c) tal acto u omisión no ha podido ser razonablemente estimado como capaz de causar o contribuir a un siniestro cubierto por el contrato de se-

---

[70] ICA, sección 54:

«(1) Bajo esta sección, cuando el efecto de un contrato de seguro pueda, sin perjuicio de lo establecido en esta sección, consistir en que el asegurador pueda rehusar el pago de un reclamo, tanto en todo como en parte, en razón de algún acto del asegurado o de alguna otra persona, siendo un acto que ocurra luego que el contrato ha sido celebrado pero no siendo un acto a cuyo respecto se aplica la sub-sección (2), el asegurador no puede negarse a pagar el reclamo sólo en razón de tal acto, sino que la responsabilidad del asegurador en el reclamo es reducida al monto que equitativamente representa la extensión en que los intereses del asegurador han sido perjudicados como resultado de tal acto.

(2) Bajo las siguientes disposiciones de esta sección, donde un acto puede razonablemente ser considerado como capaz de causar o contribuir al siniestro con respecto al cual la cobertura aseguradora es provista por el contrato, el asegurador puede rechazar el pago del reclamo.

(3) Si el asegurado prueba que ninguna parte del siniestro que dio lugar al reclamo fue causado por el acto, el asegurador no puede negarse al pago del reclamo sólo en razón del acto.

(4) Si el asegurado prueba que alguna parte del siniestro que dio lugar al reclamo no fue causado por el acto, el asegurador no puede rechazar el pago del reclamo, siempre que diga relación con tal parte del siniestro, en razón sólo del acto.

(5) Si (a) el acto era necesario para proteger la seguridad de una persona o para preservar bienes; o (b) no era racionalmente posible para el asegurado u otra persona no realizar el acto, el asegurador no puede negarse al pago del reclamo sólo en razón del acto.

(6) Una referencia en esta sección a un acto incluye la referencia a (a) una omisión; y (b) un acto u omisión que tenga el efecto de alterar el estado o la condición del objeto del contrato o permitir que tal estado o condición de tal objeto sea alterado».

guro (esto es, un siniestro sufrido por el asegurado bajo un seguro de indemnización o un siniestro cubierto por un seguro de vida, pues la sección se aplica a los contratos de seguro en general);

Entonces, el asegurador no puede rechazar el pago del reclamo simplemente por la ocurrencia de tal acto u omisión, pero la responsabilidad es reducida a un monto que equitativamente represente la extensión en que sus intereses han sido perjudicados por tal acto u omisión»[71].

Podemos dividir el efecto de la sección 54 en tres partes. Primero, la sub-sección (1) establece que el asegurador no puede rechazar el pago del seguro aduciendo un acto del asegurado contemplado en un término contractual si, en principio, tal acto no generó el siniestro. En segundo lugar, si razonablemente puede estimarse que el acto ha causado o contribuido al siniestro, la sub-sección (2) traspasa la carga de la prueba al asegurado. Éste podrá probar que el acto no causó o contribuyó al siniestro (sub sección (3)), que el acto no causó parte del siniestro, por lo que podrá recuperar proporcionalmente por el resto (sub-sección (4)). Finalmente, el asegurador no puede negarse al pago si el asegurado prueba que el acto era necesario para evitar daño a personas o bienes, o si no era razonable que el asegurado no realizara el acto (sub-sección (5) (a) y (b)).

Como se puede observar, la carga de la prueba corresponde al asegurador, siempre y cuando se trate de un acto que, razonablemente pueda estimarse, no causó o contribuyó a la provocación del siniestro. De lo contrario, se aplican las secciones dos a cinco, en las que la carga de la prueba corresponde al asegurado.

El asegurador no puede rechazar el reclamo en ningún caso. Sólo puede ejercer una acción de perjuicios que tiene efecto mediante la reducción del daño. Si el daño del asegurado es superior al monto del reclamo, no podrá ser absolutamente indemnizado[72]. Sin embargo, su responsabilidad en el contrato puede ser suprimida, independiente de cuál sea el monto del reclamo[73]. Por otro lado, la rebaja proporcional de la indemnización siempre

[71] SUTTON, K., *op. cit.*, p. 649.

[72] La sección 55 ICA impide que el asegurador recurra a remedios del Derecho general. En consecuencia, el asegurador no puede entablar una acción ordinaria de perjuicios contra el asegurado. Sólo se admite la reducción. Se preserva, de esta manera, la peculiaridad del contrato de seguro. De otro modo, podrían generarse resultados inconvenientes, por ejemplo, si el asegurado denuncia un posible reclamo qne finalmente no tendrá lugar. No parece conveniente a la naturaleza del contrato de seguro, la improbable hipótesis de que el asegurador desee recuperar el gasto que le generó la denuncia equivocada del asegurado.

[73] *Greentree v. FAI General Insurance Co Ltd* (1998) 158 ALR 592 at 600-602.

supone vínculo causal entre el acto del asegurado y el perjuicio para el asegurador, aun en el caso de la sub-sección uno[74].

En síntesis, el resultado de la sección 54 ICA es hacer ineficaz la cláusula de estilo en los contratos de seguro, por la cual el cumplimiento de los deberes impuestos al asegurado en el contrato son condición precedente de su derecho a obtener indemnización. El asegurador no puede liberarse por incumplimiento del asegurado de una *warranty* o de una *condition precedent*. Su única opción es exigir la rebaja del reclamo, en razón de los perjuicios sufridos, siempre que exista causalidad entre el incumplimiento del asegurado y el daño[75].

4. La experiencia norteamericana

El Derecho norteamericano también es heredero del Derecho inglés. En consecuencia, la regulación del contrato de seguro en Estados Unidos fue, en sus orígenes, la establecida en el *Common Law*. No obstante, ya a mediados del siglo XIX Estados Unidos comienza a distanciarse de Inglaterra y Australia. La Corte Suprema norteamericana comenzó a respaldar una legislación estatal interventora del contrato de seguro. Las razones usualmente esgrimidas por los estados para intervenir el contrato fueron que las compañías aseguradoras constituían, muchas veces, un monopolio. También, se aludía al interés público. La razón de fondo puede radicar en que Estados Unidos, a diferencia de Inglaterra, no presenció en los albores del siglo XX la creación de un verdadero Estado social. En consecuencia, la aseguración privada jugó, efectivamente, un rol público preponderante en esos años[76].

Por estas razones, resultó inevitable para el gobierno norteamericano intervenir en los términos del contrato de seguro. No obstante, tal intervención no tuvo como fuente la legislación federal, sino que cada estado comenzó a regular aquellos contratos de seguros según las exigencias de las

---

[74] SUTTON, K., *op. cit.*., p. 649, señala que no puede haber sido la intención del legislador otorgar un derecho a disminución proporcional donde no hay nexo causal alguno. La reducción de la sub sección (1) se reserva, entonces, a aquellos casos en que, en principio, no se vislumbra nexo causal, pero luego el asegurador prueba que existió al menos en cierto grado contributivo.

[75] Si bien la sección 54 ha sido bien evaluada en su funcionamiento, quedan ciertas dudas con respecto a tres puntos. En primer lugar, qué significa perjuicio para el asegurador, cómo se determina tal perjuicio y cuál es su extensión. Segundo, qué significa acto u omisión. Tercero, la aplicación de la sección 54 a las pólizas *claims made* (*Ibidem*, p. 650).

[76] HASSON, REUBEN, «The special nature of the insurance contract: a comparison of the American an the English law of insurance», en *Modern Law Review*, 47 (1984), p. 505.

propias necesidades detectadas. Así, los primeros contratos en sufrir intervención fueron los de vida y salud, especialmente con relación a la solvencia de las compañías y a los términos contractuales. Posteriormente, el seguro de incendio fue intervenido[77]. Esta intervención consistió en su origen, en la imposición de pólizas de seguro o de determinadas cláusulas contractuales, por medio de la legislación estadual.

La actividad legislativa más relevante tuvo lugar entre 1906 y 1910, como fruto de las investigaciones de una Comisión del Estado de Nueva York[78]. Pero el control de los términos no se limitó a su imposición como *ius cogens* por medio de la legislación estadual. Las medidas de control adoptadas en Estados Unidos fueron, desde su inicio, de diverso carácter[79].

Podemos sostener que el control de los términos de las pólizas en Estados Unidos tiene dos momentos. El primero tiene lugar en la etapa de redacción de los contratos. El segundo, una vez que los contratos han producido sus efectos entre las partes.

4.1. El control *a priori*. Control del gobierno estadual

a) Control legislativo estadual

Son los diversos Estados de la Unión los que regulan los términos del contrato de seguros por medio de leyes estaduales. A este respecto, la legislación estadual prima sobre la legislación federal[80]. Esto se debe a que los

---

[77] KIMBALL, SPENCER L., y PFENNIGSTORF, WERNER, «Legislative and judicial control of the terms of insurance contracts: a comparative study of American and European practice» en *Indiana Law Journal*, 39 (1963-1964), p. 682.

[78] Comisión Armstrong. *Vid* KIMBALL, S., y PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, pp. 682-683.

[79] Así, HASSON, R., *op. cit.*, p. 506, cita, entre las diversas medidas tomadas en aquellos años, las siguientes: la mayoría de los estados controlaba el monto de las primas; se impuso legislativamente una póliza «liberal» de seguro contra incendio; se impusieron legislativamente pólizas de seguro de vida, salud y accidentes en varios estados; se transformó legalmente el carácter de las *warranties* de información en meras representaciones precontractuales, las que requieren probar ser determinantes para invalidar el contrato; se adoptó generalizadamente la opinión del juez Taft, por la cual el asegurado no tiene que revelar información acerca de hechos avergonzantes; se impuso al asegurador de vida el deber de actuar prontamente al recibir una propuesta, so pena de incurrir en responsabilidad contractual o extracontractual; se dió inicio al desarrollo de la teoría de las «expectativas razonables».

[80] *United States Department of Treasury v. Fabe*, 598 U.S. 491, 113 S. Ct. 2202, 124 L. Ed. 2d 449 (1993).

diversos Estados precedieron al Estado federal en la iniciativa de control. En 1945 se promulgó la *McCarran-Ferguson Act*, con el fin de clarificar este punto, que ya había sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema[81]. Dicha ley establece en su sección 2 (b) que la *Sherman*, *Clayton* y *Federal Trade Comission Acts* son aplicables al negocio asegurador en la medida en que tal negocio no esté regulado por legislación estatal. Se ha sostenido que esta circunstancia es favorable a las compañías aseguradoras, pues ellas influyen poderosamente en la redacción de las leyes estaduales y presionan a los estados con retirarse a otro, en caso de legislación desfavorable. Esto no quiere decir que exista una suerte de competencia estadual por contar con legislación más favorable para los aseguradores, que tenga como resultado disparidad entre las normas del contrato de seguro de cada estado. Por el contrario, «el temor a la intervención federal en caso de regulación estadual inadecuada, ha sido usualmente un poderoso incentivo para preparar y adoptar leyes uniformes que se consideran adecuadas para evitar legislación federal de seguros»[82].

Pero quizás la influencia más relevante en cuanto a conseguir uniformidad en la legislación estadual ha sido la creación de la NAIC[83]. Esta es una asociación voluntaria, carente de potestades, formada por los diversos comisionados de seguros de cada estado. La asociación actúa por medio de los poderes de sus asociados, los superintendentes. Su principal cometido ha sido la redacción de proyectos de leyes uniformes sobre seguros, y la asociación ha sido calificada como «espectacularmente exitosa» en su finalidad de promover legislación adecuada y homogénea[84].

Las leyes estaduales sobre seguros tienen diversos fines regulatorios. En lo que a nuestro tema respecta, su fin es lograr un balance equitativo y razonable en las disposiciones contractuales. Esto se logra a través de diversos medios.

---

[81] *United States v. South-Eastern Underwriters Ass'n*, 322 U.S. 533, 64 S. Ct. 1162, 88 L. Ed. 1440 (1994).

[82] KIMBALL, S., y PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, p. 685. La intención de la *Mc-Carran* Act fue evitar que el silencio del Congreso federal se interpretase como ausencia de regulación intencional, y como una suerte de reconocimiento que los estados carecían de tal poder regulatorio.

[83] *National Association of Insurance Commissioners*, que antes de 1936 fue la *National Convention of Insurance Commissioners* (NCIC).

[84] KIMBALL, S., y PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, p. 685. El proceso legislativo en cada estado usualmente se inicia con la proposición de reforma del Superintendente o Comisionado a la legislatura estadual. Los proyectos son redactados por el respectivo departamento o superintendencia de seguros estadual, pero que cuenta con el formidable apoyo de la NAIC. Otro de los factores de éxito ha sido la constante colaboración entre la NAIC y la industria aseguradora en la redacción de los proyectos de ley sobre seguros (684-686).

En primer lugar, disposiciones formales que obligan al asegurador a disponer todo el contenido del contrato en un solo documento[85]. Esto tiene dos importantes consecuencias: la primera es que el asegurado puede enterarse con facilidad de cuáles son sus deberes bajo el contrato; la segunda, es que las representaciones hechas por el asegurado en la propuesta no afectan la validez del contrato, sino sólo aquellas incorporadas en la póliza. Otras disposiciones formales imponen al asegurador informar con claridad ciertos aspectos de la póliza, como el monto asegurado o el tiempo en que el seguro comienza y termina su cobertura[86].

No obstante, las disposiciones más relevantes son las sustanciales. Así, se puede imponer la adopción de una póliza completa, o de una parte del contrato. También, ciertas cláusulas pueden prescribirse, prohibirse o hacerse opcionales. Tanto unas y otras medidas pueden requerirse, ser cumplidas en forma estricta o sólo sustancialmente[87].

b) Control administrativo

El control administrativo se ejerce por los diversos *State Insurance Departments*, a través de los superintendentes o comisionados de seguros. Las potestades de tales departamentos dependen de la legislación estadual. Usualmente, tal legislación confiere a los departamentos competencia para dar licencia de funcionamiento a los aseguradores, o revocarla; aprobar o rechazar pólizas de seguros, y examinar la solvencia de los aseguradores[88].

No obstante, el control legislativo ha sido preponderante sobre el administrativo. Puede sostenerse que, en la mayoría de los casos tiene un carácter suplementario a la intervención legislativa estadual. Así, la legislación estadual adopta, a este respecto, diversas formas: en algunos casos, se requiere una aprobación administrativa de los contratos como control suplementario; en otros casos, este control se aplica sólo a algunas pólizas, especialmente a aquellas que carecen de control legislativo; en ciertos estados, las pólizas sólo deben ser depositadas en el respectivo departamento de seguros; por último, en algunos estados sólo se controla administrativamente que las pólizas cumplan los requisitos legales[89].

---

[85] *Entire policy provision.*

[86] *Ibidem*, p. 690.

[87] *Idem. Vid* p. 690-699 para una completa ilustración acerca de estas diversas formas de control legislativo sustancial.

[88] FISCHER, EMERIC; SWISHER, PETER NASH y STEMPEL, JEFFREY W., *Principles of insurance law*, Lexis Nexis, 3.ª edic., Newark, 2004, p. 203.

[89] KIMBALL, S., y PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, p. 683.

Más aún, los estados tienen incluso poder para regular el valor de las primas cobradas por el asegurador, y se sostiene que este poder se ejerce ampliamente[90].

En suma, y combinando el control legislativo y administrativo, puede sostenerse que «en el mercado asegurador norteamericano, el contrato de seguro se encuentra virtualmente bajo completo control público»[91].

4.2. El control *a posteriori*. Control judicial

a) Antes de la década de 1960

El control judicial de los términos contractuales en Estados Unidos fue, en general, hasta la década de 1960, dominado por el principio de interpretación *contra proferentem*. Al igual que en Inglaterra, en aquellos casos en que las Cortes detectaban ambigüedades, las cláusulas contractuales eran interpretadas en contra del redactor, esto es, del asegurador. La misma objeción hecha en Inglaterra a esta doctrina se realizó en Estados Unidos: da la impresión que, en algunos casos, los jueces crean ambigüedades donde genuinamente no las hay, con el fin de evitar la aplicación de cláusulas contractuales demasiado severas. Esta práctica no parece, en general, conveniente, pues crea incerteza en cuanto al alcance de los términos contractuales y, por lo tanto, puede generar dificultades a los aseguradores en cuanto a la determinación del riesgo cubierto. Sin embargo, cuando existen verdaderas ambigüedades, la aplicación de la regla parece conveniente, no tanto como un castigo al asegurador por su negligencia en la redacción de los términos contractuales, sino, más bien, como una forma de garantizar que el seguro cumpla su función social de distribución de las pérdidas[92].

b) Irrupción de la teoría de las expectativas razonables

Pero el control judicial de los términos contractuales fue revolucionado por un artículo aparecido en el *Harvard Law Review* en 1970[93]. En su trabajo, el juez Keeton describe cómo las Cortes norteamericanas han limitado las posibilidades de los aseguradores de rechazar reclamos recurriendo a de-

[89] KIMBALL, S., y PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, p. 683.

[90] FISCHER, E.; SWISHER, P. y STEMPEL, J., *op. cit.*, p. 208.

[91] KIMBALL, S., y PFENNIGSTORF, W., *op. cit.*, p. 683.

[92] *Ibidem*, p. 704.

[93] En verdad, se trata de dos artículos publicados en números sucesivos: KEETON, ROBERT E., «Insurance law at variante with policy provisions» en *Harvard Law Review*, 83 (1970),

fensas basadas en *warranties*, representaciones u ocultamientos[94]. Según Keeton, los jueces van más allá de la mera aplicación de la doctrina *contra proferentem*. Tal doctrina sólo genera mayor confusión, pues incita a los jueces a encontrar ambigüedades donde no las hay. La tesis de Keeton consiste en que los jueces, al interpretar *contra proferentem*, están haciendo, en verdad, aplicación de otro principio. El principio utilizado es aquel en virtud del cual «las expectativas objetivamente razonables de los proponentes y sus beneficiarios, considerando los términos del contrato, serán observadas a pesar que un riguroso análisis de las cláusulas de la póliza habrían negado tales expectativas»[95].

De este principio se desprende que las disposiciones de la póliza deben interpretarse como lo haría un lego, no un asegurador sofisticado. En consecuencia, las expectativas del asegurado se protegen hasta donde lo entendería un lego. De este modo, los aseguradores no pueden utilizar como defensa, calificaciones y excepciones a la cobertura que sean inconsistentes con las expectativas de un asegurado. Estas expectativas deben corresponder a las que tenga un asegurado que posea un grado ordinario de familiaridad con el tipo de cobertura involucrado. La intención del principio es evitar la sorpresa del asegurado, por consiguiente, el asegurador puede calificar la cobertura efectivamente, siempre que tal calificación sea destacada al contratar, y se llame la atención del asegurado[96]. Sin embargo, aun cuando no exista sorpresa, pues el asegurado tiene conocimiento individual de los términos del contrato, deberán protegerse las expectativas razonables del asegurado. Esto ocurrirá toda vez que la «ejecución literal del contrato resulta en una cobertura tan mínima, que pocos asegurados considerarían la cobertura aceptable, y las primas acostumbradas no pudiesen ser justificadas»[97].

---

pp. 961-985 (n.º 5) y pp. 1281-1307 (n.º 6). Sustancialmente corresponden al capítulo 6 de KEETON, ROBERT E., *Basic text on insurance law*, West, St. Paul (Minn.), 1971.

[94] *Representations* y *concealments* son instituciones relacionadas con el deber de información del asegurado, lo que en términos amplios se conoce como deber de *utmost good faith*, y da lugar a las reglas sobre *misrepresentation* y, especialmente, aquellas privativas al seguro sobre *non disclosure*.

[95] KEETON, R., «Insurance...» *op. cit.*, p. 967.

[96] *Ibidem*, pp. 967-974.

[97] *Ibidem*, p. 977. Keeton enuncia el principio del siguiente modo: «Si la ejecución de la cláusula de una póliza defrauda las expectativas razonables de la gran mayoría de los asegurados respecto de cuyos reclamos es relevante, no será aplicada incluso contra aquellos que tienen conocimientos de su carácter restrictivo» (p. 974). Esto sería el resultado de combinar el principio de la observancia de las expectativas razonables, con el principio más amplio de no admitir las ventajas inconscientes.

En síntesis, la doctrina de las expectativas razonables va más allá de la regla *contra proferentem*, al permitir al juez ignorar el efecto de un término incumplido, sin necesidad de encontrar ambigüedad. Se ha sostenido que esta doctrina ha sido aplicada por las Cortes de Estados Unidos cuando quienes no tienen otra opción que adherir al contrato, serían privados del beneficio del negocio, de aplicarse irrestrictamente los términos contractuales[98].

c) Eficacia de la doctrina

No puede sostenerse que la doctrina de las expectativas razonables se haya adoptado irrestrictamente, y en forma generalizada, en Estados Unidos. En verdad, se debe distinguir entre la versión fuerte y la versión débil de la doctrina. La versión fuerte es la expuesta por Keeton, según la hemos descrito. La versión débil consiste en una variación de la interpretación *contra proferentem*, pero cuyo fundamento no es la ambigüedad sino que, cuando existe ambigüedad, la interpretación contra el redactor se basa en la necesidad de proteger las expectativas razonables. En su versión débil, la doctrina ha sido adoptada por cuarenta estados de la Unión[99]. La versión fuerte de la doctrina generó mayor entusiasmo luego de su publicación en 1970. No obstante, los pocos estados que la adoptaron han cedido a las críticas realizadas a la doctrina en las décadas de los 80 y 90, revirtiendo su posición[100]. Lo cierto es que ha habido un extenso debate acerca de la conveniencia o inconveniencia de la adopción de la teoría[101].

---

[98] TARR, J. A., *op. cit.*, p. 263. La autora sostiene que, más que parecerse al principio *contra proferentem*, se acerca al principio contra absurdo en el propósito comercial de la regla (p. 263).

[99] FISCHER, E.; SWISHER, P. y STEMPEL, J., *op. cit.*, p. 105.

[100] *Ibidem*, p.107. Nombran a Idaho, Iowa, New Jersey y Pennsylvania. Por su parte, TARR, J. A., *op. cit.*, p. 266, sostiene que «desde su creación hace treinta años, menos de un cuarto de los estados en Estados Unidos la han reconocido claramente como una regla sustantiva del Derecho de seguros que permite a las Cortes ignorar términos no ambiguos en contratos tipo de seguros, que de otro modo defraudarían las razonables expectativas del asegurado».

[101] CLARKE, M., «The reasonable...» *op. cit.*, p. 390, resume las posiciones a favor y en contra de la doctrina. «Se ha sostenido a favor de ella lo siguiente:

a) Induce al asegurador a dar al futuro asegurado mejor información sobre el tipo de cobertura disponible, y así el asegurado hará un más eficiente uso de los recursos;

b) Promueve la equidad, si el asegurador ha creado expectativas engañosas sobre la cobertura;

c) Promueve una efectiva distribución de riesgos.

Se han sostenido en su contra los siguientes argumentos:

a) Aumenta la incertidumbre, particularmente por medio de la inconsistencia entre jurisdicciones estaduales y, en consecuencia, incrementa el costo del seguro, además de demorar el arreglo de las disputas.

Entre las críticas, destaca aquella que pone de manifiesto que la regla de Keeton no da pistas acerca de cuáles deben ser los criterios para reemplazar los términos que defraudan las expectativas del asegurado. Las cortes sólo cuentan con los términos del contrato. Si deben utilizarse criterios externos al contrato, la formulación de la regla no sugiere ni cuáles son, ni cómo utilizarlos, ni cuáles deberían prevalecer sobre los otros en un caso dado[102].

Otros, atacan la teoría desde sus fundamentos económicos. De este modo, se sostiene que la alusión a la desigualdad de poder negociador entre las partes es racionalmente injustificada. Si se considera que aquel es el fundamento de la existencia de contratos tipos se estaría en un error, pues el fundamento de la existencia de tales contratos es disminuir los costos de transacción, lo que beneficia, finalmente, al asegurado. En consecuencia, la diferencia del poder negociador de las partes es simplemente una alusión a la mayor riqueza de aquel con mayor poder, pero no un fundamento de la contratación masiva. En segundo lugar, la complejidad de los contratos de seguros y la severidad de sus términos sería un problema resuelto por las fuerzas del mercado. Así, si un asegurador ofrece términos severos, su competencia ofrecerá mejores términos, hasta llegar a la relación óptima entre precio y términos contractuales. Además, se puede sostener que el asegurado conoce y acepta que la severidad de los términos disminuye los costos. El asegurado ha comprado el seguro de todas formas, lo que significa que ha descontado del valor que está dispuesto a pagar por la prima, el costo de sufrir las consecuencias de un término severo[103].

---

b) La respuesta de la industria aseguradora ha sido un encogimiento de la capacidad y un redoblamiento en los esfuerzos de redacción y restricción de coberturas. Los asegurados enfrentan hoy el dilema de coberturas diseñadas más estrictamente y contratos limitados con escaso espacio para la interpretación, y un poco más que una escuálida victoria obtenida por concesiones judiciales pasadas, de coberturas amplias en clausulados actualmente obsoletos.

c) Ignora la real intención de las partes en seguros de línea comercial [libremente discutidos], donde ha habido real negociación».

[102] FISCHER, E.; SWISHER, P. y STEMPEL, J., *op. cit.*, p. 107.

[103] WARE, STEPHEN J., «A critique of the reasonable expectations doctrine» en *The University of Chicago Law Review*, 56 (1989), pp. 1476-1481. Consideramos que estas críticas no son irrefutables. En cuanto a la primera, es cierto que la disminución de los costos de transacción favorecen al asegurado. Pero aquello supone que, realmente, los aseguradores lo reflejen en la rebaja de las primas. Además, la conveniencia de la existencia de contratos tipo no justifica que sus términos sean injustos, por lo tanto, un control de equidad de los términos no se desecha por la sola conveniencia de la contratación masiva. Con respecto a la segunda crítica, es bastante optimista pensar que un asegurado conocerá cuál es el asegurador que ofrece mejores términos, o cómo medir su compleja relación de términos contractuales/valor de la prima. Un consumidor de seguros difícilmente lee la póliza. En tercer lugar, el seguro cumple una relevante función social de distribución de pérdidas. El pago dili-

Finalmente, se critica a esta doctrina por ser un ejemplo más de activismo judicial injustificado, pues los términos contractuales en Estados Unidos ya son controlados por vía legal y administrativa[104].

En todo caso, es innegable que la doctrina se discute en la mayoría de los casos de seguros en Estados Unidos, y cuenta aún con apoyo entre jueces y abogados. La disputa entre quienes apoyan la doctrina y quienes la rechazan es un reflejo indirecto de la disputa mayor entre formalismo y funcionalismo en Estados Unidos, en la que la segunda corriente lidera en número de adeptos[105]. Por lo demás, la doctrina ha mostrado una tímida aparición en otras jurisdicciones del *Common Law*, como Australia e Inglaterra[106].

Quizás sea conveniente su adopción en aquellos países en que se ejerce escaso, insuficiente, meramente formal o nulo control sobre los términos de las pólizas.

5. SÍNTESIS COMPARADA DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE EQUIDAD DE LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO DE SEGURO

5.1. Problemas de los términos del contrato de seguro

Existen dos caracteres que se han erguido como los mayores problemas de las *warranties*, con respecto a la justicia de su contenido. Por un lado, que su efecto se produce sin necesidad de que haya sido determinante, es decir, decisiva para que el asegurador haya aceptado el riesgo en las condiciones que lo asumió. Por otro lado, que el efecto extintivo de la *warranty* se produce aún sin que haya afectado el riesgo de manera de haberlo aumentado y, así, constituirse la inejecución de la *warranty* en una de las influencias causales en la producción del siniestro. Por su parte, las *conditions* no tienen estas características, pero la gravedad de su efecto extintivo, com-

---

gente de una indemnización puede significar la diferencia entre la bancarrota o la continuación del negocio. La mayoría de los empresarios toman seguros, precisamente, debido a que no pueden autoasegurarse ¿Es razonable pensar que tales personas aceptan la posibilidad de perder todo su capital, por ejemplo, en razón del incumplimiento de una obligación que ni siquiera ha contribuido a producir un siniestro? ¿Acaso tal circunstancia justifica para ellos una rebaja en la prima?

[104] Así se sostuvo en *Allen v. Prudencial Prop. & Cas. Ins. Co.*, 839 P 2d 798 (Utah 1992), para rechazar la aplicación de la doctrina en ese caso.

[105] FISCHER, E.; SWISHER, P. y STEMPEL, J., *op. cit.*, pp. 94 y 107.

[106] CLARKE, M., «The reasonable...» *op. cit.*, p. 404. En el mismo sentido, TARR, JULIE-ANN, *op. cit.*, p. 270.

binado con la posible inadvertencia de los asegurados que contratan masivamente, hace que su pacto sea potencialmente problemático.

Como sabemos, las cargas del asegurado tampoco comparten las características más inequitativas de las *warranties*. Sin embargo, presentan el mismo problema anotado a propósito de las *conditions*: la contratación masiva de seguros puede provocar la inadvertencia del grave efecto de la inejecución de una carga del asegurado. Debe tenerse presente que la regla general de los contratos es que el tipo de estipulaciones que se pactan como cargas en el contrato de seguro, corresponden a deberes secundarios. Ellos sólo traen aparejada como consecuencia ante el incumplimiento, la obligación de indemnizar perjuicios por parte del infractor. En consecuencia, las cargas del asegurado son estipulaciones excepcionales en el sistema de contratos, por lo que su efecto provoca perplejidad y sorpresa en los contratantes no expertos.

Dadas estas dificultades de los términos del contrato de seguro, es necesario que el pacto de cargas del asegurado se encuentre justificado. Ya hemos señalado que las cargas del asegurado cumplen una función justificada en el contrato de seguro, atendidas sus particularidades. Sin embargo, hemos puesto hincapié en que esta función es más difícil de justificar cuando el contrato de seguro se celebra por medios masivos[107].

5.2. Posibles soluciones a los problemas de los términos del contrato de seguro

En el *Common Law*, se vislumbra una tendencia a la regulación pública del contrato de seguros en general, y de los términos del contrato de seguro en particular. Así es como en Estados Unidos, si bien se ha evitado dictar legislación federal, cada uno de los estados de la Unión presenta regulaciones a través de contratos forzosos, imposición de términos por vía legislativa, control preventivo administrativo y control jurisdiccional, especialmente por medio de la teoría de las expectativas razonables del asegurado. En Australia, la tendencia hacia el control público se concretó en la *Insurance Contract Act* 1984, una ley que incorpora normas imperativas respecto al contenido de los términos del contrato de seguro. En Inglaterra, el *lobby* de la industria aseguradora, que se tradujo en diversas medidas de autorregulación, fue poco a poco cediendo hasta que en el año 2005, el control de contenido del contrato de seguro fue incorporado a la *Financial*

[107] *Vid supra* «las cargas del asegurado y el fenómeno de la adhesión. Reformulación del equilibrio contractual», p. 336.

Services Authority. Además, el sistema de solución de controversias previo al juicio, fue traspasado desde el *Insurance Ombudsman Bureau*, un organismo privado, al *Financial Ombudsman Service*, parte de la *Financial Services Authority*. A pesar de estos avances hacia el control público, la industria aseguradora inglesa todavía ha logrado evitar la dictación de una ley imperativa de seguros, como la ICA (1984) australiana.

En comparación con este panorama, puede sostenerse que en Chile, el control de equidad de los términos del contrato de seguro se encuentra en una etapa prehistórica. En efecto, el control administrativo de las cláusulas del contrato de seguros es facultativo. La legislación de contrato de seguro tiene casi un siglo y medio y, además de ser supletoria, carece de normas protectoras del asegurado. La aplicación de la LPC al seguro es, cuando menos, dudosa, y no tenemos noticia de que existan fallos en que se haya siquiera discutido la validez de una cláusula contractual que establezca una carga abusiva o contraria a las buenas costumbres. Además, los litigios de seguros son conocidos generalmente por jueces árbitros, lo que dificulta a los asegurados el acceso a la justicia. Por su parte, los aseguradores chilenos han establecido un mecanismo de autorregulación, constituído por el Consejo de Autorregulación de las Compañías de Seguros[108].

Pero estos mecanismos aún parecen insuficientes. El Derecho de seguros en Chile carece de mecanismos protectores suficientes para el asegurado. Hace falta un órgano de control más activo y accesible. Además, es necesaria la creación de una literatura crítica respecto al contenido de los contratos de seguros nacionales.

Consideramos que, una vez que se hayan dado esos primeros pasos, que permitan generar conciencia acerca de las reales dificultades del contrato de seguro en la realidad nacional, puede pensarse en la dictación de una ley con carácter imperativo, siempre que esto sea necesario. Pero consideramos que estas medidas son muy necesarias, pues la carencia de mecanismos accesibles, técnicamente precisos y públicos de justicia, constituye un obstáculo a la masificación de la industria aseguradora[109]. Además,

[108] Este Consejo es el encargado de fiscalizar la correcta aplicación del Compendio de Buenas Prácticas Corporativas, acordado por los miembros de la Asociación de Aseguradores de Chile. El Consejo actúa mediante resoluciones, y puede ser requerido por cualquier persona que tenga interés, indicando cuál ha sido la entidad infractora y cuál es la norma del Compendio que se infrinje.

[109] Un positivo avance a este respecto era la creación del «Defensor del Asegurado», contenida en el «Proyecto de Ley que introduce adecuaciones de índole tributaria e institucional para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua con la modernización del mercado de capitales» [Mercado de Capitales II], Mensaje n.° 39-349 de 30 de junio de 2003. Éste introducía el siguiente artículo 40 al DFL 251 de 1931 [Ley de Seguros]: «Las en-

afecta negativamente su prestigio, lo que es especialmente grave en mercados cada vez más abiertos y competitivos. En este sentido, la experiencia de los países del *Common Law* es elocuente.

6. Recapitulación de la tercera parte

Hemos visto que las cargas del acreedor se manifiestan en el contrato de seguro como cargas del asegurado. Ellas tienen un concepto y una disciplina propia, pero que no es más que la expresión del concepto de carga del acreedor en el contrato de seguro. Este concepto y disciplina es funcionalmente asimilable a las *warranties* y *conditions* en el contrato de seguro anglosajón. Además, todos estos tipos de cláusulas presentan posibilidades de control respecto a su contenido. Por lo tanto, podemos continuar nuestra obra con el análisis de las cargas del asegurado en el seguro de responsabilidad civil, apoyados en el acervo dogmático de las cargas del acreedor, de las cargas del asegurado y de las *conditions* y *warranties* del contrato de seguro.

---

tidades aseguradoras deberán designar a una persona natural o jurídica llamada "Defensor del Asegurado", para que conozca de las reclamaciones que formulen los contratantes, asegurados, beneficiarios y derechohabientes de unos y otros contra dichas entidades. La Superintendencia, mediante norma de carácter general, establecerá el procedimiento administrativo a que se sujetará, las limitaciones de naturaleza y monto a que estarán afectas dichas reclamaciones, los requisitos mínimos a cumplir por las personas a designar, y otras materias relacionadas, quedando sujetas a su fiscalización las personas que se designen.

Los gastos, que se ocasionen con motivo de la actuación del defensor del asegurado, serán de cargo de la institución que lo designe, no pudiendo, en ningún caso, ser de cargo de los reclamantes.

La decisión del defensor del asegurado será fundada y obligatoria para la institución que lo designó, pero el reclamante tendrá libertad para acogerse a ella.

El defensor del asegurado sólo podrá conocer y pronunciarse de la ejecución del contrato respectivo, y no obligará a la compañía en materias distintas a las convenidas en la póliza. Lo anterior no obsta a la posibilidad de recurrir a los tribunales o a otros mecanismos de solución de conflictos» (Boletín n.° 3278-05). Sin embargo, esta disposición, contenida en el número 10 del mensaje, no fue aprobada en la votación de la Cámara de diputados.

Cuarta parte
Las cargas del asegurado en el seguro de responsabilidad civil

XI

La carga de notificación del siniestro o demanda

1. ANTECEDENTES

La notificación del siniestro al asegurador es una carga del asegurado reconocida universalmente, en las distintas leyes y condiciones generales que regulan los contratos de seguro. En nuestro país, el artículo 556 del Código de Comercio, en su número 3, dispone que «el asegurado está obligado a notificar al asegurador, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la noticia, el advenimiento de cualquier accidente que afecte su responsabilidad, haciendo en la notificación una enunciación clara de las causas y circunstancias del accidente ocurrido».

Como se aprecia, se trata de una carga impuesta de manera general, para todos los ramos del seguro. Ante la ausencia de regulación del seguro de responsabilidad civil en nuestra legislación, son las condiciones generales de los contratos las que imponen y norman este tipo de carga[1].

[1] El artículo 569 del Proyecto de Modificación a las Normas que Rigen el Contrato de Seguro (que pretende reemplazar el título VIII del Libro II del Código de Comercio), impone la carga de notificación para el seguro de responsabilidad en los siguientes términos: «El asegurado deberá dar aviso inmediato al asegurador, de toda noticia que reciba, sea de la intención del tercero afectado o sus causahabientes de reclamar indemnización, o de la amenaza de iniciar acciones en su contra; de las notificaciones judiciales que reciba, y de la ocurrencia de cualquier hecho o circunstancia que pudiere dar lugar a una reclamación en su contra». En el Derecho comparado, la carga de declarar el siniestro en el seguro de responsabilidad civil tiene una consagración heterogénea: desde la estrictamente convencional (*v. gr.* Inglaterra, *vid* BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, pp. 244-245) a la legal que no puede ser modificada sino a favor del asegurado (*v. gr.* España, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, 2.ª edic., Navarra, 2001, p. 294).

Las pólizas de responsabilidad civil depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros presentan regulaciones diversas, con algunas coincidencias[2]. Todas ellas distinguen entre la notificación de todo reclamo, queja o amenaza de acción o demanda en contra del asegurado, y el caso de la notificación judicial de una demanda[3]. En el primer caso, se le exige dar aviso en un plazo de 5 días, o en plazo oportuno. En el segundo caso, se exige notificación inmediata. Concuerdan, además, en que la sanción en caso de incumplimiento de la carga es la liberación del asegurador de su obligación de indemnizar[4].

En el Derecho comparado, se reconoce universalmente la existencia de una carga o deber de notificación general en el contrato de seguros y especial en el seguro de responsabilidad civil[5]. En el *Common Law*, si bien se discute si existe o no una verdadera obligación de notificar, lo cierto es que usualmente ésta se inserta como deber del asegurado en la póliza, quien deberá cumplir si desea ser indemnizado[6].

A continuación realizaremos un examen de las diversas dificultades que presenta la carga de declaración. Este análisis será realizado a la luz de la doctrina extranjera, intentando buscar cuáles son las respuestas a las cuestiones discutidas en el Derecho comparado que pueden inferirse de nuestro ordenamiento jurídico.

---

[2] *V.gr.*, POL 1 91 080, POL 1 91 081, POL 1 97 008, POL 1 02 23, POL 1 02 30.

[3] LEWIS LEONHART, GEORGIA, «Notice of ocurrence, accident, claim or suit» (chapter 139), en HOLMES, ERIC MILLS, *Holme's Appleman on Insurance Law and Practice*, West, 2.ª edic., St. Paul (Minn.), 1996, v. 23, p. 287, sostiene que los requerimientos de dar pronta notificación de reclamos no deben confundirse con los de dar pronta notificación de demandas. La expresión reclamo (*claim*) es más amplia que demanda (*suit*). La jurisprudencia del Distrito de Columbia ha señalado que «la notificación de reclamos haría posible que el asegurador realice una pronta investigación y prepare la defensa de cualquier acción o demanda que pueda intentarse en el futuro. Por otro lado, la notificación de una demanda gatillaría inmediatamente la obligación de defender que corresponde al asegurador» (p. 287).

[4] *V. gr.* POL 1 02 030, artículo 19: «toda inobservancia de las obligaciones contraídas por el asegurado excusará al asegurador de indemnizar el siniestro de que se trate».

[5] Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., «Declaración del siniestro» en *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez (dir.), Aranzadi, 2.ª edic., Navarra, 2001, p. 291, y MEILIJ, GUSTAVO, *Seguro de responsabilidad civil*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 96 y 120.

[6] CLARKE, M, *The law... op. cit.*, cap. 26-2. No existe claridad sobre si existiría un deber implícito de notificación. Podría eventualmente sostenerse que se trata de una manifestación más del deber continuo de ubérrima buena fe (*continuing duty of utmost good faith*). De este modo, tal deber se manifestaría en la etapa de ejecución del contrato a través de la necesidad del asegurado de informar sobre el siniestro al asegurador. Pero tampoco queda claro si el nivel de estrictez que se impone al deber de información al celebrar el contrato, es el mismo nivel que se impondría al deber de notificación.

2. FUNDAMENTO

El interés de la pronta notificación de la recepción del reclamo o demanda o del hecho que puede incidir en responsabilidad cubierta corresponde, sin duda, al asegurador y, por extensión, a la comunidad de riesgos por él representada. Pueden distinguirse dos tipos de razones que fundan la imposición de esta carga[7].

2.1. Tutela del interés del asegurador y la comunidad de riesgos

Por un lado, un aviso oportuno permite que el asegurador tome las medidas necesarias para asumir el control del riesgo, recurriendo a su experiencia y habilidad profesional para impedir que el siniestro aumente en gravedad. Además, a medida que transcurre el tiempo, las pruebas sobre las circunstancias que constituyen el siniestro se hacen más difusas. El estado de los hechos al momento del siniestro se hace menos visible. Esto hace que el asegurador vaya perdiendo de a poco los elementos que requiere para acotar, disminuir o rechazar su obligación al pago de la indemnización. Por consiguiente, un aviso oportuno permite una liquidación más precisa y, además, dificulta una eventual manipulación fraudulenta de los hechos. En consecuencia, este primer grupo de razones puede señalarse como la defensa de los intereses del asegurador y de la comunidad de riesgos a su cargo[8].

---

[7] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 424.

[8] Este conjunto de motivos ha sido extensamente expuesto por STIGLITZ, RUBEN S. y STIGLITZ, GABRIEL A., *Seguro contra la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 2.ª edic., Buenos Aires, 1994, pp. 365-366. Los autores citados mencionan como fundamentos de la imposición de esta carga: «colocar al asegurador en condiciones de verificar, si el siniestro denunciado corresponde a un riesgo cubierto; acudir en ayuda del asegurado para atenuar los daños; controlar las condiciones o circunstancias en que se produjo el siniestro, pues de ellas dependerá enfrentarse a un supuesto de no seguro; verificar la gravedad del daño a su cargo; establecer la procedencia de la acción de pago por subrogación contra terceros responsables; constatar la conducta del asegurado, ante la eventualidad de hallarse en una hipótesis de exclusión de cobertura por delimitación subjetiva del riesgo; recoger elementos probatorios pues [...] cualquier demora podrá determinar que se pierda contacto con muchas circunstancias o hechos que servirían a una exacta comprobación o que desaparezcan las pruebas necesarias; evitar que se consumen abusos y fraudes; [...] preparar la liquidación técnica del siniestro, con la colaboración, si es necesaria, de peritos; tomar las medidas necesarias para la protección de sus intereses, puesto que su obligación consiste en afrontar la indemnización consecuencia del siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asumido; suspender la prescripción en curso; etc... Véase también SÁNCHEZ CALERO, F.,

2.2. Información complementaria y administración de riesgos

Por otro lado, la oportuna comunicación del reclamo o demanda otorga al asegurado información valiosa ya no sólo para la determinación de las circunstancias de ese mismo reclamo, sino que, en general, para la explotación del ramo de responsabilidad civil. Estos datos son los que en España se denominan «información complementaria»[9].

La información complementaria puede consistir en la comunicación de cuál ha sido la naturaleza y características del daño supuestamente provocado por el asegurado, cuáles han sido sus causas y efectos, si han participado terceras personas y en qué ha consistido su participación. Esta información puede resultar esencial para el asegurador, pero no necesariamente con relación al evento asegurado concreto y a su relación contractual particular con el asegurado afectado. La información complementaria de un siniestro, sumada a la que el asegurador obtenga de otros siniestros, le permitirá acumular conocimiento para la ejecución de su negocio. Esto tiene relevancia, por ejemplo, para la determinación del valor de la prima. Un conocimiento más preciso, basado en la experiencia, de las causas y efectos de los accidentes, permite al asegurador establecer con mayor precisión el precio del seguro, y las reservas que debe constituir. La información complementaria le permite también al asegurador conocer si existen otras personas contra quienes pueda entablar acciones, subrogándose en los derechos del tomador del seguro[10].

Más interesante aún para los aseguradores es la información complementaria desde la perspectiva de la administración de riesgos, o *risk mana-*

«Declaración...» *op. cit.*, p. 291. En Chile, BAEZA, S., *op. cit.*, p. 119, quien coincide en que la razón de ser de esta carga se encuentra en permitir al asegurador tomar medidas para evitar el incremento de los daños.

[9] Por todos, GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 425. La primera parte del artículo 16, inciso tercero de la Ley española de Contrato de Seguro de 1980 (en adelante, LCS), reza: «El tomador del seguro o el asegurado deberá, además, dar al asegurador toda clase de informaciones sobre circunstancias y consecuencias del siniestro». En el mismo sentido, el párrafo 34 VVG, señala «(1) El asegurador puede, luego de la ocurrencia del evento asegurado, requerir que el tenedor de la póliza le provea cualquier información que sea necesaria para constatar el evento asegurado o la extensión de la obligación del asegurador; (2) El asegurador puede requerir evidencia al punto en que razonablemente sea esperable que el tenedor de la póliza pueda procurarla».

[10] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 425. En el mismo sentido, LEWIS LEONHART, G., *op. cit.*, p. 286, apunta que las disposiciones sobre notificación del siniestro permiten a los aseguradores: tomar medidas para eliminar riesgos similares en el futuro; establecer primas de renovación más precisas; mantener reservas adecuadas; prevenir o reducir la incidencia de fraude.

gement. La acumulación de conocimientos permite que el asegurador, al redactar sus pólizas, excluya de la cobertura aquellas circunstancias que encarecen ostensiblemente el seguro o reducen su disponibilidad. Así, pueden crearse distintas opciones de primas con distintas coberturas, permitiendo una oferta más flexible y logrando acceder a más posibles asegurados. También, pueden imponerse cargas que, sin excluir cobertura, impongan al asegurado conductas que, en la experiencia del asegurador, usualmente tienen como resultado la provocación de un siniestro. Además, la información que el asegurador devuelve a sus asegurados, relativa a técnicas, medios o meros consejos dirigidos a evitar siniestros, constituye un servicio de gran interés para éstos, y en él puede radicar el futuro desarrollo de la industria asegurativa[11].

3. Naturaleza de la declaración

En el Derecho comparado, se ha discutido si la notificación es una mera declaración de ciencia, o bien, si constituye un verdadero acto jurídico. La consecuencia de determinar si tiene una u otra naturaleza consiste en la aplicación o no de las reglas sobre validez de los actos jurídicos. Por esto, se hace necesario determinar la naturaleza de la declaración por la cual se notifica el reclamo, demanda o hecho dañoso cubierto al asegurador.

3.1. Acto jurídico

Gómez Segade se pronuncia a favor de la primera teoría[12]. Sostiene que quien realiza la declaración no se limita a dar a conocer un hecho al

[11] En efecto, sostiene Clarke, M., *Policies... op. cit.*, p. 143, que actualmente la administración de riesgos es un servicio que muchos aseguradores ofrecen para preservar su participación de mercado. Señala el autor citado que, «cuando la contingencia ocurre, los aseguradores modernos pueden proveer no sólo dinero, sino también servicios de diversos tipos: no sólo un auto de cortesía mientras el auto asegurado es reparado, sino preocupación y consejos concernientes al mismo siniestro y su futura prevención» (p. 143).

[12] Gómez Segade, J., *op. cit.*, pp. 436-437. En el mismo sentido, Durante, Aldo, «L'avviso di sinistro», en *Azzicurazioni*, 1975, Parte I, p. 489, quien afirma que el aviso puede dividirse en dos partes: una consistente en datos fácticos y la otra en que el asegurado manifiesta su voluntad de recibir del asegurador lo que se le debe. En consecuencia, la declaración del siniestro es «sustancialmente una verdadera manifestación de voluntad, que por su parte no se encuentra presente en la mera declaración recepticia de ciencia» (pp. 489-490). Una posición similar parece ser la de algunas Cortes norteamericanas, según Mayer

asegurador. Por el contrario, el asegurado entiende que la declaración es una manifestación de voluntad implícita en orden a demostrar su intención de ser indemnizado por el asegurador. Reconoce el autor citado que externamente, la conducta del asegurado no tiene por objeto comunicar al asegurador su deseo de ser indemnizado. Sin embargo —continúa Gómez Segade— «el legislador, mediante una deducción necesaria y vinculante, ha establecido dicha conclusión»[13].

3.2. Declaración de ciencia, saber o conocimiento

La doctrina tradicional y mayoritaria estima que la notificación es una mera declaración de ciencia, pues no existe una verdadera manifestación de voluntad dirigida a crear, modificar o extinguir un negocio jurídico[14]. En este caso específico, la notificación del reclamo o demanda no supone necesariamente una intención inequívoca de obtener el pago de la indemnización, sino que es sólo la ejecución de una carga. Puede ocurrir que el asegurado sólo notifique el hecho, pero posteriormente decida si le es conveniente cobrar o no el seguro[15]. Por lo tanto, no podrían aplicarse a la declaración las reglas de los actos jurídicos[16].

SON, MARC S., «Perfecting and pursuing liability insurance coverage: a primer for policyholders on complying with notice obligations» en *Tort and Insurance Law Journal*, 32 n.° 4 (1997), p. 1009. Ellas parecen exigir al tenedor de la póliza que invite al asegurador a defenderlo o indemnizarlo y a establecer inequívocamente que el tenedor de la póliza está ejercitando sus derechos bajo la póliza.

[13] *Ibidem*, p. 437. En efecto, del artículo 18 LCS, que regula el pago de la indemnización, podría desprenderse esta interpretación. En lo pertinente, la disposición señala que el asegurador debe indemnizar en cierto plazo posterior a la recepción de la declaración del siniestro. En consecuencia, el legislador vincula a la declaración del siniestro la voluntad del asegurado a ser indemnizado. Por lo tanto, en la interpretación de Gómez Segade la declaración del siniestro es una manifestación de la voluntad de ser indemnizado.

[14] Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 293; DONATI, A., *op. cit.*, p. 412.

[15] Pues puede ocurrir, por ejemplo, que el asegurado quiera evitar el aumento de su prima como consecuencia del aumento de su siniestralidad; o bien, que quiera utilizar la cobertura de otros seguros que haya contratado para ese mismo riesgo.

[16] Señala HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 495, que se ha fallado en Argentina que la notificación es una declaración de conocimiento y no de voluntad, por lo cual el denunciante puede ser un incapaz.

3.3. Nuestra opinión

Coincidimos con la posición tradicional y estimamos, en consecuencia, que la notificación es una declaración de conocimiento, por las siguientes razones:

i) Se entiende que el acto jurídico es una declaración de voluntad tendiente a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El acto jurídico, que se ha identificado con la figura alemana del negocio jurídico, es una declaración de voluntad con finalidad reguladora[17]. En general, las notificaciones carecen de carácter regulador, y sólo desencadenan efectos previstos en otros actos, que son, propiamente, actos jurídicos[18].

ii) La aplicación de las reglas sobre vicios de la voluntad es innecesaria y puede provocar confusiones. Esto se debe a que la conducta de notificación usualmente se impondrá como deber o como carga. En consecuencia, ante la falta de notificación el examen técnicamente preciso es el de ejecución o inejecución de conductas jurídicamente obligatorias, y no el de validez o invalidez de declaraciones tendientes a provocar efectos regulatorios[19].

iii) No es necesario que la declaración de siniestro sea considerada un acto jurídico para que surja en el asegurador la obligación de indemnizar. Esto se debe a que dicha obligación mantiene su existencia por la notificación que un tercero haga del reclamo, o bien,

---

[17] Por todos, LEÓN, A., *La voluntad... op. cit.*, p. 9.

[18] FLUME, W., *op. cit.*, p. 148, niega a las notificaciones, como acto, carácter negocial. Sostiene que la diferencia de las notificaciones con las declaraciones negociales consiste en que las primeras, al estar estructuradas como supuestos de hecho normativos, no están dirigidas causalmente a los efectos jurídicos producidos en virtud de las mismas, y no son actos que establezcan una reglamentación. El autor citado ilustra este punto recurriendo precisamente al caso de la intimación, y sostiene que el efecto jurídico de la notificación no consiste en que se produzca el fin perseguido, sino que se produce algún otro efecto jurídico. «Por eso, en las notificaciones, no surgen los problemas que resultan de la relación causal de la declaración de voluntad con el resultado jurídico».

[19] *Ibidem*, p. 142, sostiene que en la doctrina alemana, los actos jurídicos son una categoría heterogénea y residual al negocio jurídico. A los actos jurídicos se les aplican las reglas de los negocios jurídicos, siempre que la específica naturaleza del acto jurídico concreto lo requiera. Por esto, Flume indica que «mientras que a los negocios jurídicos le son aplicables per se las disposiciones legales relativas a los mismos, en los actos jurídicos siempre hay que comprobar si, y en qué medida, son aplicables a ellos las disquisiciones sobre los negocios jurídicos, por ser los problemas iguales a los que se presentan en los negocios jurídicos» (p.142).

por el conocimiento que el propio asegurador adquiera. En estos casos, no puede señalarse que haya una declaración de voluntad en orden a ser indemnizado, pero igualmente no se extingue la obligación de indemnizar[20]. Pensamos que no es necesaria una expresión de voluntad tácita destinada a confirmar la voluntad del asegurado de ser indemnizado. Esa voluntad está expresada al momento de celebrar el contrato, al momento de crear el acto jurídico bilateral. Una cosa distinta es que el asegurado pueda renunciar a su derecho a ser indemnizado, o que esa renuncia pueda presumirse de su conducta[21].

4. Presupuesto de la carga de notificación

A continuación nos corresponde determinar cuál es el supuesto, que provoca o gatilla la necesidad jurídica del asegurado de ejecutar la carga de notificación.

4.1. El siniestro de responsabilidad civil como presupuesto de la carga

Como se sabe, la noción de siniestro en el seguro de responsabilidad civil no es pacífica[22]. El seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños y patrimonial, pues su finalidad es mantener indemne el patrimonio del asegurado ante la eventualidad de verse obligado a responder de una deuda proveniente de la realización de un delito o cuasi delito civil. El riesgo, en consecuencia, consiste precisamente en el surgimiento de la obligación

[20] En el mismo sentido, Sánchez Calero, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 293.

[21] Puede que el asegurado decida renunciar a su derecho a ser indemnizado para que no suba su índice de siniestralidad y, por consiguiente, su primaje.

[22] Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 376-377 sostiene que, en cuanto a la determinación del momento de la producción del siniestro, las opiniones de los autores están divididas. «Mientras algunos sostienen que el siniestro se verifica sólo cuando hay pago del daño al perjudicado, otros opinan que resulta de la liquidación del valor del daño. Mientras unos defienden que el momento decisivo es el de la reclamación judicial o extrajudicial del tercero perjudicado, otros piensan que este no puede ser más que el hecho dañoso que determina la responsabilidad» (p. 376). Corral afirma que la posición dominante parece ser la que estima que el siniestro de responsabilidad civil es el hecho dañoso, «con independencia de la fecha de la reclamación del tercero, liquidación y pago de la indemnización» (p. 377). Véase también De Ángel Yagüez, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, 3.ª edic., Madrid, 1993, pp. 992-996.

de indemnizar, como resultado de haber incurrido en responsabilidad. El siniestro, como materialización del riesgo descrito, consiste precisamente en el surgimiento de la deuda de responsabilidad civil[23].

Podría entenderse que el siniestro es un presupuesto para que surja la necesidad de comportarse de acuerdo con la carga de notificación o declaración del reclamo[24]. Sin embargo, tal conclusión no sería correcta en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien la determinación del momento de la realización del siniestro tiene consecuencias importantes en el seguro de responsabilidad civil, no determina el surgimiento de la necesidad de cumplir la carga de notificación[25]. Esto se debe a que tanto la ley como el contrato no imponen, en nuestro ordenamiento, la necesidad de notificar el siniestro, sino otras circunstancias. Estas circunstancias son aquellos hechos que pueden hacer efectiva la póliza, es decir, aquellos hechos que hayan dañado a terceros y con motivo de los cuales el asegurado vea comprometida su responsabilidad civil. O bien, como se establece en las pólizas, notificar la demanda o el reclamo, pues éstas son manifestaciones inequívocas de la intención de la víctima de hacer valer la responsabilidad civil del asegurado. Todas las circunstancias descritas son antecedentes de que puede tener lugar la condena por la cual el asegurado deba responder civilmente.

Lo que le interesa al asegurador es, precisamente, que se le comuniquen las circunstancias en virtud de las cuales puede verse obligado a indemnizar. En términos prácticos y para efectos de la función de la declaración, es irrelevante si se trata o no propiamente del siniestro, pues el siniestro en el

---

[23] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 269.

[24] Así ocurre en España, donde el artículo 18 LCS impone el deber de notificar el siniestro. GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 432, señala que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil «no se agota en un hecho instantáneo, sino que se extiende durante un período de tiempo más o menos largo». Se pregunta, en consecuencia, en cuál de las etapas del siniestro de responsabilidad civil (que van desde la realización del hecho dañoso hasta el pago a la víctima) se hace exigible el deber de notificación, respondiendo que surge desde el momento en que tiene lugar el inicio del siniestro, esto es, la reclamación del tercero. No obstante, señala que «ésta no parece la solución más correcta. Lo lógico habría sido que en este tipo de seguros se hubiera introducido una regla excepcional, en virtud de la cual el deber de comunicar surgiera cuando se produzca el hecho que originará probablemente una reclamación contra el tomador del seguro o el asegurado». Por su parte, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 996, considera que la obligación de responder nace con el siniestro mismo. «La reclamación de la víctima y la condena impuesta por el juez —señala el autor citado— no son más que acontecimientos complementarios que otorgan efectividad a la obligación de responder, cuyo origen está en la producción del daño».

[25] La consecuencia de mayor importancia será determinar si el evento puede estimarse temporalmente cubierto. Pero existen otras, tal como señalan STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 249-251.

seguro de responsabilidad civil es en sí mismo un término ambiguo, discutido en la doctrina.

Por lo tanto, el siniestro, dependiendo de la teoría a la que se adscriba, puede o no ser antecedente de la notificación. No es eso lo relevante. Lo importante es ser claro respecto a que se requiere información sobre circunstancias que pueden incidir en la responsabilidad del asegurado cubierta por el asegurador. Y para ello, más que imponer la carga de notificar el siniestro, debe imponerse la carga de notificar el reclamo, la demanda o cualquier hecho que pueda afectar a la póliza o afectar a la responsabilidad del asegurador.

4.2. Supuesto legal y contractual

En efecto, el artículo 556 número 5 del Código de Comercio establece la carga de notificar «el advenimiento de *cualquier accidente* que afecte su responsabilidad» (la del asegurador), dentro de tres días de recibida la noticia. Por su parte, las pólizas, a pesar de llamarla «aviso de siniestro», imponen la carga de comunicar «cualquier reclamo o queja», además de la carga de comunicar la iniciación de un proceso, luego de recibida la notificación respectiva[26]. En consecuencia, en nuestro Derecho de seguros es innecesario hablar o referirse a la notificación del siniestro. La carga se impone en vista al conocimiento que el asegurado tenga de un hecho del cual pueda derivarse su responsabilidad, o de la notificación de una demanda. Se trata, en consecuencia, de la carga de notificar el reclamo, la demanda, o cualquier hecho que pueda efectuar la póliza.

---

[26] POL 1 97 008 y POL 1 02 030. Esta última define siniestro en su artículo 7 como «todo hecho que haya producido un daño del que pueda resultar civilmente responsable el asegurado y cuyas consecuencias sean objeto de cobertura por la póliza». Consideramos que esta definición puede provocar problemas, pues falta señalar que debe ser reclamada la responsabilidad civil del asegurado. Imaginemos que el asegurado produce un daño a un tercero, y que este daño está cubierto por la póliza. Se trataría de un siniestro cubierto que, por lo tanto, debe ser indemnizado por el asegurador. No obstante, puede ocurrir que el tercero no alegue por ese daño, o no lo note, o no se entere de quién lo provocó, y así no exija la responsabilidad. ¿Puede entonces el asegurado cobrar el seguro? De la sola lectura de la disposición citada podría entenderse que sí. Sin embargo, éste se trataría de un caso donde un siniestro cubierto no es indemnizado, precisamente porque carece de los requisitos para configurarse como siniestro. El punto es que la definición se aleja del verdadero funcionamiento del seguro de responsabilidad civil y, en consecuencia, del verdadero concepto de siniestro en este tipo de seguros, ya que el siniestro en estas pólizas es precisamente la responsabilidad civil, lo que supone que exista reclamo. De no existir reclamo, falta uno de los elementos para que haya siniestro. Opinamos que el riesgo en este tipo de seguro es el reclamo o demanda de responsabilidad civil.

4.3. Notificación del hecho que pueda dar lugar a responsabilidad *versus* notificación del reclamo o la demanda

Puede apreciarse que, en algunos casos, las pólizas contienen una redacción más favorable para el asegurado que la propia ley. La ley impone al asegurado notificar cualquier accidente que pueda afectar la responsabilidad del asegurador, siempre que se haya recibido noticia de la ocurrencia. El riesgo del conocimiento de la información corresponde al asegurador, pues si la ocurrencia llega a conocerse en una época posterior, quien se ve perjudicado no es el asegurado[27]. Éste conserva su derecho a ser indemnizado siempre que notifique dentro de tres días de recibir la noticia de la ocurrencia del hecho. Sin embargo, queda a criterio del asegurado determinar qué hecho puede afectar la responsabilidad del asegurador. Aplicando el criterio legal, podría estimarse, por ejemplo, que la sociedad dueña de una industria que no comunicase en tres días que ha vertido, por accidente, desechos tóxicos, perdería su derecho a ser indemnizada. En cambio, el criterio adoptado por algunas pólizas resulta más favorable al asegurado. Esto se debe a que, generalmente, tales pólizas no imponen al asegurado notificar todo hecho del que pueda derivarse responsabilidad, sino sólo la recepción de reclamos o demandas. En este sentido, el asegurado se libera de la dificultad de juzgar cuándo se está ante una situación que puede generar responsabilidad, y cuándo no[28].

4.4. Significado de la expresión «siniestro» en el seguro de responsabilidad civil

No obstante, existe un fallo arbitral que se pronuncia de modo diverso, y que acarrearía consecuencias diversas a las del párrafo anterior de acep-

[27] La misma conclusión se desprende de la ley española. Sostiene GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 433, que «el tomador del seguro sólo contrae este deber informativo si pasivamente llega a conocer el siniestro, pero no está obligado a adoptar una postura activa para procurarse ese conocimiento». Pero no debe olvidarse que el asegurador queda a cubierto de otro riesgo, consistente en la conducta del asegurado. Este radica en la contingencia de que el asegurado no notifique al asegurador, aun habiendo conocido la ocurrencia del hecho dañoso que puede generar un reclamo. En este caso, el asegurador puede librarse de su obligación al pago de la indemnización prevista en el contrato de seguro.

[28] El criterio más favorable al asegurado se encuentra en pólizas generales de responsabilidad civil, como las POL 1 02 030 y POL 1 97 008. Sin embargo, los aseguradores han detectado esta circunstancia, y se han puesto bajo cubierto en aquellos casos en que el asegurado puede tener clara conciencia de cuándo ha cometido un delito o cuasi delito civil (*v. gr.* POL 1 98 036, responsabilidad civil para profesiones médicas consultas particulares, cláusula 7.b.3.).

tarse su interpretación. Esta sentencia se refiere al significado de la expresión «siniestro» para los efectos de la carga de notificación en el seguro de responsabilidad civil.

Según el árbitro Raúl Varela Morgan, la expresión «siniestro» tiene un doble significado en este tipo de seguro, uno técnico y uno no técnico. En su sentido técnico, el siniestro es la deuda de responsabilidad civil. En este entendido, para que se produzca el siniestro se requieren dos requisitos: que se determine si el asegurado ha incurrido en responsabilidad civil por los hechos o actividades establecidos en la póliza, y que se establezca el monto de la deuda de responsabilidad civil[29].

En su sentido no técnico, la expresión «siniestro» se utiliza para referirse a la ocurrencia de los hechos que hayan dañado a terceros y con motivo de los cuáles el asegurado vea comprometida su responsabilidad civil[30].

El resultado de esta forma de interpretar la expresión «siniestro» es que queda a criterio del asegurador dar el significado técnico o no técnico de la expresión. El asegurado debe comprender que debe declarar al asegurador cualquier hecho que pueda haber dañado a terceros y que pueda comprometer su responsabilidad civil, si en el contrato se le exige notificar el siniestro.

Nuestra opinión es que no es razonable traspasar al asegurado el costo de la redacción imprecisa del asegurador. Es el asegurador quien ostenta la condición de profesional en la redacción de pólizas y quien se beneficia principalmente de ser el redactor de las mismas[31]. Es por esto que se reconoce universalmente la regla *contra proferentem* en el caso de que existan términos ambiguos en el contrato[32]. Se ha demostrado que la expresión «siniestro» es ambigua, pues no existe claridad acerca del hecho que constituye el siniestro de responsabilidad civil[33]. Más ambigua se hace aún la expresión si se le asigna un nuevo significado, «no técnico». A nuestro entender, lo que hace un juez al interpretar los términos del contrato a favor del asegurador, es auxiliarlo retroactivamente en la redacción del contrato. Además, crea una cláusula sorpresiva para el asegurado. Lo que corresponde hacer en derecho es interpretar contra quien ha tenido la posibilidad de redactar las cláusulas contractuales con claridad[34]. No es difícil estipular

---

[29] CONTRERAS STRAUCH, O., *Jurisprudencia... op. cit., v. 3*, p. 1107 (fallo 333).

[30] *Ibidem*, v. 3, p. 1108 (fallo 333).

[31] STIGLITZ, R., *Derecho... op. cit.*, p. 617.

[32] Por todos, BIRDS, J. y HIRD, N., p. 210.

[33] *Vid* CORRAL, H., *op. cit.*, p. 376.

[34] Además de la regla contenida en el artículo 3 letra e, DFL 251 de 1931, nuestro Código Civil es claro en su artículo 1566, inciso tercero: «... las cláusulas ambiguas que hayan

que se requiere la notificación de toda demanda, reclamo o hecho que pueda hacer efectiva la póliza[35].

De estipularse que la carga impone la notificación del *siniestro*, debería interpretarse a favor del asegurado[36]. En consecuencia, en este caso sería forzoso entender, a favor del asegurado, que la carga se satisface si notifica al asegurador, dentro de plazo, la condena por sentencia firme que establece su responsabilidad civil, aun si han transcurrido años desde el hecho dañoso[37]. Pero esta solución es excesivamente inequitativa. Podría mejor interpretarse que el siniestro es el reclamo de responsabilidad civil y, por lo tanto, el plazo de ejecución de la carga debe contarse desde la notificación de la demanda. Sin embargo, insistimos que lo más adecuado es redactar el contrato con prolijidad, y señalar claramente que lo que debe notificarse es el reclamo de todo hecho que pueda hacer surgir la responsabilidad civil cubierta.

---

sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella».

[35] Según BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.,* p. 245, en el *Common Law* es usual que la póliza cubra la responsabilidad del asegurado ante terceros, no sólo se imponga el deber de notificar el siniestro (*loss*), sino también «todo evento que probablemente (*likely*) dé lugar a un reclamo contra el asegurado», además de la carga de notificar un reclamo efectivo. En *Layher v. Lowe* [2000] Lloyd's Rep. I.R. 510, la *Court of Appeal* resolvió que la palabra *likely* en una póliza significa al menos un 50% de probabilidades que se produzca un reclamo y que la carga de la prueba de esto corresponde al asegurado (p. 245). En *Jacobs v. Coster* [2000]] Lloyd's Rep. I.R. 506, se confirmó este criterio y se aclaró que el hecho de que una persona resulte lesionada no implica necesariamente, sin más, que el eventual reclamo con respecto a esa lesión contra el seguro fuese probable (*likely*).

[36] En el *Common Law*, las Cortes interpretan las cláusulas de notificación estrictamente contra el asegurador, sostienen BIRDS, J. y HIRD, N., p. 245.

[37] PERALTA, R., *op. cit.*, p. 76, señala que en el seguro de responsabilidad civil el siniestro está constituido por la sentencia o bien por la transacción, aprobada por el asegurador. No obstante, señala que el riesgo es el reclamo o demanda de responsabilidad civil. Disentimos de esta opinión, pues el siniestro es la materialización del riesgo cubierto, por lo tanto, no puede ser una cosa el riesgo y otra cosa el siniestro. Lo que ocurre es que, por regla general, es el reclamo o la demanda lo que debe notificarse al asegurador, pero no quiere decir que sea ese el riesgo cubierto. En este sentido, es elocuente la redacción de la cláusula séptima letra c POL 1 99 008 (seguro de responsabilidad de directores y ejecutivos y de reembolso a la sociedad). En esta cláusula se estipula que el asegurado debe notificar «cualquier siniestro reclamado en contra de los asegurados». No puede identificarse al reclamo con el siniestro ni con el riesgo, pero tampoco puede afirmarse que el riesgo y el siniestro sean situaciones diversas, pues el siniestro corresponde al mismo hecho que designa el riesgo, pero como acto y ya no sólo en potencia. Precisamente, para que el siniestro pueda considerarse cubierto por la póliza, debe coincidir con el riesgo.

4.5. Conflicto entre criterio legal y contractual

Por último, es preciso apuntar que, ante divergencia entre las disposiciones legales y contractuales, y tratándose de consumidores de seguros, estimamos que deben primar las reglas legales cuando éstas sean más favorables al asegurado. Las siguientes son las razones que fundan esta afirmación: en primer lugar, por el principio de favorecer la cobertura[38] en segundo lugar, en virtud del principio de inderogabilidad de la ley en perjuicio del asegurado, que puede obtenerse de otros principios generales reconocidos por nuestro Derecho[39]; en tercer lugar, pues, ante divergencias hermenéuticas, debe interpretarse a favor de la cobertura o, si se quiere, *contra proferentem*; y, finalmente, al ser la ley de seguros dispositiva y supletoria de la voluntad de las partes, debe estarse antes a lo expresado en el contrato, a menos que este último imponga injustificadamente normas más gravosas para el asegurado.

5. Desde cuándo debe notificarse

Nuestro Código de Comercio ha establecido un plazo para la notificación, consistente en tres días desde que el asegurado ha tenido conocimiento del advenimiento de cualquier accidente que pueda afectar la responsabilidad del asegurador. Sin embargo, las condiciones generales de las pólizas también contienen plazos para ejecutar la carga de notificación. Las cláusulas de notificación en los seguros de responsabilidad civil en Chile suelen fijar un plazo para la notificación, o bien, establecen un criterio para determinar el momento en que ésta debe ejecutarse[40]. Veamos

[38] Clarke, M., *Policies... op. cit.*, p. 234.

[39] No obstante, es un principio que la agravación de responsabilidad del consumidor puede considerarse renuncia de leyes y, por lo tanto, nula (*Vid* De Castro, F., *Las condiciones... op. cit.*, p. 86). Es por eso que algunas legislaciones de seguros han reconocido legalmente el principio de inderogabilidad de la ley en perjuicio del asegurado: Artículo 2 LCS, «Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado». También ha sido reconocido parcialmente en VVG párrafo 15a, y a lo largo de la ley en otras disposiciones, como el párrafo 47.

[40] POL 191080 artículo 10 y POL 191081 artículo 14: «5 días desde la recepción de la noticia». En caso de muerte o notificación de demanda judicial, «inmediatamente». POL 1 97 008 artículo 12.1 y POL 102 30 artículo 12.1: «oportunamente». En caso de ser notificado de proceso civil o juicio civil, «inmediatamente». POL 1 02 23 artículo 9: «5 días contados desde la recepción de la noticia o desde que haya tomado conocimiento».

a continuación el significado de esos criterios para la determinación del cumplimiento de la carga que ha ensayado la jurisprudencia y doctrina comparada.

5.1. *Common Law*

En el *Common Law*, la abundancia jurisprudencial, ha permitido que los autores puedan pronunciarse acerca del significado de las diversas expresiones utilizadas en las pólizas de seguro, para determinar el momento de la notificación del siniestro o reclamo.

a) Notificación inmediata

Se puede sostener que el requisito de notificar inmediatamente después de conocido el reclamo contra el asegurador, es el término más riguroso en la forma de imponer este deber[41]. Sin embargo, esta expresión no debe tomarse literalmente. Se ha fallado que significa que la notificación debe darse con toda la rapidez razonable de acuerdo con las circunstancias del caso[42].

El criterio «inmediatamente» debe ser medido objetivamente, es decir, sin tener en cuenta las circunstancias subjetivas del asegurado, sino teniendo en cuenta lo que un asegurado razonable habría hecho. En este sentido, la expresión «inmediatamente» se acerca al efecto producido por la limitación del tiempo para notificar por medio de un plazo. De este modo, inmediatamente puede interpretarse como tan pronto como sea razonablemente posible, desde que el asegurado o un asegurado razonable se habría percatado del evento[43]. El evento es aquella situación que puede dar lugar a responsabilidad civil del asegurado y que se relaciona con la cobertura del seguro.

Se ha fallado que una notificación dada ocho días después de la ocurrencia puede ser tenida como una notificación no dada inmediatamente[44]. También que una notificación dada dieciocho días después, cumple

---

[41] LEONHART, G., *op. cit.*, p. 296.

[42] *Re Coleman's Depositories Ltd* [1907] 2 KB 798, 807. CLARKE, M., «The law...» *op. cit.*, cap. 26-9, agrega que «inmediatamente» significa con la debida diligencia y en la primera oportunidad razonable. Además, en Estados Unidos es necesario tener presente la posible intervención legislativa a la interpretación de la cláusula (LEONHART, G., *op. cit.*, p. 296).

[43] DERRINGTON, DESMOND K. y ASHTON, RONALD S., *The law of liability insurance*, Butterwhorths, Sydney, 1990, p. 430.

[44] *South British Insce Co Ltd v. Irwin* [1954] NZLR 563.

con la cláusula[45]. Estos fallos sirven para ilustrar que la determinación de la inmediatez, aun siendo objetiva, depende de las circunstancias.

La práctica norteamericana generalmente reserva la expresión «inmediatamente» para la notificación de un reclamo o una demanda efectivos. En estos casos, la obligación de notificar al asegurador es estricta, y no puede ser reemplazada por otro tipo de comunicaciones[46].

b) Notificación tan pronto como sea posible

Estas palabras no deben ser tomadas literalmente. No es necesario que el asegurado utilice los medios de comunicación más rápidos que teóricamente sean posibles. Si la notificación ha sido dada tan pronto como es razonable de esperarse, eso es suficiente. Se ha fallado que «tan pronto como el accidente ha sido conocido por el asegurado» no significa tan pronto como cualquiera en abstracto podría haber dado noticia, sino que tan pronto como sea posible en las circunstancias ocurridas aplicadas al asegurado[47]. Se puede percibir un cierto grado de subjetivación en comparación con el criterio «inmediatamente», pues se admite la consideración de todas las circunstancias que se aplican a un concreto asegurado[48].

Por su mayor grado de flexibilidad, este criterio usualmente se reserva para la comunicación de accidentes u ocurrencias que puedan resultar en posibles reclamos contra el asegurado[49].

c) Notificación tan pronto como sea practicable

Este es un criterio similar al anterior. Tan pronto como sea practicable significa en un tiempo razonable, con relación a las circunstancias de cada

---

[45] *National Bank of A'asia v. Brock* (1864) 1 WW & a'B (L) 208.

[46] Expone LEONHART, G., *op. cit.*, p.294, que se ha fallado en Estados Unidos que no es suficiente que el asegurado notifique al asegurador de la intención de un tercero de demandarle, si es que el asegurado recibe con posterioridad notificación de la demanda y no la notifica al asegurador. Tampoco, la recepción de una notificación de un reclamo en contra del asegurado por parte del asegurador ha sido suficiente para sustituir la notificación de una real demanda, a pesar de que el asegurador participó en negociaciones previas al juicio.

[47] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 431. Ponen como ejemplo el caso de un administrador testamentario que no tiene conocimiento de la existencia de la póliza. En este caso, se resolvió que el tiempo corre desde que el administrador descubre la existencia de la póliza y le es posible descubrir la identidad del asegurador.

[48] Esta es la misma exigencia impuesta cuando se requiere «pronta noticia» (*prompt notice*) LEONHART, G., *op. cit.*, p. 296.

[49] *Ibidem*, p.293.

caso. La prueba para determinar si se ha cumplido o no con el deber es si una persona prudente y razonable habría previsto una demanda cubierta por la póliza y la habría comunicado al asegurado. Se trata de un criterio con mayor amplitud para la interpretación[50].

El acento se pone en las circunstancias que prevalecieron en el caso, no en lo que habría sido conveniente para el asegurador. Tampoco se repara sólo en aquellas circunstancias que, resultando convenientes para el asegurado, incidieron en la decisión del momento en el cual notificar. En consecuencia, el interés del asegurado por evitar el aumento del monto de su prima, no justifica la notificación tardía en razón de que el asegurado desea cerciorarse de la factibilidad del reclamo[51].

También, se sostiene que la mera inadvertencia de la ocurrencia no es excusa, pero la hospitalización del asegurado puede ser relevante[52].

Nuevamente, respecto de este criterio no existe claridad en cuanto a la precisa cantidad de días en que se debe dar aviso al asegurador. Así, se ha fallado que veintitrés días después que el reclamo ha llegado a conocimiento del asegurado constituye incumplimiento[53]. Sin embargo, se ha resuelto que si el demandante ha enviado copia de un reclamo al asegurado, y al asegurador diecinueve días después que al primero, si el asegurado notifica al asegurador después de cincuenta días, no hay incumplimiento.

d) Notificación dentro de un plazo

Es posible pactar que la notificación sea dada dentro de un plazo, como condición precedente a la responsabilidad del asegurador. Esta es la forma más clara y precisa de determinar el tiempo de notificación, y su validez ha sido reconocida jurisdiccionalmente[54]. Sin embargo, debe tener-

---

[50] *Ibidem*, p. 295.

[51] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 432.

[52] *Ibide.*, p. 431.

[53] *McInerey v Schultz* (1981) 28 SASR 542.

[54] Un ejemplo de este tipo de cláusula puede encontrarse en LEONHART, G., *op. cit.*, p. 298: «Debemos ser notificados prontamente, pero en ningún evento después de 60 días, de cómo, cuándo y dónde el accidente o siniestro ocurrió. La comunicación también debe incluir los nombres y las direcciones de cualquier persona herida y de cualquier testigo. La recepción de tal comunicación por la compañía o agentes autorizados será una condición precedente a la existencia de toda cobertura bajo esta póliza y a la obligación de la compañía de defender cualquier reclamo bajo esta póliza». La corte reconoció la validez de esta cláusula y la aplicó en un caso en que el asegurado demoró seis meses y medio en notificar (*Manzi v. Cotton Status Mut. Ins. Co.*, 243 Ga. App. 277, 278, 531, S.E. 2d 164 (2000)).

se presente la posible alteración legal que pueda sufrir en ciertos tipos de seguros, en algunos estados norteamericanos. Por ejemplo, se ha impuesto legalmente que el plazo es de veinte días, contados desde el accidente[55].

Esta forma de determinar el tiempo de notificación excluye la posibilidad de considerar circunstancias subjetivas del asegurado para alargar el plazo. Sin embargo, no existe claridad acerca de si circunstancias objetivas podrían hacer admisible una ejecución posterior[56].

5.2. Derecho continental

a) España

La Ley de Contrato de Seguro establece un deber de notificación único para todo tipo de seguros en su artículo 16. Es un plazo de siete días que se cuenta a partir del conocimiento del tomador, asegurado o beneficiario. En opinión de Gómez Segade, la opción de la ley española por un plazo de días, es mejor que la de otros criterios, pues «siempre resultará más difícil y, por tanto, menos seguro para el asegurado determinar si la comunicación se lleva a cabo "inmediatamente" después de llegar a conocimiento del siniestro, porque todo dependerá de cómo se interprete la palabra "inmediatamente"»[57].

El inicio del cómputo del plazo, o *dies a quo*, será el día siguiente al del conocimiento. El vencimiento del plazo, o *dies ad quem*, será el séptimo día hasta las veinticuatro horas. Los días inhábiles deben contarse para el cómputo del plazo. Estas reglas se obtienen de la aplicación de las disposiciones del Código Civil español, supletorio a la legislación comercial[58].

b) Argentina

La Ley de Seguros de 1967, al igual que su similar española, cuenta con una disposición general que establece el plazo de la carga de notificación (llamada «denuncia de siniestro» por la ley). Sin embargo, y a diferencia de su símil española, la ley argentina contempla una norma especial

---

[55] LEONHART, G., *op. cit.*, § 139.3 [4], v. 23, p. 298.

[56] DERRINGTON, y ASHTON, *op. cit.*, p. 430. En esto se alejaría del criterio «inmediatamente», pues claramente en él se admiten las referencias a circunstancias objetivas que admitan una ejecución tardía.

[57] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 443.

[58] SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 291; GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, pp. 443-444.

para el cómputo del plazo en el seguro de responsabilidad civil, contenida en el artículo 115 LS[59]. Sin embargo, tales reglas deben complementarse con las estipulaciones contractuales, siempre que no establezcan plazos menores al legal, en aplicación del artículo 158 LS[60].

El artículo 46 LS dispone que el tomador o el derechohabiente tienen tres días para comunicar el siniestro desde su conocimiento. Según el artículo 115 LS, el asegurado debe denunciar el hecho del que nace su eventual responsabilidad en el término de tres días de producido, si es conocido por él o debía conocerlo; o desde la reclamación del tercero, si antes no lo conocía. Como vemos, se trata de la combinación de los criterios de conocimiento de hechos de los que pueda surgir la responsabilidad, además de la notificación del reclamo.

Al igual que en el caso español, se deben aplicar las reglas de cómputo de plazos expresadas en el Código Civil. El cómputo del plazo se inicia al día siguiente de aquél en que se produjo el siniestro, finalizando a la medianoche del tercer día. Para determinar si se ha actuado dentro de plazo, debe estarse a la expedición de la denuncia, es decir, el tomador cumple si envía la comunicación a tiempo, aun si el asegurador recibe la notificación fuera de plazo[61]. Si el siniestro tiene lugar sin conocimiento del sujeto pasivo de la carga o desconociendo la existencia de un contrato de seguro que le favorece, el cómputo se inicia desde el día siguiente a la adquisición de ese conocimiento[62].

La parte final del artículo 115 añade un tercer criterio de notificación: establece que el asegurado debe dar noticia inmediata al asegurador si el tercero hace valer su derecho judicialmente.

En síntesis, según la LS, el asegurado debe notificar dentro de tres días desde que conoció o debió conocer el hecho del que nace su eventual responsabilidad, o bien, tres días desde que recibió el reclamo. A menos que la eventual víctima ejerza una acción judicial en su contra, en cuyo caso debe comunicar el hecho inmediatamente luego de recibida la notificación de la demanda.

---

[59] *Vid.* MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, pp. 96 y 120. Las reglas sobre denuncia del siniestro se encuentran en la Ley de Seguros de 1967 (en adelante, LS), artículos 46 a 48. Las disposiciones sobre seguro de responsabilidad civil en los artículos 109 a 120.

[60] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 389.

[61] *Ibidem*, p. 388.

[62] *Ibidem*, p. 389. En caso de siniestros de duración, es decir, aquellos que generan daños que se prolongan en el tiempo, el siniestro se entiende producido desde que se comienza a causar el daño o la consecuencia en la persona del asegurador, según se trate de seguro de interés o de personas (p. 388). Una vez iniciado el siniestro, y si este hecho es conocido por el asegurado, o debió conocerlo, se inicia el cómputo de tres días.

5.3. Derecho nacional

a) Momento desde el cual debe ejecutarse la carga

En nuestro Derecho, no existe una disposición legal especial que regule la carga de notificación en el seguro de responsabilidad civil. La carga de notificación general, establecida en el artículo 556 N.° 5 del Código de Comercio, ha sido superada por las estipulaciones contractuales. Éstas establecen cuatro criterios rectores para determinar el inicio del plazo dentro del cual el asegurado debe ejecutar la carga: el reclamo, la notificación de la demanda, el conocimiento de un accidente personal con resultado de muerte y el conocimiento de todo hecho que pueda generar responsabilidad civil cubierta[63].

a.1) Reclamo

Para estos efectos, se entiende por reclamo o reclamación «toda declaración seria del tercero, aunque se realice informalmente, en virtud de la cual se exija al asegurado la reparación del daño»[64]. Una vez recibida esta declaración de intención por parte de un tercero, se activa la carga de notificar al asegurador. Este es el criterio más relevante, y es común a todas las pólizas de responsabilidad civil.

---

[63] POL 191080 artículo 10 y POL 191081 artículo 14: «en caso que el asegurado reciba aviso de cualquier reclamo, queja o amenaza de cualquier acción o demanda en su contra, que pudiera constituir un siniestro amparado por esta póliza, dará aviso a la Compañía por carta certificada dentro del término de 5 días contados desde la recepción de la noticia. En caso de hechos constitutivos de muerte de personas o en el caso de recibir la notificación judicial de una demanda, el asegurado tendrá que informar a la compañía inmediatamente, en forma personal, por teléfono o telegrama, sin perjuicio de enviar la comunicación oficial y los documentos respectivos por carta certificada». POL 1 97 008 artículo 12.1 y POL 102 30 artículo 12.1: «si el asegurado recibiere cualquier reclamo o queja en su contra, dará oportunamente aviso escrito a la Compañía por cualquier medio fehaciente. Si el siniestro diere lugar a un proceso o un juicio civil, el asegurado deberá comunicarlo a la Compañía inmediatamente de recibir la notificación respectiva, adjuntando copia íntegra de ésta». POL 1 02 23, artículo 9: «en caso que el asegurado reciba aviso de cualquier reclamo, queja o amenaza de cualquier acción o demanda en su contra, que pudiera constituir un siniestro amparado por esta póliza, dará aviso a la compañía por cualquier medio fehaciente, dentro del término de 5 días contados desde la recepción de la noticia o desde que haya tomado conocimiento».

[64] CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES, *El seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 114. La POL 1 01 021, póliza de responsabilidad civil para directores y administradores, define reclamo como: «i) Una solicitud de indemnización por daños y perjuicios; o ii) toda acción o recurso que dé origen a un procedimiento civil; o iii) toda acción o recurso que dé origen a un procedimiento penal; o iv) toda actuación o resolución que dé origen a un proceso administrativo».

En el seguro de responsabilidad civil, el reclamo determina también la limitación temporal de la cobertura. En virtud de la cláusula *claims made*, el seguro cubre generalmente los hechos ocurridos y reclamados dentro del período de vigencia del contrato, o dentro del período adicional pactado. Si se notifica al asegurador de un reclamo más allá de los límites mencionados, el asegurado queda desprovisto de garantía asegurativa. Lo anterior, a pesar de que el hecho haya ocurrido dentro del período de vigencia del contrato, y de que el reclamo sea realizado dentro del plazo de prescripción de la responsabilidad civil del asegurado[65]. Sin embargo, deben tenerse presentes las eventuales limitaciones legales de la cláusula, además de las distintas estipulaciones que dulcifican su efecto[66]. A falta de estipulación expresa, debe entenderse que los reclamos notificados fuera del límite temporal se encuentran cubiertos, si corresponden a hechos derivados de conductas que originaron otros reclamos notificados dentro de plazo[67].

---

[65] STIGLITZ, RUBÉN S., «Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de la situación en Argentina», en *Revista Española de Seguros*, N.° 89 (1997), p. 125.

[66] *V. gr.* artículo 73 LCS, párrafo segundo, que admite que se inserte como cláusula limitativa una estipulación que restrinja la cobertura a aquellos supuestos en los que la reclamación del perjudicado tenga lugar, como máximo, dentro de un plazo posterior a la extinción del contrato no inferior a un año (*vid* CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES, «La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la ley de contrato de seguro (LCS)(1), en *Revista Española de Seguros*, N.° 89 (1997), pp. 50-51). En la práctica aseguradora se admiten distintas cláusulas que atenúan el efecto de la *claims made*: la cláusula *sunrise*, que ampara hechos generadores de responsabilidad civil anteriores a la entrada en vigencia de la póliza; la cláusula *sunset*, por la cual se otorga protección por un período adicional; los avisos preventivos, por lo cuales se puede notificar hechos que puedan dar origen a responsabilidad civil, pero que no han sido reclamados; la estipulación por la cual el asegurador no sólo cubre hechos generadores de responsabilidad civil que tengan lugar durante la vigencia de la póliza, o su período retroactivo, sino que también por hechos no ocurridos durante la última póliza contratada, sino en cualquier período en que el asegurado haya tenido contratada la póliza con el asegurador (PERALTA, R., *op. cit.*, p. 74).

[67] Así lo estipula la POL 1 99 008 (responsabilidad civil de directores y ejecutivos), en su cláusula séptima, letra d: «si durante el período de vigencia del presente contrato o del período adicional para notificaciones en su caso, la sociedad asegurada o los asegurados notifican cualquier siniestro por escrito al asegurador, conforme a lo dispuesto a la letra a de esta cláusula, aquel se considerará denunciado al asegurador en la fecha de dicha notificación, *así como cualquier otro siniestro que tenga como base los mismos actos culposos, u otros actos culposos relacionados con los alegados o mencionados en el denuncio original*». Esta regulación es razonable, pues basta la reclamación original para que el asegurador, examinando los hechos que pueden incidir en responsabilidad civil cubierta, realice las reservas necesarias para afrontar los eventuales siniestros.

a.2) Notificación de la demanda

La notificación de la demanda es un tipo de reclamación formal. La intención del asegurado de resarcirse del daño se manifiesta en forma inequívoca. Usualmente el asegurado no sólo deberá notificar este hecho al asegurador, sino también entregar copia de la demanda. En este caso, la carga de notificación del reclamo se superpone a la carga de dirección del proceso, pero son cargas diversas. Por lo tanto, si el asegurado notifica el reclamo, y posteriormente es notificado de la demanda por el mismo reclamo, persiste su carga de informar al asegurador sobre la notificación de la demanda.

a.3) Conocimiento de un accidente personal con resultado de muerte

Algunas pólizas establecen que si se produce un accidente personal con resultado de muerte, a propósito de la actividad del asegurado cubierta por el seguro de responsabilidad civil, surge inmediatamente la carga de notificar. Esta notificación se impone por dos razones. Primero, resulta muy probable que, ante dicho accidente, se persiga la responsabilidad civil del asegurado cubierta en la póliza. Segundo, porque un hecho que provoca tal conmoción rápidamente llegará a conocimiento del asegurado, por lo que no constituye una carga muy gravosa requerir su notificación.

a.4) Conocimiento de todo hecho que pueda generar responsabilidad civil cubierta

Este es el criterio general que establece el Código de Comercio, en el número 5 del artículo 556, para la notificación del siniestro[68]. Sin embargo, el criterio general en el seguro de responsabilidad civil es la recepción del reclamo. El criterio expresado se utiliza de manera excepcional en ciertas pólizas de responsabilidad civil en que, por la naturaleza del riesgo cubierto, el asegurado puede darse cuenta anticipadamente de hechos de los que pueden derivar reclamos. Es el caso de los seguros de responsabilidad civil médica y de directores[69].

---

[68] El artículo citado señala que se debe notificar «el advenimiento de cualquier accidente que afecte» la responsabilidad del asegurador.

[69] *V. gr.* POL 1 98 036 responsabilidad civil de profesiones médicas y consultas particulares, cláusula 8, b, 3: «actos, conductas o circunstancias que pudieran traer como resultado una reclamación en contra del asegurado, por negligencia, impericia, error u omisión»; POL 1 90 028 responsabilidad civil de directores y ejecutivos, artículo sexto, b: «poner oportunamente en conocimiento de la compañía y por escrito cualquier información que re-

Este criterio impone al asegurado el riesgo de juzgar cuándo un hecho puede generar responsabilidad civil cubierta. Sin embargo, esta circunstancia está limitada por la defensa de la imposibilidad. En efecto, como veremos al analizar esta defensa, si el asegurado no ha podido percatarse de los efectos del hecho, en atención a sus circunstancias, puede considerarse que se encuentra en imposibilidad de notificar[70].

La notificación del conocimiento de un hecho, que puede generar responsabilidad civil cubierta, tiene también relevancia respecto de los seguros en que se pacta la cláusula *claims made* combinada con la cláusula *per ocurrence*[71]. En estas pólizas, puede estipularse que se consideran cubiertos los hechos generadores de responsabilidad civil no reclamados al asegurado, pero igualmente denunciados por éste al asegurador durante la vigencia del contrato[72]. De esta manera, se atenúa el riguroso efecto de la combinación de las cláusulas *claims made* y *per ocurrence*.

b) Plazo

Generalmente, las pólizas establecen un plazo de cinco días desde la recepción de toda queja o reclamo en su contra, del que pudiese derivarse

---

ciba respecto de un hecho que pudiere generar responsabilidad de acuerdo a la Sección Primera [la sección primera regula la cobertura]».

[70] *Vid supra* «imposibilidad de hecho, caso fortuito o fuerza mayor», p. 268 y «caso fortuito», p. 271.

[71] En virtud de la cláusula *claims made* combinada con la *per ocurrence*, el seguro cubre la responsabilidad civil generada por hechos que hayan tenido lugar durante la vigencia del contrato y que, además, sean reclamados al asegurado y notificados al asegurador durante este período.

[72] PERALTA, R., *op. cit.*, p. 74. *V. gr.* POL 1 02 030 (responsabilidad civil). «Artículo 17. Aviso preventivo: si durante la vigencia de la póliza y también, en su caso, durante el período anterior a ella que se establezca en las condiciones particulares, el asegurado tuviere conocimiento de un hecho que pudiere dar lugar a un reclamo cubierto por esta cláusula y diere aviso escrito a la Compañía aseguradora, cualquier reclamo o demanda que se formule posteriormente, que tenga su origen en el hecho del cual se ha dado aviso, se considerará presentado durante el período de vigencia de la póliza, siempre que efectivamente se formule dentro del plazo fijado en las condiciones particulares. A falta de estipulación escrita, se entenderá que el plazo es de 5 años, contados desde el hecho del cual se ha dado aviso». En el mismo sentido, POL 1 98 013 (responsabilidad de directores y gerentes), cláusula novena, párrafo segundo: «si durante el período de vigencia de la póliza o el período ampliado de denuncia (si se ha ejercido en conformidad a la cláusula quinta de este contrato), un asegurado llegase a tener conocimiento de alguna circunstancia que pudiese dar lugar a un reclamo y da aviso oportuno por escrito mediante carta certificada dirigida a la Compañía, cualquier reclamo que se origine de tal circunstancia se considerará que se ha denunciado durante el período de vigencia de la póliza o el período ampliado de denuncia, en el cual se denunciaron por primera vez dichas circunstancias a la Compañía».

responsabilidad civil cubierta. En este sentido, las pólizas nacionales siguen la corriente continental, donde se prefiere fijar plazos de días en vez de criterios como «inmediatamente» o «lo antes posible», que resultan más confusos[73].

c) Cómputo del plazo para notificar

Para la determinación del cómputo del plazo para notificar, y en ausencia de una regla contractual especial, ha de aplicarse el Código Civil. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 49, la notificación «dentro de» un lapso indicado por la póliza, puede realizarse hasta la medianoche en que termina el último día del plazo. Al no señalarse expresamente que se trata de un plazo de días hábiles, el plazo comprende los días feriados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 50 del Código Civil[74]. Con relación al *dies a quo*, se desprende de la propia regulación del artículo 49 del Código Civil que el inicio del cómputo del plazo debe ser el día siguiente del hecho que provoca el transcurso del plazo[75]. En conclusión, el plazo debe contarse a partir del día siguiente del *conocimiento* del hecho o la recepción del reclamo, y hasta la medianoche del día final del plazo establecido en la póliza[76].

---

[73] Además de los casos español y argentino ya revisados, la ley italiana contempla la misma solución. El Código Civil italiano contiene un deber general de notificación, que corresponde ejecutar al asegurado dentro de tres días desde que ha tenido lugar el siniestro o que el asegurado ha adquirido conocimiento de ello. Por su parte, la VVG combina criterios, imponiendo el deber de notificar reclamos por escrito en dos semanas, y «sin demora» en caso de notificación judicial (párrafo 158d). Además, impone un plazo de una semana al tenedor de la póliza para reportar hechos que pudieran resultar en su responsabilidad a una tercera persona (párrafo 153).

[74] Observa HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 499, que se produce una «situación inequitativa entre el asegurado cuyo siniestro ocurrió en fecha a la cual siguen 3 días hábiles de aquel otro para quien acontece en la víspera de varios días inhábiles». Según el autor, «ello obligaría al denunciante a buscar formas alternativas (p. ej., correo u otros modos de comunicación) y soportar los gastos de modalidades que le permitan acreditar fehacientemente su expedición».

[75] Si el plazo empezara a contarse desde el día en que tiene lugar el hecho que provoca el inicio del plazo, éste se vería reducido en un día. Por ejemplo, si se establece que se trata de un plazo de cinco días luego de la recepción del reclamo, si el reclamo se recibe el lunes, y se contara desde ese mismo día, el plazo vencería a la medianoche del viernes. Con esto, se obtiene que el lapso ya no sería de cinco días, sino de cuatro días y algunas horas. En consecuencia, para garantizar el transcurso de cinco días completos, el inicio del plazo debe tener lugar al día siguiente del hecho que lo gatilla. De lo contrario, estaríamos ante un plazo de horas.

[76] El conocimiento o la recepción de la noticia del hecho que gatilla la carga de notificar es el criterio que adopta la ley (artículo 556 n.° 5 del Código de Comercio) y las pólizas de responsabilidad civil.

d) Expedición

Al consistir la carga del asegurado en «dar aviso» o «informar», el asegurado cumple con enviar la comunicación a través de un medio adecuado, dentro de plazo. Debe entenderse que un medio adecuado es aquel que funcionalmente comunique la información. En consecuencia, para determinar si se ha cumplido o no con la carga, debe estarse al momento de expedición de la información[77].

e) Significado de la expresión «inmediatamente» en el Derecho nacional

Por último, las pólizas nacionales, en caso de que el asegurado reciba una notificación de acción judicial, imponen la carga de denunciar este hecho al asegurador «inmediatamente». No existe en nuestro país jurisprudencia publicada que aclare el significado de la expresión. Pero podemos obtener criterios de la doctrina y jurisprudencia anglosajona: primero, «inmediatamente» significa que la notificación debe darse con toda la rapidez razonable de acuerdo con las circunstancias del caso; segundo, se trata de un criterio objetivo, que no tiene en cuenta la diligencia del asegurado para justificar el incumplimiento; tercero, el criterio depende de las circunstancias, por lo que «inmediatamente» puede significar más o menos días en cada caso.

[77] El momento de la expedición es también, como señala CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 130, la regla adoptada por los aseguradores nacionales para el cómputo del plazo de terminación del contrato en caso de incumplimiento de la obligación de pagar la prima (quince días corridos desde el envío de carta certificada). Esto tiene cada vez menos importancia, pues será usual que se admita un aviso telefónico o por correo electrónico. Sin embargo, puede resultar crucial en aquellos casos en que se exija aviso por escrito. En estas circunstancias, se recomienda el uso de correo certificado, que garantiza al asegurado la prueba del cumplimiento de la carga.

Ciertas cláusulas intentan invertir este principio. Es el caso de la cláusula séptima, letra b, POL 1 99 008, y cláusula decimotercera, párrafo final, POL 1 01 021, ambas de responsabilidad civil de directores. En ellas se sostiene que las comunicaciones serán efectivas en la fecha de recepción por parte del asegurador. Consideramos que estas estipulaciones son nulas en razón de ilicitud de su objeto.

6. Forma y contenido de la notificación

6.1. Normativa chilena

La notificación del siniestro consiste en una noticia sucinta sobre la ocurrencia del siniestro[78]. Nuestra ley expresa que el asegurado tiene la carga de declarar, «haciendo en la notificación una enunciación clara de las causas y circunstancias del accidente ocurrido» (artículo 556 n.° 5 del Código de Comercio). Baeza, al comentar esta carga, sostiene que corresponde al asegurado «poner en conocimiento del asegurador el acaecimiento del siniestro y una relación circunstanciada de sus causas, consecuencias y demás hechos ilustrativos que permitan al asegurador imponerse debidamente del suceso[79]». Como se puede apreciar, el autor nacional interpreta de manera más extensa la carga legal, estimándola más completa y gravosa para el asegurado que lo que se desprende del texto expreso de la ley.

Por su parte, las cláusulas contractuales pueden dividirse en dos tipos: aquellas que exigen requisitos formales para entregar la información, y aquellas que no exigen formas específicas.

Son exponentes de la primera tendencia las pólizas 1 91 080 y 1 91 081. Ellas requieren que, en caso de reclamo, el asegurado dé aviso a la compañía por carta certificada. En caso de hechos de muerte de personas o de notificación de demanda, la notificación debe ser realizada en forma personal, por teléfono o telegrama, sin perjuicio de enviar la comunicación oficial y los documentos respectivos por carta certificada.

Las pólizas 1 97 008 y 1 02 30 requieren aviso escrito, aunque por cualquier medio fehaciente.

Un ejemplo del segundo tipo de póliza, es la POL 1 02 23. Ella sólo exige al asegurado dar aviso mediante cualquier medio fehaciente.

Veamos a continuación los alcances formales de la carga de notificación en el Derecho comparado, para luego contrastarlos con la situación en nuestro Derecho.

---

[78] Gómez Segade, J., *op. cit.*, p. 441.

[79] Baeza, S., *op. cit.*, p. 118.

6.2. Derecho comparado

a) Common Law

a.1) Forma

La doctrina inglesa sostiene que existe libertad para determinar contractualmente la forma en que debe darse el aviso[80]. Pero esto sólo es la declaración de la recepción del reclamo. Birds y Hird sostienen que debe distinguirse entre el aviso del reclamo o demanda y la información completa sobre el reclamo. Normalmente —señalan los mismos autores—, la información más detallada sobre el reclamo consiste en un formulario que el asegurador envía al asegurado para que éste lo complete, una vez que el asegurado ha declarado el reclamo[81].

a.2) Contenido

El contenido de la comunicación depende del contexto. Es suficiente que lo sustancial de la declaración satisfaga la finalidad de la carga de notificación. Ahora bien, las estipulaciones de las pólizas inglesas usualmente establecen dos tipos de criterios: primero, que el asegurador dé los detalles más precisos que razonablemente pueda entregar; segundo, el asegurado tiene la carga de entregar las pruebas y la información que razonablemente sean requeridas por el asegurador[82]. Como se puede apreciar, en el caso de la notificación del reclamo o demanda, el impulso corresponde al asegurado. Es él quien, al ocurrir el siniestro, tiene que comunicarlo por su propia iniciativa al asegurador. En cambio, en el caso en que el asegurado solicite información, la actitud del asegurado es pasiva, y debe entregar la información que el asegurador requiera cuando éste lo solicite.

b) España

El artículo 16 LCS establece, por un lado, el deber de comunicar el siniestro y, por el otro, la carga de dar informaciones complementarias. Am-

---

[80] CLARKE, M., «The law...» *op. cit.*, cap. 26-2B, quien señala que si nada se estipula, la notificación puede ser oral. En el mismo sentido, DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 422, quienes señalan que el asegurador puede renunciar al requisito de que la notificación sea escrita, sin renunciar a la notificación en sí.

[81] BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 247.

[82] *Idem.* Véase *Welch v. Royal Exchange Assurance* [1939] 1 K. B. 294.

bos están regulados en el artículo 16, por lo que la forma y el contenido de la comunicación, además de las consecuencias de su incumplimiento, son diversos en el caso de la notificación del reclamo, que en el de las informaciones complementarias.

b.1) Forma

Con respecto a la forma, el artículo 16 nada dispone. En consecuencia, ha de estarse a lo que indique la póliza, que podrá establecer que la notificación sea oral o escrita[83]. En este último caso, la estipulación no podría estimarse lesiva, pues existe una razón justificada para pactarla. Ésta consiste en que el asegurador tiene un legítimo interés en preconstituir prueba de la recepción de la comunicación, dadas las importantes consecuencias que su cumplimiento o incumplimiento genera[84].

b.2) Contenido

La distinción entre deber de notificación y carga de información complementaria es similar a la contenida en los contratos del *Common Law*, como acabamos de ver. El deber de notificación supone la iniciativa del asegurado una vez ocurrido el reclamo. En cambio, la información complementaria es una respuesta a la solicitud del asegurador[85]. En consecuencia, el deber de notificación tiene un contenido breve, sucinto. Sostiene Gómez Segade que la declaración debe contener las menciones esenciales para individualizar el siniestro. Una exigencia mayor podría estimarse cláusula lesiva, en razón de que el breve plazo designado en el artículo 16 LCS sólo dice relación con el deber de notificación, no con las informaciones complementarias[86].

---

[83] SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 294, señala que si se estipula que el asegurado debe ratificar por escrito la denuncia oral, esta ratificación escrita no queda comprendida dentro del plazo del deber de comunicación.

[84] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, pp. 441-442.

[85] SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, p. 297. En el mismo sentido, CALZADA CONDE, M., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 351, quien sostiene que «el deber de información sobre las circunstancias en que se haya producido el hecho dañoso y sobre las consecuencias que haya tenido para terceras personas, no se somete lógicamente a plazo. El cumplimiento de este deber impone que el asegurado o el tomador del seguro, ocurrido el hecho dañoso, informen por propia iniciativa al asegurador sobre las circunstancias del mismo. Posteriormente requiere que el asegurado (o el tomador) informe a petición del asegurador, siempre que la información solicitada se refiera al caso de responsabilidad civil en cuestión y sea relevante para el seguro».

[86] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 441. De este modo, en el caso del seguro de daños, el asegurado no tiene el deber de señalar en la notificación si hay testigos presenciales del

c) Argentina

La situación del Derecho argentino es sustancialmente similar a la del Derecho español.

c.1) Forma

La Ley de Seguros no contempla una disposición que imponga una forma específica de notificación. Esto podría significar que las partes, en uso de su voluntad autónoma, podrían pactar cualquier forma, incluyendo la escrita. Sin embargo, parte de la doctrina ha estimado que el incumplimiento de la notificación escrita estipulada en el contrato, no podría sancionarse con la liberación de la obligación de indemnizar del asegurado. Las razones que fundan esta afirmación son dos.

En primer lugar, el conocimiento del reclamo que obtenga el asegurador por medios diversos a la notificación escrita, es defensa suficiente para evitar la liberación del asegurador. *A fortiori*, si es el propio asegurado quien notifica dentro de plazo, no habría perjuicio para el asegurador, quien estaría a tiempo para resguardar sus intereses[87].

En segundo término, el artículo 158 LS prohíbe la alteración, por vía contractual, de la situación legal del asegurado, a menos que sea en su favor. La cláusula que disminuya la posición legal del asegurado, se considera cláusula lesiva y, en consecuencia, nula[88]. Dado que la ley no establece una determinada forma de notificación, se estima que la ley prescribe que cualquier mecanismo es suficiente, en la medida que el asegurado pueda imponerse efectivamente del aviso[89].

---

accidente. En cambio, no cumple los requisitos sustantivos de la notificación una carta en la que se señala la ocurrencia de un accidente, pero no se indica fecha ni lugar del mismo.

[87] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 412. MEILIJ, G., «Seguro...» *op. cit.*, p. 98, señala que «no cabe exigir aquí formalidades específicas que condicionen la validez de los efectos de la denuncia, ya que ello supondría una agravación del deber del asegurado, que se opone a la disposición contenida en el artículo 158 LS.

[88] Artículo 158 LS: «Además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes los artículos 5, 8, 9, 34 y 38 y sólo se podrán modificar en favor del asegurado los artículos 6, 7, 12, 15, 18 (segundo párrafo), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140. Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario».

[89] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, pp. 410 y 412. En el mismo sentido, MEILIJ, G., «Seguro...» *op. cit.*, p. 98, para quien «por causa de su finalidad informativa, la denuncia del siniestro no requiere medios especiales para su cumplimiento». Sin embargo, debe tenerse

c.2) Contenido

Con relación al contenido, la declaración debe ser exacta y sin errores imputables al asegurado para ser suficiente[90]. Señala Halperín que la función que cumple el informe determina su contenido. En consecuencia, el asegurado tiene la carga de informar el momento, lugar, condiciones y consecuencias inmediatas del siniestro[91]. No es necesario que el asegurado dé una información más completa: «lo esencial es que el asegurador tenga en su poder los elementos que le permitan hacer las investigaciones necesarias y salvaguardar sus intereses»[92].

6.3. Derecho nacional

a) Forma de la declaración

a.1) Posibilidad de pactar aviso por escrito

En nuestra legislación no existe una regulación que imponga una forma específica de cumplir la carga de notificación. En consecuencia, las partes podrían pactar en las condiciones generales, como de hecho lo hacen, que el asegurado dé aviso por escrito. Por lo demás, no existe en el Derecho chileno una norma legal que imponga expresamente la inderogabilidad de la ley en contra del asegurado. Esto trae como consecuencia que para argumentar que el aviso por escrito es una cláusula lesiva, se requiere un fundamento claro del perjuicio que puede provocar esta estipulación. En nuestra opinión, la exigencia de aviso por escrito beneficia, en cierto modo, al propio asegurado, en la medida que le provee de un medio de prueba para acreditar el cumplimiento de la carga. Debe recordarse, finalmente, que un aviso escrito puede enviarse vía fax o por correo electrónico, medios que evitan que el asegurado deba movilizarse al lugar convenido[93].

Por todo esto, es difícil considerar que el requerimiento de escrituración del aviso sea una cláusula abusiva o de objeto ilícito.

---

presente que recae en el asegurado la carga de la prueba en torno a si se notificó o no. Por ello, resulta conveniente para el asegurado precaverse de prueba escrita.

[90] En la LS, el error involuntario no acarrea sanción para el asegurado (HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 498).

[91] En el caso del seguro de responsabilidad civil, deben darse las comunicaciones necesarias para imponerse del reclamo.

[92] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 498.

[93] A menos que el asegurador requiera que la notificación se practique en formularios especiales que se encuentren en su posesión, pero estimamos que esto es más adecuado para las informaciones complementarias.

a.2) Tipos de forma en las pólizas nacionales

i) Por escrito[94]

«Escrito» es el participio pasivo del verbo escribir[95]. En consecuencia, cualquier documento en el que conste la declaración del siniestro a través de palabras impresas o manuscritas, es un documento escrito, y cumple formalmente con la carga. Tampoco es relevante si la escritura se consigna en soporte papel, electrónico u otro, pues la exigencia contractual es que se notifique por medio escrito, sin indicar cuál.

En consecuencia, la exigencia de notificar «por escrito» sólo excluye la notificación oral. De este modo, satisface la carga quien notifica por fax o por correo electrónico. Sin embargo, la notificación oral podría ser suficiente si es que el asegurado prueba que no hubo perjuicio para el asegurador. Pero se trata de un examen distinto, pues se trataría de una defensa del asegurado ante la efectiva insatisfacción de la carga.

ii) Por carta certificada[96]

La carta certificada es aquella que tiene un número verificador de trece dígitos, que permite registrar su envío y recepción y que, por lo tanto, otorga certeza respecto al momento del envío. Se trata de un mecanismo preciso de notificación, en algunos casos establecido por la ley[97]. Por lo tanto, para la correcta ejecución de la carga, sólo puede notificarse el siniestro por este medio. Sin embargo, esto no obsta a la posibilidad que el asegurado alegue falta de perjuicio del asegurador, en el caso que éste se entere por otro medio del reclamo. En este caso, la alegación de falta de perjuicio puede inhibir el efecto liberatorio de la inejecución de la carga.

iii) Por cualquier medio fehaciente[98]

Fehaciente es sinónimo de fidedigno. Es algo que da fe, que da crédito[99]. En consecuencia, un aviso escrito es fehaciente, sobre todo si queda registro de la fecha en que fue enviado. De este modo, el envío de carta certificada, de fax o correo electrónico es aviso fehaciente.

Más aún, a nuestro entender, un aviso verbal por los medios que la misma compañía provee para comunicarse con sus asegurados, puede ser aviso fehaciente. Esto, siempre que el asegurador confirme lo fidedigno

---

[94] *V. gr.* artículo sexto b POL 1 90 028 responsabilidad civil de directores y ejecutivos.

[95] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op. cit.*, v. 1, p. 880.

[96] Art. 10 POL 1 91 080, art. 14 POL 1 91 081, ambas de responsabilidad civil.

[97] Por ejemplo, el artículo 11 del Código Tributario; artículo 35 de la ley 16.618, Ley de Menores.

[98] Art. 12 POL 1 97 08, art. 9 POL 1 02 23, art. 12 POL 1 02 30, de responsabilidad civil.

[99] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op. cit.*, v. 1, p. 957.

del medio al sugerirlo como vía de intercambio de información[100]. La determinación de si un medio es o no fehaciente, también depende de lo que las partes entiendan por fidedigno. A este respecto, es útil el criterio de interpretación del artículo 1564 inciso 3 del Código Civil[101].

iv) Por escrito, mediante entrega personal o por correo certificado con acuse de recibo a la dirección del asegurador indicada en la póliza[102]

La exigencia de entrega personal parece innecesaria, pues la escrituración cumple suficientemente la función de garantizar certeza para el aviso. Se trata de una formalidad superflua. Por su parte, la imposición de que la carta certificada sea enviada a la dirección del asegurador indicada en la póliza también nos parece excesiva. Corresponde al asegurador implementar los mecanismos de comunicación internos para garantizar que la carta llegue al lugar indicado. En consecuencia, estimamos que no se deja de ejecutar formalmente la carga si la carta o el aviso se dirigen a una sucursal distinta[103].

v) Sin mención de forma[104]

Si no se menciona la forma de realizar el aviso, bastará entonces una simple comunicación oral.

b) Contenido de la declaración

El Código de Comercio, en el artículo 556 n.° 5, señala que el asegurado debe «hacer una enunciación clara de las causas y circunstancias del accidente ocurrido». Parte de la doctrina entiende que el aviso debe contener una información completa de causas, consecuencias y circunstancias del siniestro[105]. No obstante, nos parece más adecuada la interpretación que estima que el aviso simplemente debe colaborar a poner en alerta al asegurador. Por lo tanto, no sería necesaria una información detallada de las

---

[100] Por ejemplo, si al asegurado se le exige aviso fehaciente, pero además se le da un teléfono al cual puede llamar en caso de siniestro, a pesar de que esto no se señale en el contrato.

[101] [Las cláusulas de un contrato se interpretan]... «por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra».

[102] Cláusula séptima b POL 1 99 008, responsabilidad civil de directores y ejecutivos.

[103] La presencia del asegurado puede ser útil para la entrega de informaciones complementarias, pero no es indispensable para la entrega de un aviso urgente.

[104] POL 18 9 016, seguro para operadores de terminal, estibadores y operadores de depósito.

[105] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 118.

circunstancias del hecho o accidente. Además, al asegurado sólo cabría exigirle aquella información que razonablemente puede recabar un hombre común. Se trata de una primera impresión, sin que se le imponga investigar las causas, consecuencias y circunstancias del hecho[106].

No obstante, la única sentencia que se pronuncia acerca del contenido de la notificación del reclamo o accidente en el seguro de responsabilidad civil, contiene una solución diversa. El árbitro Sr. Raúl Varela Morgan ha sostenido que, en un seguro de responsabilidad civil, el «deber de información no se reduce a la comunicación del hecho que perjudicó al tercero, frente al cual el asegurado sea o pueda ser hábilmente responsable, sino que comprende la comunicación oportuna: de las pretensiones de quien fue dañado por ese accidente; de las informaciones útiles para esclarecer la realidad de los hechos; de los elementos útiles para la defensa del asegurado, etc...»[107].

Nuestra opinión es que la carga debe darse por ejecutada si se da alerta suficiente al asegurador de la existencia de un reclamo, y los hechos que motivan tal reclamo. El riesgo de error en la notificación es del asegurado, pues si la notificación es incompleta o defectuosa, debe considerarse no ejecutada. Sin embargo, insistimos que la exigencia impuesta por esta carga es mínima, pues mayores datos sólo pueden requerirse a través de la carga de colaboración en la dirección jurídica del asegurador, a su requerimiento.

b.1) Distinción entre notificación del reclamo e información complementaria

Consideramos que la sentencia citada en el apartado anterior habría sido fallada de manera más adecuada, si se hubiese atendido a la distinción entre la notificación de la demanda, reclamo o hecho que pueda generar un reclamo cubierto por la póliza, con la carga de dar informaciones complementarias[108]. Ambas circunstancias no pueden situarse en un mismo plano.

---

[106] En este mismo sentido parece apuntar CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 135, al sostener que «resulta evidente que el asegurado cumple con la obligación de dar aviso del siniestro dando a conocer los hechos ostensibles constitutivos del mismo, que está en condición de constatar a primera vista o sin mayor análisis. Por lo tanto, si las causas del siniestro, en el sentido de aquellas que explican el origen del mismo, requieren una investigación posterior y más profunda, el asegurado cumple con expresar simplemente las consecuencias dañosas que le constan o de las que haya tomado noticia, si no las ha verificado personalmente».

[107] CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 3, p. 1108 (fallo 333).

[108] Sostiene GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, pp. 452-453 y 455, que la carga de información complementaria es una carga independiente a otras que puedan imponerse al asegurado. Consiste en datos que, solicitados a instancias del asegurador, completan la información sobre el siniestro, que permiten al asegurador formarse una idea más precisa sobre el si-

Esto se debe a que la notificación tiene como objetivo poner en alerta al asegurador del surgimiento o de la posibilidad del surgimiento de un siniestro cubierto en la póliza. Una vez que el asegurador queda rápidamente comunicado de la ocurrencia de este hecho, puede requerir, si lo estima conveniente, mayores antecedentes. Pero es a él a quien debe corresponder el impulso de requerir o no esta información. Es el asegurador quien tiene la experiencia y los conocimientos de su industria, y es él quien debe requerir la información al asegurado, quien desconoce qué datos son relevantes para el asegurador.

Es por esta razón que en el Derecho comparado, según hemos visto, se distingue entre la información relativa al siniestro y la información complementaria, que en el seguro de responsabilidad civil se traduce en la carga de colaboración en la dirección jurídica[109].

Recordemos que el contenido de la notificación del reclamo está dado por la función de declaración, y ésta no es más que poner en alerta al asegurador para que pueda minimizar las consecuencias del siniestro y salvaguardar sus intereses[110]. La imposición de una carga que imponga mayores exigencias puede estimarse lesiva y, en consecuencia, parcialmente nula[111]. Se trataría de una carga lesiva, pues impondría al asegurado el tener conciencia de las necesidades del asegurador para administrar correctamente sus riesgos. Evidentemente, esto constituye una imposición desmesurada con relación a sus posibilidades, pues sólo el asegurador conoce cabalmente la información indispensable para la administración eficiente de un reclamo de responsabilidad civil. Por lo demás, parte del servicio que ofrece un asegurador no es sólo la indemnización sino que, precisamente, la administración de los riesgos. Una carga que traslada el servicio de la administración del riesgo, en los hechos, del asegurador al asegurado, puede significar una alteración funcional de la causa del contrato[112]. Sin embargo,

---

niestro, sus causas, efectos y características. En el seguro de responsabilidad civil, esta carga se materializa en la carga de colaboración en la dirección jurídica.

[109] Por todos, BIRDS, J. y HIRD, N., p. 247.

[110] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 498. En el mismo sentido, CLARKE, M., «The law...» *op. cit.*, cap. 26-2F, quien sostiene que «el asegurado debe dar toda la información necesaria para el propósito de la notificación». En *Mason v. Harvey* 8 Exch 819, se estableció que la notificación del reclamo «no significa un reclamo precisamente formulado con todos los detalles, pero debe ser una notificación que permita a la parte notificada tomar los pasos necesarios para enfrentar el reclamo, preparando y obteniendo evidencia apropiada para tal propósito» (26-2F).

[111] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 441.

[112] Esto podría tener como consecuencia dos cosas: primero, estimarse que el contrato es nulo por ausencia de causa o por vicio en la causa. Pero esta solución sería perjudicial para el asegurado, a quien no le sirve la nulidad del contrato como defensa, pues un contrato

podría estimarse que una carga de notificación que exige informaciones complementarias es susceptible de dividirse en dos partes, una imponiendo la carga de declaración propiamente tal, y la otra, requiriendo informaciones complementarias. De este modo, se puede obtener que la notificación sea exigible en el plazo breve de la carga, y que las informaciones complementarias fueren excluidas de este plazo, y fueren exigibles a requerimiento del asegurador.

Esto no quiere decir que no pueda pactarse como carga la entrega de información adicional, pero siempre que sea a requerimiento del asegurador. En el seguro de responsabilidad civil, la posibilidad de exigir informaciones complementarias generalmente se vincula a la carga de dirección del proceso[113]. Analizaremos la carga de colaborar con la dirección jurídica a propósito de la carga de dirección del proceso.

b.2) Cláusulas sustancialmente válidas y sustancialmente nulas

En aplicación de las reglas recién examinadas, podemos concluir que:

i) Una cláusula donde se establezca la carga del asegurado de notificar al asegurador todo reclamo, demanda o hecho que pueda efectuar la póliza, es perfectamente válida.
ii) No lo es una cláusula que establezca lo mismo que la anterior, pero que además exija otras comunicaciones. Por ejemplo, información detallada de las pretensiones de quien fue dañado por ese accidente, de las informaciones útiles para esclarecer la efectividad de los hechos (causas y consecuencias) y de los elementos útiles para la defensa del asegurado. Si todo esto se exige en el mismo plazo de la notificación del reclamo, demanda o hecho para que pueda hacer efectiva la póliza, no puede considerarse que dicha exigencia sea válida[114].

---

nulo frustra igualmente su interés de ser indemnizado. Más razonable parece ser considerar que dicha cláusula es nula, pero que el contrato subsiste. La nulidad de la cláusula provendría precisamente de su contradicción con la causa del contrato de seguro. La nulidad de la cláusula redundaría en que, al no haber carga insatisfecha, el asegurado podría ser indemnizado.

[113] Por todos, CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 114, quien sostiene que la carga de información, incluida dentro de la dirección del proceso en el seguro de responsabilidad civil, es distinta a la carga de notificación en el mismo seguro, aunque a veces puedan exigirse en un mismo momento.

[114] La cláusula debe considerarse nula sólo en la parte que exige información adicional a la del siniestro en el mismo plazo. Pero la carga de notificación seguiría siendo válida. O bien, podría estimarse que la carga de información adicional sigue siendo válida, siempre que sea a requrimiento del asegurador y dentro de un plazo razonable.

iii) Finalmente, es válida la cláusula que impone la carga de notificar el reclamo, demanda o hecho que pueda efectuar la póliza, y que además impone la carga al asegurado de dar al asegurador toda la información y las copias de los documentos que éste *requiera* para la disminución del siniestro, la defensa del asegurado y la cuantificación del daño.

7. Elemento personal

7.1. En quién recae la carga

a) Common Law

En general, los autores del *Common Law* se refieren a que la carga corresponde al asegurado (*insured*) o a quien reclama del asegurador la indemnización (*claimant*)[115]. En verdad, el principio parece ser que a todo aquel que pretenda beneficiarse del seguro le es oponible la excepción del no cumplimiento de la carga de notificación.

De este modo, se ha sostenido que se exige el cumplimiento de esta carga aun cuando el asegurado puede no ser la parte contratante, sino que simplemente un beneficiario del seguro. Esta exigencia se le impone aun cuando no sepa de la carga, o bien, ni siquiera conozca o haya conocido la existencia del seguro. En consecuencia, si una persona que no ha contratado pretende obtener el beneficio de la póliza, es afectado por las cargas de esa póliza, sea que las conozca o no[116].

a.1) Acción directa

En aplicación de este principio, el asegurador puede oponer la excepción del incumplimiento de la carga a la víctima que dispone de acción directa por disposición legal. Pero esto no obsta a que la víctima dé al asegurador todas las notificaciones requeridas, pues puede estimarse que existe un mandato implícito. En consecuencia, no podría estimarse que hay insatisfacción de la carga, si es ejecutada por la víctima que tiene acción directa contra la compañía[117].

---

[115] Mayerson, M., *op. cit.*, p. 1009 estima que la carga corresponde al asegurado, y Clarke, M., «The law...» *op. cit.*, cap. 26-2A, que corresponde a quien reclama la indemnización.

[116] Derrington y Ashton, *op. cit.*, p. 426, apoyados en la autoridad de *Monksfield v. Vehicle & General Insce Co Ltd* [1971] 1 Lloyd's Rep. 139 y *Austin v. Zurich General Accident & Liability Insce Co Ltd* (1945) 78 Lloyd LR 185.

[117] Derrington y Ashton, *op. cit.*, p. 427, citando a *Farell v Federated Employers' Insce Assn Ltd* [1970] 1 WLR 1400 y *Pioneer Concrete (UK) Ltd v.National Employers Mutual General Insce Assn Ltd* [1985] 1 Lloyd's Rep. 274.

a.2) Coasegurado

En el mismo sentido, si existen coasegurados y uno de ellos no satisface la carga, el otro mantiene su derecho a ser indemnizado siempre que ejerza la carga en tiempo y forma. Es la parte que reclama el beneficio del seguro quien debe notificar[118].

b) España

El artículo 16 LCS señala expresamente que el tomador del seguro o el asegurado o el beneficiario deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro. A pesar de esto, no existe uniformidad en la doctrina española acerca de quién tiene el deber de notificar el siniestro.

Por un lado, Calzada Conde y Gómez Segade opinan que tanto el tomador del seguro como el asegurado tienen el deber de notificar el siniestro[119]. Gómez Segade va más allá, y asigna la carga a los representantes legales del tomador del seguro, asegurado o beneficiario, además de los terceros que puedan tener algún derecho sobre la indemnización. Entre ellos, los acreedores hipotecarios, pignoraticios y privilegiados[120].

Por otro lado, Sánchez Calero postula que sobre terceros interesados no pesa el deber de comunicar el siniestro, «sino que tienen la facultad de notificarlo al asegurador, con el efecto importante de que en tal supuesto —como lo que se persigue es que el asegurador conozca la existencia del siniestro en el plazo establecido por la Ley— se libera a los demás obligados al cumplimiento de ese deber»[121].

Perán Ortega parece ofrecer una solución distinta. Según este autor, y tal como reza el artículo 16 LCS, el tomador y el asegurado tienen la «obligación» de declarar la ocurrencia del siniestro. Pero señala, además, que «en el seguro de responsabilidad civil ese deber *incumbe* también al tercero perjudicado, esto es, a la propia víctima o sus herederos, en base a la acción directa establecida en el artículo 76 de la LCS, pues sin notificación de la ocurrencia del siniestro, no nace paralelamente el derecho a percibir la indemnización»[122]. Perán Ortega da a entender que más que una obligación que corresponda al asegurado, o un deber por el cual se deba indemnización de per-

---

[118] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 427.

[119] CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 215, GÓMEZ SEGADE, ob. cit., p. 437.

[120] GÓMEZ SEGADE, *op. cit.*, p. 438.

[121] SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 291.

[122] PERÁN ORTEGA, JUAN, *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 215.

juicios si no se cumple, estamos ante una verdadera carga. Esto, porque la notificación *incumbe* a todo aquel que quiera beneficiarse de la indemnización debida por el asegurador. La satisfacción de la carga se manifiesta como un requisito necesario para cualquiera que quiera obtener el beneficio.

b.1) Acción directa

El artículo 76 LCS establece que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado». Sin embargo, la doctrina está conteste en que es necesario ejecutar la carga de notificación para que surja el derecho a indemnización[123]. En consecuencia, se sostiene que los terceros «pueden» notificar[124].

b.2) Coasegurado

Si existen varios tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios u otros terceros, basta que uno de ellos notifique para que subsista el derecho a la indemnización para todos[125]. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 16 inciso segundo LCS, que indica que el efecto de la carga incumplida no se producirá si se prueba que el asegurador ha tenido conocimiento del siniestro por otro medio.

c) Argentina

El artículo 46 LS impone la carga de notificar el siniestro al tomador del seguro, o al derechohabiente, en su caso. Los autores coinciden en que el principal obligado es el tomador o tomadores, si son varios. Pero, al mismo tiempo, concuerdan en que la carga también corresponde al asegurado en el seguro por cuenta ajena[126]. En el seguro de responsabilidad civil, el artículo 115 LS impone la carga sólo al asegurado. Sin embargo, el punto de la discusión no parece ser tanto a quién se impone la carga, sino quién tiene la facultad de notificar. De este modo, los autores argentinos no ponen el énfasis en la determinación de quién debe notificar, sino más bien en quién puede notificar[127].

---

[123] Por todos, GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 439, quien sostiene que también recae sobre el tercero la carga de efectuar la declaración de siniestro, pues sin notificación no hay, en general, derecho a reclamar la indemnización.

[124] SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 292.

[125] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 439.

[126] Por todos, MEILIJ, G., *op. cit.*, p. 96.

[127] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 374.

c.1) Citación en garantía

En Argentina se reconoce el derecho de la víctima de citar en garantía al asegurador, además de reconocérsele privilegio sobre la indemnización. La sentencia que recaiga en el juicio en que el asegurador ha sido citado, produce cosa juzgada en su contra. En dicho juicio o en el juicio de ejecución de la sentencia, el asegurador no puede oponer a la víctima las defensas nacidas después del siniestro (artículo 118 LS).

Esto quiere decir que el asegurado no puede oponer a la víctima la «caducidad» del derecho del asegurado por no haber notificado el siniestro, dado que tal defensa surge con posterioridad al mismo[128]. Por lo tanto, no recae en la víctima la carga de notificación del hecho del que nace su eventual responsabilidad.

c.2) Coasegurado

Si hay varios asegurados, la carga se entiende satisfecha si la declaración es realizada indistintamente por cualquiera de ellos, «siempre y cuando la misma reúna los recaudos de aptitud y suficiencia en lo que a su contenido se refiere»[129].

d) Derecho nacional

Señala Baeza que el sujeto pasivo de las cargas y obligaciones en el seguro puede ser indistintamente el contrayente o el asegurado, dependiendo de la carga que se imponga[130]. El autor citado parece sugerir, que es el momento en que se debe ejecutar la carga el criterio que nos sirve para determinar a quién corresponde satisfacerla. De este modo, las cargas de información acerca del riesgo que se asume en el contrato, corresponderían al tomador del seguro, es decir, a quien celebra el contrato de seguro. En cambio, la carga de notificación, que tiene lugar una vez que el siniestro se ha producido, ha de corresponder al asegurado[131]. En todo caso, el Código

[128] MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, p. 97.

[129] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 376.

[130] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 113.

[131] Consideramos que lo importante no es tanto quién tiene la carga, sino a quién es oponible su incumplimiento. BAEZA, S., *op. cit.*, p. 113, no soluciona el tema de la oponibilidad de la no ejecución de la carga, pero propone como sanción la indemnización de perjuicios para la parte incumplidora, a favor del perjudicado (asegurador si no pudo oponer el incumplimiento de la carga al asegurado, o asegurado si se resolvió el contrato por la insatisfacción de la carga del tomador).

de Comercio impone las cargas legales al asegurado (artículo 556 Código de Comercio: «El asegurado está obligado:...»). Nuestra impresión es que este artículo está señalando que la insatisfacción de las cargas legales es oponible al asegurado.

En lo que respecta específicamente a la carga de notificación, creemos que en nuestro Derecho no cabe duda de que corresponde al asegurado, pues se trata de una carga cuya satisfacción es necesaria en un momento posterior al siniestro. Así lo entienden también las pólizas de responsabilidad civil del mercado nacional, que establecen que es el asegurado quien debe dar aviso[132].

No obstante, aún queda sin respuesta la pregunta relevante ¿puede oponérsele al asegurado la insatisfacción de una carga del tomador? La cuestión no está resuelta en la ley ni en la jurisprudencia. Sin embargo, estimamos que sí es posible. El acto por el cual el tomador contrata un seguro a favor de un tercero constituye, sustancialmente, una estipulación a favor de otro. La pregunta es, entonces, si cabe que el promitente pueda oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato celebrado con el estipulante. La doctrina está conteste en que es posible, pues «si el promitente se ha obligado a favor del tercero lo ha hecho en atención a la obligación asumida frente a él por el estipulante»[133]. En consecuencia, el asegurador puede oponer la inejecución de la carga al tomador, al asegurado o al beneficiario, con prescindencia de que su satisfacción le haya correspondido a alguno de ellos.

d.1) Acción directa (SOAP)

En el Derecho chileno existe un caso de acción directa de la víctima para con la compañía aseguradora. Se trata de la circunstancia regulada en la Ley 18.490, que establece seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados (en adelante ley SOAP). Si bien se trata de un seguro de accidentes personales y no de responsabilidad civil, se justifica examinar este seguro pues en otros países el seguro

[132] POL 1 91 080 artículo 10; POL 1 91 081 artículo 14; POL 1 97 008 artículo 12.1; POL 1 02 30 artículo 12.1; POL 1 02 23 artículo 9.

[133] LÓPEZ RICHART, JULIÁN, *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 366. En el mismo sentido, PÉREZ CONESA, CARMEN, *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999, p. 259, quien concluye que son oponibles al tercero las excepciones derivadas del incumplimiento del estipulante. En Chile, RAMOS PAZOS, RENÉ, «La estipulación en favor de otro» en *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N.° 193, enero-junio 1993, p. 29, señala que el promitente puede oponer la excepción de contrato no cumplido, y además todas las excepciones que pudiera oponer al estipulante, salvo la de compensación que pudiera tener por un crédito contra el estipulante, pues el beneficiario no es su deudor.

obligatorio de automóviles incluye cobertura de responsabilidad civil, y no sería extraño que en un tiempo más nuestro SOAP considere esta cobertura.

En virtud de esta ley, la víctima de un accidente causado por un vehículo motorizado puede requerir el pago de las correspondientes indemnizaciones, sin acreditar la responsabilidad del asegurado. Basta la sola demostración del accidente y de las consecuencias de muerte o lesiones que éste originó a la víctima (artículo 6 ley SOAP). La víctima puede dirigirse directamente contra el asegurador (artículo 10 ley SOAP).

La ley establece el deber del asegurado (propietario del vehículo) o del conductor, o sus representantes, de notificar a la entidad aseguradora dentro de treinta días, contados desde que se tenga noticia del accidente (artículo 8 ley SOAP). Se trata, más que de una carga, de un deber, pues la sanción por el incumplimiento es la indemnización de perjuicios[134]. La póliza de seguro obligatorio de accidentes personales causados por vehículos motorizados (póliza SOAP) consta de una regulación análoga[135].

Cabe preguntarse qué ocurre si el asegurado incumple el deber de notificar. ¿Puede el asegurador oponerse al pago de la indemnización? En primer lugar, existe una objeción lógica, y es que sabemos que la sanción ante el incumplimiento de un deber no es la ineficacia del crédito, sino la indemnización de perjuicios. En consecuencia, si no puede dejar de pagársele al asegurado, menos puede dejar de indemnizarse a la víctima. En todo caso, la ley resuelve expresamente el punto, pues señala que a la víctima no le son oponibles las excepciones que el asegurador pueda alegar contra el tomador del seguro, que se basen en hechos o circunstancias imputables a este último (artículo 10 ley SOAP)[136].

---

[134] El artículo 11 inciso primero ley SOAP establece que «el asegurador podrá repetir contra el tomador del seguro por cualquier cantidad que haya debido abonar como indemnización en los términos de esta ley, cuando concurran circunstancias que digan relación con la eficacia del contrato de seguro o con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador que, en otro caso, habrían autorizado al asegurador para no pagar la respectiva indemnización». La medida de este derecho de repetición es, precisamente, el perjuicio del asegurador. En consecuencia, se trata, sustancialmente, de una acción de perjuicios.

[135] El artículo 13 c de la POL 3 03 065, redactada por la SVS, reconoce entre las «obligaciones» del asegurado, la de «poner oportunamente en conocimiento del asegurador la ocurrencia de un accidente en que hubiere participado el vehículo asegurado o un hecho que pueda dar origen a alguna responsabilidad del asegurador». Este mismo deber recae sobre el conductor. Ante el incumplimiento, el artículo 14 de la póliza SOAP establece que «el asegurador podrá solicitar judicialmente el término anticipado de este contrato y la indemnización de los perjuicios que dicho incumplimiento le hubiere originado».

[136] En consecuencia, y según lo dispuesto en el artículo 11, del mismo cuerpo legal, el asegurador debe intentar acción de perjuicios contra el tomador del seguro.

d.2) Coasegurado

No existen reglas legales, contractuales, jurisprudenciales que resuelvan si la notificación de una parte aprovecha a todos los coasegurados. Estimamos que, en ausencia de una regla expresa, el juez debe tener presente, como criterio, la función de la notificación. Si la notificación de una de las partes es suficiente para cumplir su finalidad, entonces no debe sancionarse a otra parte, pues tal sanción no tendría sentido. Si el asegurador pretendiese liberarse de su obligación de indemnizar, el asegurado podría alegar ausencia de perjuicio[137].

Debe tenerse presente que estas reglas son aplicables a la carga de notificación del reclamo, demanda o hecho que pueda efectuar la póliza *stricto sensu*. No se aplican a la carga de entregar información adicional o colaborar con la dirección jurídica, si esa carga ha sido pactada. Esto se debe a que la función de las informaciones adicionales es distinta. Ellas son requeridas una vez que el asegurador ya ha sido puesto al tanto del reclamo o del suceso, y se requieren, más bien, para la defensa del caso y la delimitación precisa de la responsabilidad del asegurador. Por consiguiente, las circunstancias que el asegurador debe conocer son las personales de cada uno de los asegurados con relación al siniestro. Por lo tanto, las informaciones adicionales de un coasegurado pueden no coincidir con las de otro coasegurado. En síntesis, la información adicional dada por un asegurado no aprovecha a los coasegurados.

7.2. Quién puede notificar

a) Common Law

La notificación debe ser dada por quien reclama la indemnización o por una persona actuando en su representación para estos efectos[138]. Se sostiene que son dos las razones por las cuales se requiere que la notificación sea de parte del asegurado, o un representante expresamente designado. En primer lugar, puede ocurrir que el asegurado no quiera que su prima aumente en razón de siniestrar la póliza, o bien, esté interesado en retener un *no claim bonus* (bono por no reclamar). En segundo lugar, puede resultar

[137] Entendemos que la sanción de incumplimiento contractual no debe tener una función de castigo, sino simplemente resarcitoria. La sanción civil de incumplimiento debe velar por el equilibrio de las relaciones patrimoniales, y no provocar un desequilibrio.

[138] Clarke, M., «The law...» *op. cit.*, cap. 26-2C.

exageradamente dispendioso para el asegurador hacerse cargo de toda información que sugiera un siniestro, cualquiera sea la fuente[139].

No obstante, la posición dominante en la jurisprudencia inglesa y en la mayoría de los estados de Estados Unidos de Norteamérica es admitir la notificación por un tercero. En otras palabras, la regla general es que la notificación dada por un tercero satisface la carga del asegurado de notificar al asegurador[140]. Sin embargo, no toda notificación de tercero es satisfactoria. Para Clarke, la notificación de un tercero es suficiente si la fuente es confiable y si es claro, por la naturaleza del caso, que un reclamo del asegurado es probable[141]. Así, se ha fallado que el asegurado no contraviene una estipulación que impone la notificación como *condition precedent*, si los aseguradores reciben la información necesaria de la policía, en el momento necesario[142]. Según Birds y Hird, la ratio de este caso debe aplicarse a toda *condition* concerniente al procedimiento de reclamo, incluyendo la notificación, aun cuando tal *condition* requiera expresamente la ejecución personal del asegurado (o su agente debidamente autorizado)[143].

b) España

Para Gómez Segade, la notificación es una carga que grava no sólo al deudor y al asegurado, sino a todos aquellos terceros que puedan tener algún derecho sobre la indemnización debida por el asegurador[144]. Pero ade-

---

[139] *Ibidem.*

[140] Por todos, LEWIS LEONHART, G., *op. cit.*, p. 302.

[141] CLARKE, M., «The law...» *op. cit.*, cap. 26-2C, quien advierte que este criterio no es aplicable a la información requerida al asegurado luego de que éste ha iniciado un reclamo. Cfr. LEWIS LEONHART, G., *op. cit.*, p. 303, que sostiene que las Cortes estadounidenses usualmente concluyen que la carga de notificación se satisface cuando la declaración se provee a la compañía aseguradora por *cualquier* fuente, sin importar si fue el asegurado quien dio la notificación.

[142] *Lickiss v. Milestone Motor Policies* [1966] 2 All E.R. 972. En este caso, un motociclista embistió y dañó a un taxi. El motociclista asegurado no notificó al asegurador, a pesar de que la póliza imponía la *condition* de proveer a sus aseguradores de detalles concretos de cualquier accidente lo antes posible. El asegurador se enteró del accidente a través del taxista (víctima). El asegurado tampoco comunicó las citaciones recibidas, pero el asegurador recibió todos los detalles del caso de la policía. Se falló que no había inejecución de la carga, a pesar de que el contrato estipulaba expresamente que era el asegurado quien debía dar la información. BIRDS, J., y HIRD, N. *op. cit.*, p. 248, opinan que es imposible negar la justicia de la decisión, pues los aseguradores no fueron perjudicados de ninguna forma por la falla del asegurado.

[143] BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 249.

[144] GÓMEZ SEGADE, *op. cit.*, p. 438. Cita al beneficiario, a los acreedores hipotecarios, pignoraticios y privilegiados.

más de estos terceros, sostiene el autor citado que «cualquier persona puede comunicar el siniestro al asegurador, pero esta notificación no libera de efectuar la declaración de siniestro a aquellos sobre quienes recae este deber jurídico». A pesar de que la comunicación de un tercero no libera a quien debe ejecutar la carga, dicha notificación puede tener el efecto de inhibir la reclamación de perjuicios del asegurador. El asegurado puede demostrar que el asegurador no resultó perjudicado por la falta de declaración, y así evitar que se le cobren perjuicios. Sin embargo, Gómez Segade estima que esta prueba es difícil[145].

Sánchez Calero da un significado diverso a la posibilidad de inhibir la acción de perjuicios del asegurado probando el conocimiento por otro medio. Según él, esta posibilidad implica que la ley admite que cualquier interesado puede dar válidamente el aviso. Cualquier notificación que cumpla con el contenido mínimo, libera a todos los demás interesados que puedan verse afectados por el incumplimiento del deber.

c) Argentina

Ni el artículo 46 ni el artículo 115 de la Ley de Seguros, que tratan sobre la declaración del siniestro y la denuncia del hecho generador de responsabilidad civil, respectivamente, reconocen como excepción al efecto de la carga el conocimiento del asegurador. Sin embargo, ha prevalecido en la jurisprudencia argentina el criterio «que privilegia el conocimiento que sobre la existencia del siniestro ha tomado el asegurador, aun cuando la declaración provenga de un tercero»[146]. En consecuencia, si el asegurador ha tomado conocimiento suficiente por medio de un tercero, no puede oponer la inejecución de la carga al asegurado. El fundamento de tal criterio radica en que si la notificación del tercero es adecuada, el asegurador queda igualmente capacitado para adoptar las medidas necesarias para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones[147]. Es decir, la función de la notificación se cumple y, por lo tanto, no hay perjuicio.

d) Derecho nacional

De una primera lectura a nuestra ley y a las pólizas de responsabilidad civil, podría obtenerse que la carga de notificación sólo puede ser satisfecha por el asegurado. Esto se debe a que, como hemos visto, tanto la

[145] *Ibidem*, p. 439.
[146] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 374.
[147] *Idem*.

ley como las pólizas imponen, en su sentido literal, la carga de notificación al asegurado. Sin embargo, estimamos que la carga puede ser ejecutada por un tercero, en la medida que tal ejecución cumpla con los siguientes requisitos: primero, que no provoque perjuicio al asegurador[148]; segundo, que sea suficiente para garantizar que el asegurador cuente con los datos necesarios para amparar sus derechos, intereses y los de la comunidad de riesgos que representa[149].

7.3. A quién se puede notificar

a) Common Law

Es usual que las pólizas de seguros establezcan que se debe notificar al asegurador. Usualmente, se impone notificación por escrito, la que se debe enviar al asegurador[150]. Considerada estrictamente, la notificación debe ser cumplida tal como se predispuso en las condiciones generales. En este sentido, es insuficiente para dar por cumplida la carga, notificar a otra persona, ya sea al corredor o a la persona que contactó al asegurador con el asegurado[151]. Sin embargo, se estima que es necesario otorgar una cierta flexibilidad a la carga para evitar que el asegurador se escude en una inejecución meramente técnica[152]. Esto último ha llevado a que el *Common Law* se muestre vacilante en este punto.

---

[148] En la jurisprudencia nacional de seguros, se ha sostenido que la falta de aviso oportuno que no irroga perjuicio al asegurado, no habilita al asegurado para rechazar el pago de la indemnización (CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 351 (fallo 18) y p. 556 (fallo 116)).

[149] En nuestra doctrina, FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento... op. cit.*, p. 55, se ha preguntado, a propósito de las obligaciones, si el cumplimiento exige la actuación únicamente del deudor. El profesor Fueyo sostiene que hay dos respuestas a esta interrogante. Por un lado, aquella derivada de la concepción subjetiva de obligación, que sostiene que sólo hay cumplimiento en sentido estricto si es el propio deudor el que la ejecuta. Por otro lado, la sostenida en base a una concepción objetiva de obligación, vista como la prestación en sí. En ella, el cumplimiento incluye tanto lo realizado por el deudor, como por un tercero o el logrado coactivamente. Lo relevante es que se satisfaga el derecho del acreedor. El autor citado se pronuncia a favor de esta segunda teoría, a pesar de que admite que el Código Civil fue dictado «en el ambiente de la doctrina clásica o subjetiva» (p. 56). Para Fueyo, «no hay duda que a los ojos del Código se objetiva el contenido de la obligación en la fase del pago, y son tales aun el realizado por un tercero y el que se logra judicialmente por ejecución forzada» (p. 57). Consideramos que un razonamiento análogo puede aplicarse a las cargas.

[150] Por todos, BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 247.

[151] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 425.

[152] BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 247.

Las posiciones sobre lo que se estima necesario para dar la carga por satisfecha presentan una distancia considerable entre ellas: desde aquellos que recomiendan notificar al asegurador en el lugar señalado en la póliza, hasta quienes han sostenido que es suficiente una mera conversación con un agente general, en la cual se menciona tangencialmente el accidente[153].

A pesar del amplio abanico de posibilidades, los autores parecen estar contestes en un criterio: si bien la notificación al agente puede ser insuficiente por no ser éste un receptor autorizado, sí puede considerársele como transmisor válido de la información[154]. En consecuencia, tal notificación siempre sería posible, pues «si A sostiene que B es un canal de comunicación adecuado, es A quien soporta el riesgo de que el canal no funcione debidamente»[155]. El requisito es que la notificación se haga con tiempo suficiente para que el agente la transmita pero, en atención a los medios de comunicación actuales, tal requisito es fácil de cumplir[156].

b) España

El destinatario de la declaración es el asegurador. Según la doctrina, esto significa que, al ser el asegurador una persona jurídica, la notificación puede realizarse a cualquiera de sus representantes o dependientes[157]. Es más, se ha estimado que «debería considerarse ilícita por ser lesiva para el

---

[153] *Vid*, respectivamente, MAYERSON, M., *op. cit.*, p. 1011 y LEONHART, G., *op. cit.*, p. 311. La posición expresada por Leonhart representa más bien lo resuelto en algunos estados de EE.UU. de Norteamérica. Debe tenerse presente que en el *Common Law*, y a partir de la línea de autoridad establecida por *Newsholme Bros v. Road Transport & General Insurance Co.* [1929] 2 K. B. 356, «sólo el agente bajo supervisión directa o control del asegurador es el agente del asegurador, y puede que no todo el tiempo que negocie con un asegurado se le considere agente del asegurador» (BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 174). En consecuencia, todos los demás agentes deben estimarse agentes del asegurado. Por lo tanto, la regla general en el *Common Law* es que el incumplimiento de deberes o la insatisfacción de cargas por causa del agente, se imputan a su representado, esto es, al asegurado y no al asegurador.

[154] Señala CLARKE, M., *The law... op. cit.*, cap. 26-2D, «aun si se requiere recepción en la oficina matriz, es suficiente dar aviso a tal agente para su transmisión a la oficina matriz, siempre que sea dada al agente a tiempo para llegar a la oficina matriz, en el curso normal de los negocios, dentro del período de notificación contractual». Para BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 247, esta notificación por medio del agente sólo es válida en ausencia de una cláusula que establezca una destinación específica de la notificación.

[155] CLARKE, M., *The law... op. cit.*, cap. 26-2D

[156] *Idem.*

[157] OLAVARRÍA IGLESIA, JESÚS, «Artículo 16» en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Boquera, Battaller y Olavarría (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 236.

asegurado, una cláusula que estableciese la necesidad de efectuar la declaración en un lugar o sucursal determinados»[158]. Por lo tanto, la notificación puede realizarse en cualquier oficina del asegurador, aun cuando se establezca algo distinto en la póliza (*v. gr.*, si se señala en la póliza un lugar preciso para la notificación).

Con relación a la notificación realizada a un agente, en España existe texto legal expreso que resuelve este punto (artículo 10.2 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación de seguros privados, en adelante LMSP). Este artículo establece que las comunicaciones efectuadas por el tomador (y también por el asegurado) al agente de seguros que medie o que haya mediado en el contrato surtirán los mismos efectos que si se hubiesen realizado directamente a la entidad aseguradora. En el caso de que los agentes no informen al asegurador, éste podrá exigirles indemnización de perjuicios[159].

Distinta es la solución respecto de los corredores, según lo establecido en el artículo 14 LMSP. La notificación al corredor no da por satisfecha la carga. Sin embargo, si el corredor acepta la notificación, adquiere, «frente al tomador, asegurado o beneficiario, la obligación, no sólo de advertirles que dicha comunicación no tiene la misma eficacia que la realizada al asegurador, sino también la de comunicar a éste el siniestro, incurriendo, en caso contrario, frente a aquellos sujetos en responsabilidad».

Si se trata de un caso de seguro múltiple, esto es, si existen varios aseguradores de un mismo riesgo, el artículo 32.2 Ley de Contrato de Seguro dispone que el tomador o el asegurado deberá comunicarlo a cada asegurador, con indicación del nombre de los demás[160].

---

[158] GÓMEZ SEGADE, *op. cit.*, p. 440. Este autor justifica su aserto dando las siguientes razones: «Puede haber motivos justificados que impidan al asegurado notificar el siniestro en el lugar indicado; en cambio, la compañía aseguradora no sufre ningún perjuicio por el hecho de que reciba la declaración en un lugar distinto del consiguado expresamente en la póliza, pues por su organización empresarial deberá mantener una constante y fluida interrelación entre las sucursales y la sede central de la sociedad».

[159] OLAVARRÍA, J., *op. cit.*, p. 237.

[160] *Vid* BATALLER GRAU, JUAN, *El seguro múltiple*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 69, apunta que este artículo no establece expresamente una sanción para el caso de insatisfacción de esta carga. Señala este autor que debe aplicarse, por consiguiente, la consecuencia general ante el incumplimiento de un deber en la LCS, cual es la indemnización de perjuicios. Sin embargo, propone el autor que, de *lege ferenda*, sería conveniente distinguir dos tipos de deberes y, por consiguiente, dos tipos de sanciones. Por un lado, sancionar el incumplimiento del deber de notificar con indemnización de perjuicios. Por otro lado, establecer la pérdida del derecho del asegurado en caso de no notificar a los demás aseguradores, si se ha actuado de mala fe. Esto último, en razón de que una vez que se ha producido el siniestro se manifiestan los peligros del seguro múltiple, consistentes en el riesgo de enriquecimiento injusto y fraude.

En el caso del coaseguro, usualmente bastará la notificación al abridor de la póliza o al asegurador delegado[161]. Esto, porque el artículo 32.2 Ley de Contrato de Seguro dispone que si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, se entenderá que, durante toda la vigencia de la relación aseguradora, los aseguradores delegados están legitimados para percibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado.

c) Argentina

Pueden recibir la notificación el asegurador o sus representantes, aplicándose en este caso las reglas del mandato[162]. Es representante del asegurador el agente institucional[163]. Los demás agentes y los productores de seguro sólo tienen las facultades que taxativamente les concede el artículo 53 LS, entre las cuales no se encuentra recibir notificaciones en nombre del asegurador.

Con relación a la comunicación a los representantes y agentes institucionales, se comprende que las notificaciones que puede recibir son las relativas a siniestros cubiertos por pólizas referidas a personas, circunstancias o cosas que residan o se hallen en la zona de competencia del agente[164].

Observan Stiglitz y Stiglitz que la ley admite una limitación del mandato, de manera tal que podría pactarse que el agente institucional u otro representante carezcan de facultades para recibir la notificación. Sin embargo, los mismos autores opinan, a renglón seguido, que obstaría a esta limitación la circunstancia de que el agente tenga apariencia de aptitud para obrar en nombre del asegurador. Asimismo, y esto abre aún más el rango de posibilidades sobre quién puede ser receptor de la notificación, el productor de seguros podría estimarse habilitado para recibir válidamente la declaración. Esto en razón de una actuación del productor que da a entender esta facultad al asegurado, la buena fe del segundo y la tolerancia de

[161] Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 292.

[162] MEILIJ, G., *op. cit.*, p. 97.

[163] Expresión equivalente al agente de seguros en Chile. El agente institucional se estima intermediario con representación y su actuación obliga al asegurador, siéndole aplicables las reglas del mandato. La ley lo faculta expresamente para ser notificado (artículo 54 LS). Señala LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, v. 1, p. 637, que este agente «obra por cuenta del asegurador, y en virtud de esa representación no responde personalmente y no puede ser demandado como tal» (p. 637).

[164] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 377.

su actuación por el asegurador. En consecuencia, la determinación de la persona autorizada para recibir una notificación en forma satisfactoria, se torna en una cuestión casuística, para la cual la doctrina ha extraído ciertos criterios jurisprudenciales[165].

Sumariamente, los criterios jurisprudenciales reseñados por los autores citados son los siguientes: a) El agente de seguros con el que se contratan pólizas durante dos años, de todo riesgo, recibiendo pagos y acreditándolos, crea una apariencia de mandato que no puede utilizarse contra el asegurado, a quien no se le puede exigir más allá de la buena fe y diligencia razonable. b) El principal está impedido de negar las apariencias que él mismo ha contribuido a crear. c) El asegurador responde por los actos autorizados implícitamente al asegurado. d) «La aquiescencia con un acto del agente en exceso de sus poderes autoriza al asegurado a considerarlo facultado para ese acto en contratos o diligencias futuras»[166]. e) La forma en que actúa el productor frente a los asegurados y al público puede permitir la deducción de la existencia de responsabilidad del asegurador por su conducta. f) «Es eficaz la denuncia del siniestro efectuada ante quien revestía la apariencia de un verdadero representante de la aseguradora, que excedía el marco limitado por el artículo 53 de la ley 17.418 [LS] como mero agente»[167].

d) Derecho nacional

Tanto la ley como las pólizas establecen la carga de notificar al asegurador. Así lo establece expresamente el número 5 del artículo 556 del Código de Comercio («notificar al asegurador»). Asimismo, la gran mayoría de las pólizas de responsabilidad civil establecen que el asegurado debe informar, notificar o dar aviso «a la compañía»[168]. La doctrina nacional establece que el asegurado debe notificar el siniestro al asegurador[169]. Sin embargo, existe una serie de situaciones que deben aclararse para saber con precisión cuándo se entiende que se notifica al asegurador.

d.1) Notificación al corredor

Los corredores de seguros son intermediarios del comercio de seguros, que ofrecen a las personas que desean asegurarse las coberturas más

[165] *Ibidem*, pp. 378 y 379.
[166] *Ibidem*, p. 380.
[167] *Idem*.
[168] *V. gr.* POL 1 91 080 artículo 10; POL 1 91 081 artículo 14; POL 1 97 008 artículo 12.1; POL 1 02 30 artículo 12.1; POL 1 02 23 artículo 9.
[169] BAEZA, S., *op. cit.*, p. 118; CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 135.

convenientes, y entregan información a la compañía aseguradora[170]. Tradicionalmente, se ha entendido que la mediación o corretaje no supone representación[171]. A nuestro entender, lo mismo se desprende de la ley, la cual establece que la función del corredor es una función asesora, no de representación. Sin embargo, en la práctica aseguradora es usual que el asegurado se entienda con la compañía a través del corredor, y que éste colabore al momento de siniestrarse la póliza. Esta situación esta contemplada en la ley.

En este sentido, la determinación de si existe o no representación no debe depender tanto de la presunta intención del representante y representado. Se trata, más bien, de una cuestión objetiva, donde es necesario preguntarse las razones por las que puede imputarse un acto del representante al representado[172]. Como ha sostenido Solís de Ovando a propósito del mandato, éste «descansa en la confianza y por eso ampara la buena fe de los terceros aun cuando no se reúnan los requisitos para que exista un mandato aparente»[173]. Por lo tanto, para la determinación de si existe o no representación, no hay que estar tanto a la naturaleza del contrato de corretaje en abstracto. Debe atenderse, más bien, a las concretos vínculos entre asegurador, corredor y asegurado, y en cómo ha funcionado la relación asegurativa entre ellos. Por esto, la determinación de si el intermediario ha actuado con poder suficiente para recibir la notificación es, como se ha sostenido en el *Common Law*, una materia «muy sensible a los hechos»[174].

Esto no quiere decir que no puedan ofrecerse ciertos criterios que nos permitan saber cuándo una relación de intermediación implica representa-

---

[170] El artículo 57 inciso 5.º del DFL 251 de 1931 establece que «los corredores de seguros son auxiliares del comercio de seguros, que deben asesorar a la persona que desea asesorarse por su intermedio, ofreciéndole las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses e ilustrándola sobre las condiciones del contrato, *debiendo asistirla* durante toda su vigencia, especialmente en las modificaciones que correspondan y *al momento de producirse el siniestro*. Deben también asesorar a la compañía aseguradora verificando la identidad de los contratantes, la existencia de los bienes asegurables y entregándole toda la información que posean del riesgo propuesto».

[171] Por todos, SANDOVAL, R., *Contratos... op. cit.*, p. 537, quien señala que «el contrato de mediación o corretaje se asemeja al contrato de mandato o al de comisión, pero no se confunde con él, porque su objeto esencial es la función de mediación consistente en que el corredor pone en relación a los eventuales contratantes, sin intervenir en el contrato de que se trata, ni actuar como mandatario de ninguno de ellos».

[172] *Vid* DIDIER, PHILIPPE, *De la representation en droit privé*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 96-98.

[173] SOLÍS DE OVANDO, «La representación y el mandato» en *RDJ*, t. 41, Derecho, p. 161.

[174] LEONHART, G., *op. cit.*, p. 311.

ción. En primer lugar, debe determinarse si el intermediario, al recibir la notificación, actúa dentro de las funciones propias de su oficio. Además, debe aclararse si el intermediario puede generar en terceros una expectativa objetivamente suficiente de que le han sido conferidos poderes para las gestiones que realiza. Una vez determinados los límites del apoderamiento tácito en abstracto para la situación concreta, debe determinarse si han existido comportamientos o actos concluyentes por parte del representado. Estos comportamientos concluyentes pueden ser positivos o negativos. Destaca como criterio el acto concluyente negativo del representado, consistente en la tolerancia de gestiones representativas[175].

En síntesis, el contrato de corretaje no es en sí mismo un contrato de representación. Sin embargo, puede estimarse que en una concreta relación de mediación pueda existir representación o poder suficiente para notificar el hecho que puede generar responsabilidad civil del asegurado[176].

d.2) Notificación al agente

No existe en nuestra doctrina un concepto preciso de agente. Esto se debe a que los contratos de colaboración empresaria tienen una naturaleza heterogénea, y sus modalidades y elementos de la naturaleza se combinan incesantemente en la práctica[177].

---

[175] DÍEZ-PICAZO, LUIS, *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 158-160. Véanse además los criterios jurisprudenciales argentinos expuestos por STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, pp. 378-379.

[176] No debe perderse de vista, en todo caso, que aun si en algún caso concreto se estima que al asegurador no le es oponible la notificación realizada al corredor, el asegurado puede demandar indemnización de perjuicios por los daños que la negligencia del corredor le hayan provocado. En este caso, la indemnización será lo que se dejó de percibir del asegurador a título de indemnización, además de intereses por el tiempo en que el asegurado fue privado del capital que le correspondía. Para estos efectos, el artículo 58 letra d DFL 251 de 1931, establece entre las obligaciones del corredor, la de constituir una garantía. Ésta tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de sus «obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que puedan ocasionar a los asegurados que contraten por su intermedio».

[177] PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, *Contratación comercial moderna*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 66. De todos modos, el autor intenta definir al agente como «el intermediario permanente de un principal, que puede tener tanto las calidades de *dealer* como de *broker* o ambas a la vez; que cuenta con establecimiento y que generalmente tiene la franquicia de usar la marca de los productos del principal en su establecimiento». La modalidad *broker* puede ser un corredor, agente oficioso o comisionista que contrata en nombre de otro. En cambio, la modalidad *dealer* supone que el agente compra para vender a su principal, asumiendo el riesgo de la transacción. En España, y antes de la regulación legal de la figura del agente, señalaba GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 62, que «a falta de reglamentación legal,

En el Derecho de seguros nacional, la figura del agente de ventas es regulada por la ley 19.301, de 1994, que modificó el texto del DFL 251 de 1931. Señala el artículo 57 de esta norma que «los seguros pueden ser contratados directamente con la entidad aseguradora a través de sus agentes de venta». Los agentes de venta son aquellos que se dedican a la comercialización o venta de seguros por cuenta de una compañía. Por regla general, no pueden prestar sus servicios a más de una entidad aseguradora de cada grupo.

En principio, podría considerarse que la notificación al agente de ventas no es suficiente para dar por satisfecha la carga. Esto se debe a que las facultades del agente estarían limitadas a la venta o comercialización del seguro. No obstante, destacamos que esto es sólo una apreciación a priori, pues puede ocurrir, por las razones dadas en el apartado anterior, que el agente tenga poder suficiente para recibir la notificación[178].

d.3) Notificación al liquidador

Los liquidadores son auxiliares del comercio de seguros. Su función es «determinar la ocurrencia del siniestro, si el riesgo está bajo cobertura de una compañía determinada, y el monto de la indemnización a pagar» (artículo 61 DFL 252 de 1931). La ley les exige que «guarden la debida independencia y autonomía en su cometido» (artículo 61 DFL 252 de 1931). Además, se les prohíbe «prestar servicios o asumir con las compañías responsabilidades distintas a las señaladas en esta ley y el reglamento, y percibir directa o indirectamente beneficios económicos del asegurador, del ase-

---

el contenido del contrato de agencia hay que buscarlo en la práctica aseguradora en los impresos que las compañías redactan bajo la denominación "nombramiento de agente", desprendiéndose de su lectura que la calificación jurídica del contrato es la propia del mandato, como prototipo de los contratos de gestión de intereses ajenos».

[178] Al nominar al agente como «agente de ventas», la ley no necesariamente excluye que el agente pueda cumplir otro tipo de funciones, como administrar el siniestro, a pesar de que la póliza diga expresamente que debe notificarse al asegurado. Puede ocurrir que el agente le señale verbalmente al asegurado que, ante un hecho del cual puede nacer responsabilidad civil, debe avisarle a él. O bien, puede ocurrir que no se dé información suficiente al asegurado acerca de cómo contactar directamente al asegurador, pues el agente realiza la función de vínculo de comunicación entre las partes del contrato de seguro. Deberán verificarse las circunstancias del caso. Estimamos que, si ha habido actos concluyentes, el asegurado podrá demandar directamente al asegurador, como *dominus negotii*. Alternativamente, podrá demandar al ¿agente?asegurado por perjuicios. Nuestro tribunal superior ha resuelto que la notificación al agente es suficiente para dar por cumplida la obligación de notificar al asegurador (C. Sup. (cas.), 15 de junio de 1915, *RDJ*, t. 13, sec. 1.ª, p. 97). En España, se estima que se puede notificar a los agentes de seguros que medien o hayan mediado en el contrato de seguro o a representantes de la aseguradora (OLAVARRÍA, J., *op. cit.*, p. 238).

gurado o de terceros, distintos de sus honorarios profesionales y retener para sí o adjudicar a personas relacionadas los bienes o productos del recupero que hubieren practicado» (artículo 64 letra b DFL 252 de 1931).

A la luz de estas disposiciones, resulta claro que el liquidador no puede estimarse representante del asegurador. No obstante, se ha fallado que la notificación del siniestro al liquidador es suficiente para dar por cumplida la carga[179]. Aunque esto no quiere decir que el liquidador sea una persona autorizada para recibir la notificación con efecto satisfactivo. En este caso, el asegurado alegó que el asegurador tenía cabal conocimiento de la existencia del juicio civil por medio del liquidador. La Superintendencia de Valores y Seguros resolvió que es suficiente que la compañía tenga conocimiento de las acciones que se entablan contra el asegurado por intermedio del liquidador.

Nuestra opinión es que el fundamento del fallo es incorrecto, si bien el resultado es correcto. Estimamos que el asegurado no «cumplió» la «obligación» de notificar[180]. Más bien, el asegurador fue condenado al pago de la indemnización, pues se había enterado de los hechos. Por lo tanto, no había perjuicio para el asegurador en la insatisfacción de la carga por parte del asegurado.

d.4) Lugar donde debe cumplirse la carga

En general, las pólizas no establecen un lugar preciso donde debe notificarse. La carga consiste en notificar a la aseguradora. En consecuencia, debe entenderse que cualquier notificación hecha a una sucursal, es una notificación hecha al asegurador, pues se trata de la misma persona.

No obstante, podría pactarse que el asegurado debe notificar en un lugar específicamente establecido[181]. Pero consideramos que esta cláusula debe estimarse nula por lesiva o abusiva, en razón de establecer un requisito injustificado. La falta de justificación de este requisito se encuentra en que

---

[179] CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 366 (fallo 26).

[180] La gran mayoría de las pólizas de responsabilidad civil imponen la carga de notificar al asegurado o a la compañía, sin mayor referencia al sujeto a quien debe notificarse. Un caso excepcional es el de la POL 1 89 001, sobre seguro de responsabilidad civil del transportador carretero en viaje internacional. Se establece en el número 8 que es «obligación» del asegurado: «Dar aviso... a la entidad aseguradora o a su representante local, entregándole el Formulario de Aviso de Siniestros».

[181] *V. gr.*, cláusula séptima, letra a, POL 1 99 008 sobre responsabilidad civil de directores: «Toda notificación, comunicación o denuncio de siniestro al asegurador deberá efectuarse por escrito, mediante entrega personal o por correo certificado con acuse de recibo a la dirección del asegurador indicada en la póliza».

es el propio asegurador quien debe soportar los riesgos de la comunicación dentro de su propia organización[182].

d.5) Pluralidad de aseguradores

Puede ocurrir que exista más de un asegurador que deba ser notificado del reclamo o del hecho que puede generar responsabilidad civil cubierta en el asegurado. Para analizar este punto de manera correcta, debemos precisar si se trata de un caso de seguro múltiple o de coaseguro.

i) Seguro múltiple

En el seguro múltiple o coaseguro involuntario, existen varios aseguradores de un mismo objeto asegurado, entre los cuales no existe consorcio[183]. En consecuencia, una vez que tenga lugar el hecho que puede provocar responsabilidad, el reclamo o la demanda, surge no sólo la carga de notificar a cada uno de los aseguradores por separado[184]. Nace, además, la carga de indicar si existen otros seguros comprometidos.

Señala el artículo 556 N.° 6 que «el asegurado está obligado a declarar a tiempo de exigir el pago de un siniestro los seguros que haya hecho o mandado hacer sobre el objeto asegurado». Como sabemos, la sanción ante el incumplimiento de esta carga es la rescisión del contrato, según el artículo 557 del Código de Comercio. Sorprendentemente, las pólizas de responsabilidad civil no contienen, por lo general, una carga semejante. Más bien, norman la situación de los seguros concurrentes, regulando algunas pólizas la situación de manera diversa a la ley, y otras en consonancia con la regulación del Código de Comercio.

Nuestra opinión es que, en estos casos, debe estarse a la regulación de los artículos 525 a 529 del Código de Comercio sobre seguros concurrentes. Por lo tanto, debe prescindirse de la voluntad de las partes, cuando en el

---

[182] CLARKE, M., *The law... op. cit.*, cap. 26-2D. En el mismo sentido, GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 440, quien estima lesiva la cláusula que impone un lugar específico para notificar, arguyendo que el asegurador no sufre ningún perjuicio por ser notificado en un lugar diverso de la póliza. El profesor español considera que corresponde a la organización empresarial del asegurador «mantener una constante y fluida interrelación entre las sucursales y la sede central de la sociedad». En contra, BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 247, quienes sostienen que sólo a falta de una designación expresa del lugar para notificar, puede hacerse en cualquier sucursal. En Argentina existe solución legal expresa respecto a este punto, por la cual debe notificarse en el domicilio del asegurador declarado en la póliza. Sin embargo, la ley no admite que el asegurador constituya un domicilio especial para la notificación (*vid* STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 381).

[183] CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 165.

[184] BATALLER, J., *op. cit.*, p. 69.

seguro se establezca la irresponsabilidad del asegurador por la existencia de otras pólizas[185].

ii) Coaseguro

El coaseguro propiamente tal o coaseguro voluntario no es más que una situación de seguro múltiple, donde los aseguradores se han concertado para asumir conjuntamente el riesgo de un asegurado. Se ha definido como «aquella modalidad de seguro por la que varios aseguradores acuerdan entre sí y con el tomador asumir conjuntamente un riesgo dividiendo por cuotas la prima y la suma asegurada, de modo que, en caso de siniestro, cada uno responderá de la prestación debida en proporción a la cuota respectiva»[186].

En el coaseguro, el asegurador contrata y se relaciona con uno de los aseguradores, llamado en la práctica «líder». Se ha sostenido que este asegurador líder, usualmente el que participa mayoritariamente en el riesgo, ejerce una cierta representación de los demás coaseguradores[187]. En consecuencia, es claro que el asegurado satisface la carga mediante la notificación al asegurador líder, tal como si se tratara de un contrato de seguro con un solo asegurador. Asimismo, no puede entenderse satisfecha la carga si el asegurado notifica a un coasegurador que no realiza la función de líder. Sin embargo, si un coasegurador no líder ha intervenido en la relación asegurativa, puede entenderse válidamente que asume también la función de líder. Por lo tanto, en este caso la notificación que se le haga es útil para dar por ejecutada la carga.

---

[185] La POL 1 01 021 de responsabilidad de directores y administradores, cláusula duodécima, establece que, ante la concurrencia de seguros, la póliza sólo cubre la parte que no haya sido indemnizada por el otro u otros seguros. Cabe preguntarse: ¿Qué ocurre si la otra póliza estipula lo mismo? Además, no parece justo que porque un asegurador haya predispuesto esta cláusula y otro no, uno deba indemnizar y el otro se libere de hacerlo, con prescindencia de la fecha de contratación del seguro, y a pesar de haber percibido primas. Menos racional aún nos parece lo establecido en el artículo séptimo de la POL 1 90 028, sobre responsabilidad civil de directores y ejecutivos. Ella predispone que «el asegurador no responderá de ningún reclamo o demanda respecto del cual exista otra póliza vigente». Más equitativa es la segunda parte de la cláusula 9 de la POL 1 98 035 de responsabilidad civil de profesiones médicas, que reza: «si hubiese otros contratos de seguro en vigor que cubriesen la responsabilidad profesional asegurada contra los mismos riesgos que el presente, entonces la Compañía indemnizará en la proporción que guarde la Suma Asegurada de este contrato respecto del valor total de las Sumas Aseguradas de todos los contratos de seguro...». Esta regla es similar a la dispuesta por el artículo 526 del Código de Comercio. Consideramos que esta cláusula sí puede aplicarse antes que las disposiciones legales, pues no produce los problemas apuntados respecto de la cláusula anteriormente revisada.

[186] MUÑOZ PAREDES, JOSÉ MARÍA, *El coaseguro*, Civitas, Madrid, 1996, p. 34.

[187] CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 165.

8. Efecto de la inejecución de la carga de notificación

8.1. *Common Law*

En el Derecho de seguros anglosajón, no ha sido pacífica la determinación del efecto de la inejecución de la carga de notificación de la demanda, reclamo o hecho del que pueda surgir responsabilidad para el asegurado. Es usual que las cláusulas que imponen esta carga se pacten como *condition precedent* de la responsabilidad del asegurador al pago de la indemnización. Un incumplimiento (*breach*) de esa condición precedente otorga al asegurador el derecho a oponerse válidamente al pago de la indemnización por el siniestro específico, dejando subsistente el contrato. Es, además, irrelevante si el asegurador ha sido perjudicado por el incumplimiento o no. También es corriente que se estipule que la notificación sea condición precedente a la validez de la póliza, con lo que se genera el extraño efecto de que el incumplimiento afecte la validez del contrato[188].

No obstante, ante la gravedad de los efectos mencionados, los tribunales han intentado morigerar las consecuencias señaladas por medio de la interpretación flexible de los términos contractuales a los que hacemos referencia. Davey sostiene que la intensidad del incumplimiento del deber de notificar es lo que, finalmente, determina el efecto del mismo. Así, si se estima que ha habido un incumplimiento leve, el asegurador deberá probar perjuicios, para poder compensar los daños sufridos por el incumplimiento de la suma indemnizada. Por otro lado, si se considera que el incumplimiento es grave, el asegurador tendrá derecho a rechazar el reclamo completamente. Además, no tendrá necesidad de probar que el perjuicio sufrido por el incumplimiento de la notificación es equivalente al monto de la indemnización debida[189].

---

[188] Birds, J., y Hird, N. J., *op. cit.*, pp. 244-245. Sorprendentemente, nuestra ley contempla una sanción similar para el caso de incumplimiento de las obligaciones del asegurado. En efecto, el artículo 557 del Código de Comercio señala que el contrato de seguro se rescinde por inobservancia de las obligaciones contraídas.

[189] Davey, J., *op. cit.*, p. 189. Esta flexibilización en los efectos del incumplimiento de la carga es apreciada por este autor como una considerable mejora a la rigurosidad del efecto de las *condition precedent*. En el mismo sentido, Clarke, M., *The law... op. cit.*, 26-2G, indica que, en caso de incumplimiento, la consecuencia de la falta de notificación es un problema de interpretación. Puede considerarse que la cláusula de notificación es una condición precedente al pago por el asegurador, quien puede rechazar el pago aun cuando no haya sufrido perjuicio; una condición suspensiva, por la cual el asegurador puede obtener su indemnización una vez que cumpla, aunque el cumplimiento sea tardío; o bien, un deber contractual menor, cuya infracción puede generar responsabilidad por perjuicios

La flexibilidad en la interpretación de las *conditions* sobre notificación ha sido, además, incrementada a través de la creación de la categoría de los términos contractuales innominados, o *innominate terms*. Según Birds y Hird, si por cualquier motivo la *condition* de notificación no es pactada como precedente a la responsabilidad del asegurador, podrá ser considerada como término innominado. En este caso, el asegurador sólo podrá repudiar su responsabilidad en la medida que las consecuencias del incumplimiento puedan considerarse serias. De lo contrario, sólo podrá exigir indemnización de perjuicios del asegurado[190].

Pero las soluciones del *Common Law* en esta materia han sido criticadas por su rigurosidad[191]. Esto ha traído como consecuencia una ola de intervenciones jurisprudenciales y legales al efecto de la inejecución de la carga en el *Common Law*.

a) Estados Unidos

En Estados Unidos, la posición rigurosa del *Common Law* ha sido mantenida casi exclusivamente en la influyente legislatura del estado de Nueva York. Ante un incumplimiento inexcusable de la notificación, no hay cobertura[192]. En cambio, una «mayoría abrumadora» de estados adscribe a una consecuencia igualmente dura, pero a la cual es más difícil arribar. La regla consiste en que un asegurador sólo puede liberarse de su obligación de indemnizar un siniestro cubierto, en la medida que pruebe que la falta de notificación le ha provocado perjuicio. Como se aprecia, esta solución mantiene la grave consecuencia de la pérdida absoluta del asegurado a su derecho a ser indemnizado. Sin embargo, las posibilidades de que esto ocurra son escasas, pues se ha estimado que la prueba del perjuicio es difícil. Por ello, en algunos estados se ha desarrollado una especie de presunción simplemente legal de perjuicio al asegurador, en los casos en que exista un retraso no razonable por parte del asegurado[193].

---

del asegurado ante el asegurador, en la medida que efectivamente tales perjuicios hayan existido. Añade Clarke que para la determinación del sentido de los términos contractuales, puede resultar más relevante el propósito de la estipulación que las palabras expresamente utilizadas.

[190] BIRDS, J., y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 245.

[191] Por todos, DAVEY, J., *op. cit.*, p. 189.

[192] FISCHER, E.; SWISHER, P., y STEMPEL, J., *op. cit.*, p. 517. También comparten esta posición los estados de Alabama, Connecticut y Virginia.

[193] LEWIS LEONHART, G., *op. cit.*, pp. 321 y 328.

b) Australia

Las cláusulas que regulan la carga o deber de notificación son términos contractuales del seguro que quedan comprendidos en la regulación de la sección 54 de la *Insurance Contract Act* (1984). En virtud de esta norma, se impide que el asegurador pueda oponerse al pago de la indemnización aduciendo un acto u omisión del asegurado posterior a la celebración del contrato. Sin embargo, se admite que la responsabilidad del asegurador se reduzca en una cantidad igual al monto de los perjuicios que le provoca el incumplimiento. El asegurador debe probar el daño y, también, que el acto u omisión son la causa del perjuicio[194].

En consecuencia, la intervención legislativa en el Derecho de seguros australiano, ha otorgado a las *conditions* de notificación un efecto que se distancia del *Common Law* y que se acerca, como veremos, a la regulación del Derecho continental.

c) Inglaterra

Además del recurso a una interpretación más flexible de los términos contractuales, por medio de su consideración como *innominate terms*, las *notification clauses* se encuentran en la peculiar posición de poder ser controladas en cuanto a su contenido. En efecto, a pesar de que el Derecho inglés de seguros ha logrado evadir los controles de la legislación europea sobre protección al consumidor, existe la posibilidad de controlar la equidad de ciertas *conditions* o *warranties*. Éstas son todas aquellas que no quedan comprendidas en la exclusión de la regla 6(a) de las *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* 1999[195]. En consecuencia, puede controlarse la equidad de las cláusulas relativas al reclamo, notificaciones y procedimientos[196].

---

[194] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, pp. 433-434.

[195] El *lobby* de la industria aseguradora inglesa ha marginado al contrato de seguros de la normativa de protección al consumidor. Esta exclusión era expresa en la *Unfair Contract Terms Act* 1977, e implícita en las *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* 1999. El artículo 6(a) de esta normativa establece que siempre que sea redactado en lenguaje claro e inteligible, la determinación de equidad de un término no se relacionará con la definición del principal objeto del contrato. Como sabemos, se estima que las *warranties* y *conditions* definen el objeto principal del contrato, pues, en último término, determinan la cobertura. No obstante, esto no ocurre con todas las *warranties* y *conditions*, como las relativas al reclamo, notificaciones y procedimientos (*véase* BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 91).

[196] CLARKE, M., «Policies...» *op. cit.*, p. 235; BIRDS, J., y HIRD, N. J., *op. cit.*, p. 245.

8.2. España

Después de la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro, en 1980, quedó prohibido en España pactar que el incumplimiento del deber de notificación acarrea la pérdida del derecho del asegurado a ser indemnizado[197]. El artículo 16 Ley de Contrato de Seguro establece un régimen que mejora la posición del asegurado, y que cuenta con las siguientes características.

i) El incumplimiento del deber se produce por falta de declaración. Sin embargo, la doctrina ha interpretado que también es incumplimiento la notificación que contiene una declaración tardía y defectuosa.
ii) Ante el incumplimiento, y a diferencia del *Common Law*, el asegurador no puede descontar de la indemnización debida al asegurado, el monto de los perjuicios. Por el contrario, debe pagar la indemnización íntegra, y luego reclamar los perjuicios que el incumplimiento le haya provocado[198].

En síntesis, el incumplimiento del deber de notificar sólo da al asegurador el derecho de exigir indemnización de perjuicios del asegurado. En el Derecho de seguros español, la acción de perjuicios del asegurador contra el asegurado, como hemos visto, goza de las mismas características de cualquier acción ordinaria de daños.

8.3. Argentina

El artículo 47 Ley de Seguros establece la sanción para el supuesto de «incumplimiento de la carga» de denuncia del siniestro: la pérdida del derecho a ser indemnizado. Esta es la sanción que, por extensión, se aplica al incumplimiento de la carga de denuncia establecida específicamente para el seguro de responsabilidad civil por el artículo 115 LS[199].

---

[197] SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 295.

[198] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, pp. 449-451; OLAVARRÍA, J., *op. cit.*, pp. 241-243; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 294-295.

[199] MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, p. 100.

8.4. Derecho nacional

a) Efecto de la insatisfacción de la carga notificación

a.1) Regulación legal

El artículo 557 del Código de Comercio establece la sanción de rescisión del seguro para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la ley[200]. La rescisión debe ser requerida al juez por el asegurador, aunque puede oponerla válidamente por vía de reconvención si el asegurado exige judicialmente el cobro de la indemnización[201]. En la práctica, el efecto de la inejecución de la carga se opone por el asegurador, al momento de declarar al asegurado su voluntad de no pagar un reclamo y, posteriormente, cuando es demandado por el asegurado para el cumplimiento de la obligación contractual de indemnizar. Debe tenerse presente, además, que no es necesario requerir la ejecución de la carga, pues ella debe ser ejecutada dentro de un plazo establecido en la ley (artículo 556 N.° 5 Código de Comercio).

a.2) Regulación convencional

El efecto previsto por las pólizas de responsabilidad civil para la inejecución de la carga es el que se impone generalmente por la inobservancia de cargas en las pólizas de daños. Este efecto es la liberación de responsabilidad del asegurador[202].

---

[200] Cfr. CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 3, p. 896 (fallo 261). *Vid supra* «significado de la expresión "rescisión" del artículo 557 del Código de Comercio», p. 179 y p. 192, y «naturaleza jurídica y régimen de las obligaciones impuestas por el artículo 556 del Código de Comercio», p. 193.

[201] Señala FUEYO, F., *Cumplimiento... op. cit.*, p. 309, que más que el cumplimiento de una condición resolutoria, se trata de una acción resolutoria por incumplimiento. En consecuencia, cualquiera de las partes que tenga el derecho de pedir la resolución, puede hacerlo por vía de demanda o reconvención (*vid* RODRÍGUEZ PAPIC, IGNACIO, *Procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edic., Santiago, 1995, p. 65). Además, podría oponer la excepción de contrato no cumplido (CLARO, L., *op. cit.*, v. 10, p. 185; ABELIUK, R., *op. cit.*, pp. 844 y 845).

[202] *V. gr.* artículo 14 POL 1 91 08 (responsabilidad civil): «La infracción por el asegurado de cualquiera de las obligaciones que le impone la Ley o el presente contrato, particularmente las contenidas en los Artículos 10.° [carga de notificar reclamo] a 13.° precedentes, dará derecho a la compañía a exonerarse de toda responsabilidad de indemnizar el respectivo siniestro». Cláusula 13 POL 1 89 023 seguro de responsabilidad civil del transportador por carretera en viaje internacional (daños a la carga transportada): «El asegurador quedará exento de toda o cualquier responsabilidad u obligación derivada de este seguro, sin reem-

El efecto en comento es aplicado por la jurisprudencia para la falta de aviso del siniestro. En los casos en que existen estipulaciones respecto a la carga de notificación, los tribunales las aplican con preferencia a la disposición del artículo 556 N.° 5 del Código de Comercio[203]. Consideramos que esta interpretación es correcta, salvo cuando las pólizas impongan plazos de notificación inferiores a los establecidos en la ley, pues en este caso puede estimarse, atendidas las circunstancias, que estamos ante una cláusula abusiva.

b) Extensión del efecto

¿Qué ocurre si una parte no notifica un reclamo? ¿El asegurador se libera de la responsabilidad por el siniestro relativo al reclamo no declarado a tiempo, o bien, se libera de su responsabilidad por todos los siniestros de la póliza?

A pesar de su redacción amplia, la cláusula de estilo libera al asegurador de la responsabilidad por la inobservancia de la carga, pero sólo en relación con el siniestro en el que la carga incide. A esta interpretación puede llegarse aplicando la regla *contra proferentem* (artículo 3 e del DFL 251 de 1931), pues la redacción no es clara en cuanto a la extensión de la irresponsabilidad pactada[204]. Además, puede arribarse a la misma conclusión aplicando el principio de conservación del contrato. Por otro lado, el asegurado podría alegar exitosamente que no hay perjuicio para el asegurador.

---

bolso alguno al asegurado, cuando éste o su representante, agentes o empleados: a) incumplan los plazos, no efectúen las comunicaciones debidas o no cumplan cualesquiera de las obligaciones que le corresponden según las condiciones del presente seguro». Artículo 20 POL 1 03 051 responsabilidad civil médica: «La infracción por el asegurado de cualquiera de las obligaciones que le impone el presente contrato o de las normas legales que lo rigen, dará derecho a la Compañía de Seguros a eximirse de toda responsabilidad de indemnizar el respectivo siniestro».

[203] Árbitro Rafael Gómez Balmaceda, sentencia de 21 de junio de 2002, (Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA). En el mismo sentido, SVS en sentencia de 22 de diciembre de 1928 (CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 329 (fallo 5)).

[204] Muchas veces las pólizas se refieren al «respectivo siniestro» (*v. gr.* artículo 14 POL 1 91 08 responsabilidad civil), o «el siniestro de que se trate» (*v. gr.* artículo 15 POL 1 97 008 responsabilidad civil) lo que aclara la extensión de la liberación. Pero en ocasiones la cláusula habla de liberación de todas las obligaciones debidas por esta póliza, sin señalar con claridad si son todas las relativas al contrato, o todas las relativas al siniestro. Si fuesen todas las relativas al contrato, debería indicarse entonces, para mayor claridad, que se produce la *resolución* del mismo.

También puede argüirse que sería contrario a la función de la estipulación extender la sanción a otros casos.

Por último, el asegurador mantiene su derecho a cobrar las primas debidas. Esto es una manifestación de la supervivencia del contrato. Puede sostenerse, además, que un asegurador que niega el pago de la indemnización de otro siniestro, pero sigue cobrando primas, va contra sus propios actos.

9. Prueba de la inejecución

9.1. *Common Law*

Determinar si la notificación ha sido dada en conformidad con las cláusulas de la póliza, es una cuestión de hecho. La carga de la prueba corresponde al asegurador, quien debe establecer que ha habido inejecución de la carga de notificar[205].

En Estados Unidos se ha exigido, además, que el asegurador pruebe perjuicio por la falta de notificación. La Corte de Apelación de Carolina del Norte ha establecido que existe un patrón estándar de prueba, que consiste en cargas secuenciales de prueba que corresponden a las partes: «(1) Primero, el asegurador debe demostrar que no recibió la notificación a tiempo. Esto requiere un examen de los términos del contrato envueltos y de toda disposición legal, reglamentaria o administrativa aplicable.

(2) Segundo, los asegurados deben demostrar que han actuado de buena fe, por ejemplo, de que no tenían real conocimiento de que se les fuera a demandar.

(3) El asegurador debe demostrar que su posibilidad de investigar y defender fue determinantemente perjudicada por el retraso.

Los criterios dos y tres son típicamente cuestiones de hecho, que son determinados por la circunstancia que los activa o gatilla»[206].

9.2. España

En la legislación española, la inejecución de la notificación es vista más como un deber que como una carga. La consecuencia de la inejecución es

[205] Derrington y Ashton, *op. cit.*, p. 433.

[206] Lewis Leonhart, G., *op. cit.*, pp. 322-323.

la posibilidad de reclamar perjuicios, por lo que se requiere que el asegurado acredite los presupuestos de la acción de perjuicios. En consecuencia:

i) El asegurador debe probar que ha habido culpa o dolo de quien haya incumplido el deber.
ii) Debe probar que el incumplimiento le ha provocado daño, y la cuantía de los perjuicios.
iii) Debe probar nexo causal entre el incumplimiento y el daño[207].

9.3. Argentina

Stiglitz y Stiglitz afirman que la prueba de la denuncia del siniestro corresponde al asegurado, porque es él quien debe acreditar el hecho cuando sea controvertido. Este hecho es el presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico consistente en la prestación convenida[208].

Disentimos de esta opinión, pues una cosa es que el asegurado pueda oponerse con pruebas a la negación de su derecho, y otra distinta es que le corresponda la carga de la prueba. Si el asegurador se opone a la ejecución de su obligación, debe probar los hechos que fundan su oposición, a menos que se trate de una prueba de hechos negativos.

Para que la carga de notificación pactada en la póliza pueda darse por inobservada, debe haber sido inejecutada, o ejecutada de manera deficiente, por culpa o dolo del asegurado. En consecuencia, se requiere que el asegurador pruebe la culpa o dolo en la inejecución[209].

En todo caso, la doctrina argentina también condiciona el efecto de la carga inejecutada a la existencia de perjuicios para el asegurador. De este

---

[207] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, pp. 449-451; OLAVARRÍA, J., *op. cit.*, pp. 241-243; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 294-295.

[208] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 409.

[209] No obstante, aun si la notificación es deficiente por resultar errónea, se ha sostenido que la sanción es la misma. En consecuencia, al sujeto pasivo de la carga no se le impone sólo un grado de diligencia en el cumplimiento, sino que la carga también le traspasa el riesgo del error. A pesar de que esto pueda estimarse demasiado gravoso para el asegurado, no lo es tanto en razón de que la exigencia del contenido informativo de esta carga, como hemos venido sosteniendo, es bajo. Se trata sólo de lo que una persona razonablemente puede percatar o comprender, no de una información detallada (STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 382). Señalan estos autores, además, que «tratándose, como lo es, de una declaración recepticia de conocimiento, su contenido se debe corresponder con la verdad de lo acontecido. Si el *propósito* [cursiva agregada] de la carga, o uno de ellos, es colocar al asegurador en condiciones de establecer si el siniestro denunciado pertenece al riesgo contratado, y aun así, si se halla obligado a indemnizar, va de suyo que si el contenido no es real o es inexacto, la carga no ha sido observada».

modo, el asegurador no puede oponerse al pago de la indemnización, a menos que pruebe que ha sufrido perjuicio. Este daño consiste en que la falsedad de la declaración, ha afectado de manera esencial la formación del juicio respecto de las características del siniestro. El otro lado de la moneda consiste en que, si efectivamente ha habido perjuicio para el asegurador, parte de la doctrina propugna que éste no solamente puede oponerse válidamente al pago de la indemnización. Tiene, adicionalmente, el derecho a repetir lo pagado, de manera absoluta o sólo el exceso, además del derecho a ser resarcido de otros daños y perjuicios[210].

9.4. Derecho nacional

En los juicios sobre contrato de seguro, generalmente el asegurado es el demandante, quien solicita judicialmente el reconocimiento y la ejecución de su derecho a ser indemnizado. El asegurador, que niega este derecho, se defiende oponiendo excepciones.

La inejecución de la carga es una de estas excepciones. En consecuencia, corresponde que el asegurador pruebe su excepción[211]. ¿Qué debe probar específicamente? Debe probar que no se ha ejecutado la carga, ya sea en el fondo o en la forma. Con respecto al fondo, el asegurador deberá probar que la declaración del asegurado no ha sido suficiente para determinar las circunstancias fundamentales de un reclamo o de un hecho del cual puede surgir responsabilidad civil cubierta por la póliza[212]. En cuanto a la forma, puede existir inejecución imperfecta por ser fuera de plazo, o por no cumplir los requisitos de forma. Con respecto al plazo, debe acreditar la época del hecho que activó o gatilló el transcurso del plazo. Con relación a las formalidades, el asegurador debe probar que se le

[210] MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, p. 100.

[211] En contra, SVS, sentencia de 19 de diciembre de 1951 (CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 517 (fallo 98)).

[212] Si el asegurador prueba que hay error en la declaración, que obsta a una correcta determinación de las circunstancias básicas del hecho denunciado, se acredita la inejecución de la carga. Vale para nuestro derecho lo afirmado por DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 428: «la notificación de un accidente con circunstancias falsas, por ejemplo, una identificación falsa del conductor del vehículo asegurado al momento del accidente, constituye inobservancia de esta carga. Si la descripción errónea es seria y pretende que el asegurador a una dirección completamente opuesta de la verdad, puede estimarse notificación no del accidente en cuestión, sino de otro accidente. Tal notificación tendería a privar al asegurador de su oportunidad de averiguar apropiadamente sobre el accidente, por ejemplo, por medio del establecimiento de si hubo inejecución de cargas de la póliza».

notificó sin satisfacer alguno de los requisitos formales válidamente prescritos por la póliza[213].

No es necesario que el asegurador pruebe culpa, pues la imputabilidad subjetiva no es requisito de la inobservancia carga. Tampoco debe probar perjuicio, pues el efecto de la inejecución es sancionatorio, no de indemnización de perjuicios. Sin embargo, la falta de perjuicio puede alegarse como defensa del asegurado, para inhibir el efecto de la excepción del asegurador. Lo mismo con la imposibilidad de hecho.

Esto no quiere decir que el asegurado no pueda participar en la actividad probatoria. Por el contrario, si tiene antecedentes de que la notificación se ha realizado de forma correcta, debe acompañarlos al juicio[214]. La actividad probatoria es especialmente relevante respecto de esta carga, ya que el asegurado debe probar el hecho positivo de haber notificado, pues no puede exigirse al asegurado que pruebe un hecho negativo, especialmente si no ha existido notificación alguna. Pero esto no implica que le corresponda al asegurado la carga de la prueba, pues la actividad probatoria es una labor compleja, que requiere de los aportes de ambas partes del pleito[215].

10. Renuncia del efecto de la carga de notificación

10.1. *Common Law*

La renuncia al efecto de la inobservancia de la carga de notificación es apreciada con cierta estrictez en las jurisdicciones del *Common Law*. Para que se pueda entender que un asegurador ha renunciado a su excepción, se requiere que haya sabido que podía rechazar la cobertura e intencionalmente elija no hacerlo[216]. Las cortes norteamericanas requieren una dejación voluntaria e intencional de un derecho conocido, y conocimiento completo de los hechos de los que depende la excepción. Además, la mera negligencia en el ejercicio de su derecho no es suficiente para considerar que hay renuncia. Por último, debe reconocérsele al asegurador un tiempo razo-

[213] Pues debe recordarse que estos requisitos pueden considerarse, atendidas las circunstancias, abusivos y, en consecuencia, declararse nulos. Entre estas formalidades puede contarse la comparecencia personal del asegurado.

[214] *Vid* Peñailillo, D., *La prueba... op. cit.*, p. 60.

[215] En contra, Stiglitz, R. y Stiglitz, G., *op. cit.*, p. 409, quienes señalan que el peso de la prueba corresponde al asegurado.

[216] Lewis Leonhart, G., *op. cit.*, p. 352.

nable para investigar asuntos, como, por ejemplo, si el asegurador cumplió con los requisitos de la notificación establecidos en la póliza[217].

No obstante, parece haber una mayor laxitud para dar por establecida la renuncia a los requisitos formales de la notificación. Sostienen Derrington y Ashton que «el asegurador o su agente pueden renunciar expresamente o por conducta a las formalidades de la notificación. Por ejemplo, habiendo recibido notificación verbal, puede comportarse de manera de indicar al asegurado que las formalidades no serán requeridas»[218].

Asimismo, es menos exigente la prueba de la contravención de los propios actos. Es necesario acreditar que la conducta contradictoria fue voluntaria y consciente. Sin embargo, se ha sostenido que un asegurador no puede negar la cobertura por no haberse notificado por escrito, si ha aceptado la notificación oral en ocasiones anteriores[219]. También debe probarse que el asegurado ha confiado de buena fe en la conducta del asegurador y que ha sufrido daño[220]. Por lo tanto, si el asegurado envía el reclamo o demanda a su propio abogado, con instrucciones de que lo defienda, no hay *estoppel*[221].

La prueba de la renuncia o la contravención a los actos propios corresponde a quien la alega[222].

10.2 Argentina

El asegurador puede renunciar expresa o tácitamente a la sanción de la carga. Se estima que hay renuncia tácita si se continúa con la ejecución del contrato. Por ejemplo, si a pesar de la transgresión de la carga, se designa liquidador; si el asegurador cumple con la ejecución de cualquiera de sus obligaciones, o acepta que el asegurado cumpla las suyas. También se ha considerado que hay renuncia tácita cuando la carga deja de cumplir su función. Como, por ejemplo, si interviene en el salvamento o en la comprobación del siniestro, o si tiene conocimiento por algún otro medio de la realización del siniestro[223].

---

[217] *Ibidem*, p. 353.

[218] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 428.

[219] *Ibidem*, p. 354.

[220] LEWIS LEONHART, G., *op. cit.*, p. 354.

[221] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, 429.

[222] *Idem*.

[223] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 502. Pensamos que los casos en que la carga deja de cumplir su función, más que de renuncia, son de falta de perjuicio.

Otros casos de renuncia tácita, reconocidos por la jurisprudencia argentina son: si al acusar recibo de la notificación del siniestro, el asegurador no objeta el término en que es notificado; si el asegurador envía un inspector al lejano lugar del siniestro y encomienda un informe técnico; si la compañía aseguradora interviene en la avaluación de los daños del siniestro; si el asegurador declina su responsabilidad alegando otras razones, vinculadas a la delimitación del riesgo; si se acredita que el asegurador ordenó las reparaciones del vehículo asegurado, pagó los trabajos e incorporó su monto al rubro «reserva para siniestros pendientes»; si el asegurador en ningún momento manifestó inequívocamente su decisión de no dirigir el proceso, tomando a su cargo la defensa y la representación del asegurado[224].

10.3. Derecho nacional

Ni la ley ni la jurisprudencia o la doctrina se han pronunciado sobre este punto. Consideramos que, en Chile, la renuncia al efecto de la carga debe entenderse como una combinación de los casos de renuncia con contravención a los actos propios.

Para verificar si existe renuncia al efecto de la inejecución de la carga de notificación del reclamo en el seguro de responsabilidad civil, debemos recurrir a los criterios generales de renuncia del efecto de la carga en el seguro. Aplicados al caso en cuestión, los criterios son:

i) Verificar si el asegurador tuvo conocimiento de que no se le notificó a tiempo, o que la información fue errónea, o que no cumplió requisitos de forma.
ii) Deben probarse los hechos que constituyen indicio de que el asegurador pretende dar cumplimiento a su obligación de indemnizar, o bien, que pretende ignorar la inobservancia.
iii) Esta circunstancia debe ser capaz de provocar una impresión inequívoca de cumplimiento en una persona razonable.
iv) Debe ser suficiente para generar una expectativa válida para el asegurado, quien debe actuar, o abstenerse de actuar, confiando en esta expectativa.

[224] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, pp. 404-408.

11. DEFENSAS DEL ASEGURADO ANTE LA ALEGACIÓN DE INOBSERVANCIA DE LA CARGA DE NOTIFICACIÓN POR EL ASEGURADOR

11.1 *Common Law*

La ejecución de la carga de notificación es una condición necesaria para la cobertura. En consecuencia, mientras no haya una falta de notificación excusable, no hay cobertura[225]. ¿Cuándo hay falta de notificación excusable?

a) Ausencia de perjuicio

No existe uniformidad en el *Common Law* respecto a si la ausencia de perjuicio para el asegurador, es defensa suficiente ante su alegación de inobservancia de la carga de notificar el siniestro de responsabilidad civil. En la jurisdicción inglesa se ha sostenido, por ejemplo, que si el asegurador ha recibido prontamente la información de fuentes distintas que el asegurado, es innecesario que éste envíe los documentos relevantes y notifique[226]. Esto debido a que la entrega de la información sería inútil, y la ley nunca obliga a alguien a hacer algo innecesario o inútil. Sin embargo, el voto disidente en este fallo, como también la jurisprudencia australiana, han sostenido que en cuanto la observancia del deber sea reconocida como carga (*condition*), no se requiere perjuicio[227].

En Estados Unidos tampoco existe una solución homogénea entre los diversos estados. Existen tres grupos de estados según las reglas que adoptan.

El primero, liderado por Nueva York, aplica la *no prejudice rule*. Esto es, no se requiere perjuicio para dar por inobservada la carga de notificación. Sin embargo, para evitar la dureza de esta decisión estos estados adoptan una interpretación más favorable al asegurado respecto a lo que constituye la tardanza en la notificación.

En el segundo grupo (*v. gr.* Florida, Indiana, Iowa) no se adopta la *no prejudice rule*. No obstante, se presume que la inejecución de la carga provoca perjuicio al asegurador, presunción que puede ser destruida por el asegurado. Es una presunción simplemente legal de perjuicio (*rebuttable presumption*).

---

[225] FISCHER, E.; SWISHER, P., y STEMPEL, J., *op. cit.*, p. 517.

[226] *Barret Bros (Taxis) Ltd v Davies* (1996) WLR 1334.

[227] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 422.

El tercer grupo (California, Kansas, Luisiana, Massachusetts), que es el mayoritario, reconoce la norma por la cual es el asegurador quien debe probar que la falta de aviso le ha generado perjuicio, para poder evitar el pago de la indemnización[228].

b) Inobservancia sin culpa e imposibilidad

En Estados Unidos, las defensas del asegurado distintas de la falta de perjuicio, corresponden a una colección de circunstancias que transitan entre lo que los juristas del derecho continental consideran ausencia de culpa e imposibilidad. Se percibe con especial intensidad, en este reconocimiento de defensas, el análisis casuístico propio del *Common Law*. Es más, cada uno de los casos que mencionaremos no constituyen propiamente defensas. Corresponden, más bien, a circunstancias que, en atención a los hechos concretos, pueden erigirse como obstáculos a la alegación de inejecución de la carga de notificación.

Estas circunstancias corresponden a la creencia del asegurado de que:

i) No es responsable. La corte debe analizar los hechos, y verificar si las circunstancias conocidas por el asegurado sugieren a una persona razonable la creencia de ausencia de responsabilidad.
ii) No será demandado. Nuevamente se requiere una revisión casuista de las circunstancias que razonablemente pueden llevar a esta conclusión. Esta defensa justifica el retraso de la notificación del reclamo, pero no la falta de comunicación de la demanda.
iii) No es responsable, aun después que ha sido demandado. Puede justificar el retraso si el demandado, actuando como una persona razonablemente prudente, cree que no es responsable de los daños. Es difícil que esta alegación sea acogida.
iv) Un accidente o incidente razonablemente estimado trivial que resulta en o no exhibe aparente daño. Esta defensa es más exitosa. A nuestro entender, lo es porque se acerca más a un verdadero caso de imprevisibilidad. Ha sido utilizada, por ejemplo, para justificar la falta de aviso del hecho de haber provocado daños mediante el uso de asbesto, en la época en que eran desconocidos los efectos dañinos de ese material.
v) No tiene cobertura. Por ejemplo, si el asegurado se sometió a una exclusión de cobertura determinada en la póliza, sin saber que la ley del estado prohíbe tal exclusión[229].

---

[228] FISCHER, E.; SWISHER, P., y STEMPEL, J., *op. cit.*, p. 518.
[229] LEWIS LEONHART, G., *op. cit.*, pp. 336-343.

En general, los criterios para enjuiciar la relevancia de las circunstancias alegadas son: el lenguaje de la cláusula de notificación, la sofisticación del asegurado en negocios y en asuntos de seguros; la situación del asegurado de estar al tanto de que existe una demanda pendiente; una vez al tanto, la diligencia del asegurado en discernir si existía cobertura disponible en la póliza contratada[230].

11.2. España

La doctrina española coincide en que, ante el incumplimiento del deber de notificación impuesto en el artículo 16 Ley de Contrato de Seguro, el asegurador puede exigir indemnización de perjuicios. En consecuencia, el asegurador debe probar que ha existido falta de declaración o que ésta ha sido tardía o defectuosa, que ésta es imputable a culpa o dolo del sujeto pasivo del deber, y que el incumplimiento le ha provocado daño[231].

Por lo tanto, las defensas del asegurado son todas aquellas que se dirigen a desvirtuar alguno de estos requisitos: ausencia de culpa, imposibilidad, ausencia de perjuicio. Además, la carga de la prueba favorece al asegurado. Por consiguiente, ni siquiera es necesario que el asegurado pruebe la ausencia de alguno de estos factores (aunque es evidente que le será conveniente hacerlo), sino que basta que se verifique en el juicio que alguno de estos tres requisitos no ha sido probado por el asegurador.

Ahora bien, estimamos que en España la culpa se presume por el incumplimiento. No obstante, su reconocimiento como requisito de la sanción abre la puerta a todas aquellas circunstancias que pueden constituir defensas en el *Common Law*. Por ejemplo, el asegurado puede probar la ausencia de culpa en el no reconocimiento del hecho dañoso que activa el plazo para notificar.

11.3. Argentina

El artículo 47 Ley de Seguros establece que el asegurado pierde su derecho a ser indemnizado si incumple la carga de notificación, salvo que se acredite caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia. No se menciona la ausencia de perjuicio como defensa, tam-

[230] *Ibidem*, p. 334.

[231] Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., «Comunicación...» *op. cit.*, p. 295.

poco como requisito del efecto liberatorio de la carga inobservada. En consecuencia, la falta de perjuicio no constituye defensa[232].

Del tenor del artículo 47 Ley de Seguros, es indiscutido que el caso fortuito es defensa suficiente para inhibir la caducidad. Menos claro es el significado de la expresión «imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia». A este respecto, la doctrina coincide en señalar que la norma tiene como intención ampliar el radio de excusabilidad, sin necesidad de forzar el concepto de fuerza mayor o caso fortuito[233]. Nuestra impresión es que esta expresión intenta hacer inconcusa la inaplicabilidad de la caducidad a los casos de imprevisibilidad, es decir, a aquellas circunstancias en que el asegurado no pudo razonablemente anticipar el reclamo o la demanda de responsabilidad civil.

Son ejemplos de defensas la detención del asegurado, con incomunicación, y el estado grave del asegurado, que le impida encomendar la ejecución a un tercero[234]. En cambio, se ha resuelto que no es demora excusable la provocada por: la detención sin incomunicación, el viaje del asegurado, el estado físico que no impide suministrar la información por medio de terceros. Tampoco la falta de denuncia por consejo del agente, a menos que actúe en representación del asegurador[235]. Atendidas las circunstancias, la detención sin incomunicación y la gravedad de la enfermedad, sin pérdida de conciencia, pueden alegarse como imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia[236]. Por su parte, la ignorancia del heredero acerca del seguro excusa la demora[237].

11.4. Derecho nacional

a) Ausencia de perjuicio

La ausencia de perjuicio para el asegurador no constituye una defensa establecida ni por la ley ni por las pólizas. Sin embargo, la jurisprudencia la

---

[232] Debe recordarse que el perjuicio es requisito sólo cuando la carga es convencional (artículos 36 a y b LS). Este es un caso de carga legal, en que las defensas están establecidas en el artículo 47 LS. En el caso chileno, *vid supra* «ausencia de perjucio», p. 269.

[233] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 498; STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 402, señala que la norma «facilita la interpretación de supuestos en que la falta de denuncia o la demora es excusable, aun cuando no hallemos configurados la totalidad de los componentes del *casus*».

[234] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 500; STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 402.

[235] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, pp. 501-502.

[236] *Ibidem*, p. 501.

[237] *Idem*.

ha reconocido en repetidas ocasiones, sosteniendo que el hecho de que el asegurado no haya avisado a la compañía de la ocurrencia del siniestro dentro del término de tercer día que contempla el artículo 556 N.° 5 del Código de Comercio, no es causa suficiente para que la compañía se niegue a pagar la indemnización si dicha circunstancia no le ha causado perjuicio alguno[238]. La ausencia de perjuicio generalmente se vincula al conocimiento del siniestro, aunque no son lo mismo.

Esta defensa permite que el asegurado inhiba el efecto de la observancia formalmente incorrecta de la carga. De este modo, si el asegurado no notifica por escrito, o bien, no notifica personalmente, teniendo este deber por establecerlo la póliza, puede de todas formas inhibir el efecto liberatorio de la carga probando que el asegurador no sufrió perjuicio por esta circunstancia. Generalmente, la falta de perjuicio es una consecuencia de que el asegurador haya conocido el reclamo a tiempo.

Más aún, la defensa de la falta de perjuicio permite al asegurado inhibir el efecto liberatorio de la carga en caso de notificación extemporánea. Para ello, el asegurado debe demostrar que el asegurador pudo dar suficiente protección a sus intereses, a pesar de la notificación tardía. En consecuencia, si demuestra que la notificación ha cumplido su función, a pesar del retraso, conserva su derecho a ser indemnizado.

b) Conocimiento del siniestro

Es una defensa específicamente reconocida para la carga de notificación por la jurisprudencia. Consiste en que el asegurador se informa de manera suficiente del reclamo contra el asegurado por una vía distinta a la de los sujetos pasivos de la carga. Puede sostenerse que es una manifestación de la ausencia de perjuicio. Pero la diferencia es que en este caso al asegurado le basta alegar el conocimiento, sin necesidad de probar que el asegurador no sufrió perjuicio. De todas formas, los fallos dan a entender que el conocimiento inhibe por sí mismo la existencia de perjuicio, constituyéndose en una suerte de presunción de derecho de la ausencia de perjuicio[239].

El conocimiento del siniestro también puede erigirse como un obstáculo a la liberación de responsabilidad del asegurador, en razón de que el asegurado no haya observado los requisitos formales de la notificación.

---

[238] CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 351 (fallo 18), v. 2, p. 556 (fallo 116).

[239] CONTRERAS, O., *Jurisprudencia... op. cit.*, v. 2, p. 370 (fallo 28), v. 2, p. 412 (fallo 51).

Para constituir una defensa exitosa ante el asegurador, el conocimiento debe ser funcionalmente suficiente. Esto quiere decir que debe tratarse de un conocimiento que permita al asegurador estar al tanto de las circunstancias esenciales del siniestro, para adoptar las medidas inmediatas necesarias para reunir pruebas y evitar la extensión del siniestro.

c) Imposibilidad

Es la defensa más relevante para el asegurado. Consiste en que el asegurado no puede ejecutar o ejecutar correctamente la carga de notificación, en razón de existir una causa imprevista e irresistible que le impide la observancia de la carga.

La imposibilidad es reconocida expresamente por algunas pólizas de responsabilidad civil, como circunstancia que impide la liberación del asegurador[240]. Sin embargo, la mayoría de las pólizas no la reconoce expresamente como defensa. Pero esto no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia reconozca a la imposibilidad como defensa con carácter general[241].

La imposibilidad puede tener lugar tanto respecto a la posibilidad de enterarse del siniestro, como respecto a la habilidad de hacer llegar la notificación a tiempo al asegurador.

c.1) Imposibilidad de percatarse del hecho que genera responsabilidad cubierta por la póliza

Con respecto a la imposibilidad de percatarse de la producción del siniestro, el conocimiento del reclamo o del hecho que puede generar responsabilidad civil puede considerarse un requisito fáctico de la aplicación de la carga. Así se desprende, por lo general, del tenor de las cláusulas que establecen la carga[242]. Por lo tanto, basta probar el desconocimiento del siniestro para evitar el efecto liberatorio de la carga.

---

[240] *V. gr.* POL 1 89 023 seguro de responsabilidad civil del transportador por carretera en viaje internacional (daños a la carga transportada). Cláusula 11. Siniestro: «En caso de siniestro cubierto por esta póliza el asegurado se obliga a cumplir las siguientes disposiciones:

a) Dar inmediato aviso al asegurador, por escrito, en el plazo de hasta 3 (tres) días corridos, contados desde la fecha de conocimiento del siniestro, a menos que pruebe la imposibilidad de observancia del plazo, derivado de caso fortuito o fuerza mayor».

[241] C. Sup., 17 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 8, secc. 1.ª, p. 310; y Rafael Gómez Balmaceda en su sentencia de 18 de octubre de 2000, Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA.

[242] «Contados desde la recepción de la noticia» (artículo 10 POL 191 080 responsabilidad civil); «tan pronto como tenga conocimiento de las reclamaciones o demandas recibidas

Más difícil es determinar si puede alegarse exitosamente la defensa, por parte del asegurado que conoce la circunstancia o el hecho que genera responsabilidad cubierta por la póliza, pero que no lo notifica por considerar, en su momento, que el hecho no generará responsabilidad civil. La dificultad radica en que puede considerarse que se trataría de una alegación de haber actuado con debida diligencia, siendo que, como hemos sostenido, el asegurado no puede inhibir el efecto de la carga alegando ausencia de culpa.

Nuestra opinión es que puede alegarse exitosamente que el asegurado no pudo enterarse de que el hecho provocaría responsabilidad cubierta en la póliza. Así parece haberlo entendido la jurisprudencia, que ha reconocido que el desconocimiento de los efectos de un hecho inhibe el efecto de la carga, si se prueba que ese desconocimiento es insuperable, atendidas las posibilidades del asegurado[243].

c.2) Imposibilidad de hacer llegar la notificación a tiempo al asegurador

La jurisprudencia nacional ha sostenido que el hecho de estar privado de libertad constituye imposibilidad para notificar el siniestro[244]. Pero debe tenerse presente que la imposibilidad es una cuestión de hecho, que debe verificarse caso a caso. Respecto de dificultades de salud, la jurisprudencia

---

por él o sus representantes» (cláusula 8 a POL 1 98 035 seguro de responsabilidad civil médica); «si el asegurado recibiere cualquier reclamo o queja en su contra, avisará oportunamente por escrito a la Compañía por cualquier medio fehaciente» (artículo 15 POL 1 02 031).

[243] Así se desprende del fallo del árbitro Rafael Gómez Balmaceda, de 18 de octubre de 2000, Jurisprudencia del Centro de Arbitrajes de la sección chilena de AIDA. En este caso, el asegurado, un productor de ostiones, se percató del crecimiento inusual de algas en el sector del cultivo. Este «*boom* fitoplanctónico» tuvo lugar desde noviembre de 1995 a marzo de 1996. El crecimiento de algas provocó la exacerbación del crecimiento de «Larvas de Ciona», cuya multiplicación privó de oxígeno y espacio a los moluscos, que murieron de inanición. La denuncia de siniestro se efectuó el 4 de abril de 1996, existiendo un plazo para el asegurado de 72 horas para realizarla. Sin embargo, se falló que el asegurado tenía derecho a ser indemnizado, pues su desconocimiento de los efectos del «*boom* fitoplanctónico» era justificado. El fundamento del fallo estriba en que, al momento del siniestro, los exámenes de laboratorio encargados a la Universidad de Chile y al Servicio Nacional de Pesca no fueron capaces de detectar la existencia de las «Larvas de Ciona». En consecuencia, no fue posible para el asegurado enterarse de que el hecho de la proliferación de algas podía constituir un siniestro. Si bien este fallo no recae sobre un seguro de responsabilidad civil, constituye un criterio aplicable, en general, a las cargas de notificación. El asegurado que, atendidas sus circunstancias, no puede percatarse de las consecuencias del hecho que genera un siniestro cubierto, no puede ser privado de su indemnización.

[244] C. Sup., 9 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 7, secc. 1.ª, p. 342; C. Sup., 17 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 8, secc. 1.ª, p. 310.

francesa ha sostenido que no toda enfermedad del asegurado lo priva irresistiblemente de la posibilidad de notificar. De este modo, es imposibilidad la pérdida de conciencia, pero no una enfermedad leve que permite encargar a otro la notificación[245].

c.3) Efecto de la imposibilidad

La jurisprudencia ha resuelto que la imposibilidad no extingue la carga de notificación, sino que suspende el plazo dentro del cual debe darse el aviso, e inhibe de este modo el efecto liberatorio de la carga[246]. En consecuencia, una vez que ha cesado el impedimento, el asegurado reasume su carga de notificar, y continúa corriendo el plazo. Debe computarse, si la imposibilidad es posterior al reclamo, el tiempo transcurrido antes del surgimiento de la imposibilidad.

Esto no quiere decir que el asegurador pueda oponer indefinidamente la falta de notificación al asegurado. Puede ocurrir que, antes de recibir la notificación del reclamo por parte del asegurado, el asegurador se entere por otro medio. En este caso, si la información recibida es funcionalmente completa, el asegurado se exime de la carga definitivamente. Esto queda usualmente de manifiesto si el asegurador, a pesar de no haber sido notificado, requiere informaciones complementarias al asegurado[247].

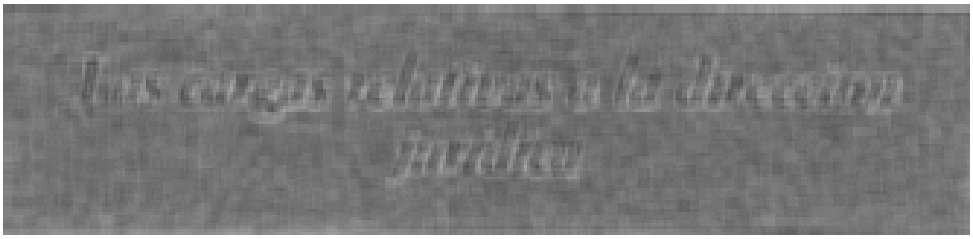
---

[245] PICARD, M., y BESSON, A., *op. cit.*, p. 213.

[246] C. Sup., 9 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 7, secc. 1.ª, p. 342; C. Sup., 17 de agosto de 1910, *RDJ*, t. 8, secc. 1.ª, p. 310.

[247] GÓMEZ SEGADE, J., *op. cit.*, p. 454. *Vid supra* «información complementaria y administración de riesgos», p. 404.

XII



1. La carga de no reconocer la propia responsabilidad

1.1. *Common Law*

a) Concepto de reconocimiento

Las pólizas de responsabilidad civil suelen contener una cláusula, que prohíbe el reconocimiento del asegurado de su responsabilidad civil cubierta[1]. Si bien las pólizas no definen lo que es «reconocimiento» (*admission*), la jurisprudencia ha definido la expresión como «una afirmación de o tendiente a probar la responsabilidad del asegurado, hecha por él mismo, y que está abierta al uso del reclamante (demandante) o quizás del codemandado, con el propósito de atribuir la responsabilidad al asegurado (y, en consecuencia, al asegurador)»[2].

b) Alcance de la prohibición de reconocimiento

El reconocimiento prohibido es aquel no autorizado de buena fe por el asegurador. Por esto, la falta de consentimiento arbitraria y contraria a la buena fe del asegurador, autoriza al asegurado a admitir su responsabilidad, sin perder la cobertura. Además, el asegurado sólo tiene el poder de con-

[1] Birds, J., y Hird, N., *op. cit.*, p. 349, señalan que la cláusula estándar que prohíbe la admisión de responsabilidad es la que sigue: «Ninguna admisión de responsabilidad u oferta o promesa de pago, sea expresa o implícita, se hará sin el consentimiento expreso del asegurador, quien tendrá la opción, a su propio juicio, de asumir y conducir, en nombre del asegurado, la defensa o transacción de cualquier reclamo».

[2] Derrington y Ashton, *op. cit.*, p. 416.

sentir para amparar sus intereses. Por consiguiente, no afecta a la cobertura que el asegurado realice una transacción de manera independiente a su contrato de seguro[3]. La prohibición de reconocimiento se aplica tanto si el asegurador asume o no asume la defensa del asegurado. Pero se ha puesto de manifiesto que el derecho del asegurador a oponerse al reconocimiento, no es un derecho absoluto, sino que debe ejercerse de buena fe y considerando los intereses del asegurado[4]. Además, se ha fallado que el asegurado puede acreditar que la transacción celebrada fue razonable. De este modo, «una cláusula que prohíbe todo reconocimiento, promesa o acuerdo, no obstará a la indemnización si el acuerdo o la transacción no fueron "imprudentes, no razonables o de mala fe"»[5].

Por otra parte, no es lo mismo admitir la responsabilidad que admitir que se ha causado un daño, pues esto último no es sinónimo de admitir responsabilidad. En consecuencia, debe examinarse con detención la póliza para verificar si prohíbe reconocimientos en general o sólo reconocimientos de responsabilidad[6]. Sin embargo, debe tenerse presente que la cláusula no puede imponer al asegurado la conducta de mentir sobre los hechos, ni tampoco esconder la verdad que él conoce o no ha debido menos que conocer[7].

c) Efecto del reconocimiento. Sanción

Generalmente esta prohibición se pacta como *condition*, por lo que la inejecución libera al asegurador de su obligación de indemnizar[8]. No es necesario que exista perjuicio para el asegurador. Pero aun si se estimara que el asegurador debe probar perjuicio por la inejecución, es difícil que el

---

[3] *Idem*. Desde nuestra perspectiva, es difícil vislumbrar un caso de reconocimiento de responsabilidad del asegurado que no afecte o pueda afectar la responsabilidad del asegurador.

[4] ENRIGHT, W. I. B., *Professional indemnity insurance law*, Sweet and Maxwell, London, 1996, p. 713. Debe tenerse presente, además, las posibles intervenciones legales o jurisprudenciales que modifiquen las reglas generales del *Common Law*, en virtud de las cuales se imponga al asegurador la obligación de contestar dentro de un plazo, a requerimiento del asegurado, si asumirá o no la defensa. Si el asegurador incumple esta obligación, pierde su derecho de oponer la inejecución de la carga de prohibición de reconocimiento (*V. gr.* sección 41 ICA).

[5] ENRIGHT, W., *op. cit.*, p. 714, citando *General Omnibus Co. v. London General Insurance* (1932) 66 Ir. L. R. 96 at 98.

[6] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 418

[7] ENRIGHT, W., *op. cit.*, pp. 712-713.

[8] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 416. Para otros (ENRIGHT, W., *op. cit.*, pp. 712), el contrato generalmente será *voidable*. Esto significa que el contrato es, más bien, un acto válido en su origen que puede estimarse ineficaz, y no un acto inválido de origen que puede ra-

asegurado lograse demostrar que no ha habido perjuicio, pues el asegurador «podría siempre argüir que podría perfectamente haber persuadido al tercero de aceptar un arreglo por una suma inferior»[9].

d) Sujeto pasivo de la carga

Para que la carga se considere inobservada, es necesario que sea el propio asegurado quien reconozca su responsabilidad, o bien, que lo haga alguien que tenga poder suficiente de representarlo para estos efectos[10]. En consecuencia, el reconocimiento hecho por un director o ejecutivo, si el asegurado es una persona jurídica, es oponible al asegurador. No así el reconocimiento realizado por un empleado que no es considerado representante del asegurado, y al que no está autorizado a realizar este reconocimiento, a pesar de que la póliza señale expresamente que la prohibición de reconocimiento se extiende a estas personas[11].

1.2. España

a) Regulación del deber de no reconocer la propia responsabilidad

El artículo 74 Ley de Contrato de Seguro, que regula la dirección del proceso, no hace mención expresa del deber de no reconocer la propia responsabilidad. Sin embargo, las condiciones generales contemplan expresamente esta prohibición que, por lo demás, se deriva de la dirección del proceso[12].

---

tificarse (*vid* voz *voidable* en BLACK, H. C. *et al.*, *Black's law dictionary*, West, 6.ª edic., St. Paul, Minn., 1990, p. 1574).

[9] BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 349.

[10] ENRIGHT, W., *op. cit.*, p. 714.

[11] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 416. Los autores citados ponen como ejemplo el caso de un trabajador que debe cumplir una función específica. Éste usualmente «no está autorizado a realizar reconocimientos y, por lo tanto, una exclamación suya como parte de su *res gestae* o un reconocimiento hecho sin autorización después del evento no constituirá inobservancia de la cláusula» (Véase *Tustin v. Arnold & Sons* (1915) 84 LJKB 2214).

[12] SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, «Dirección jurídica» en *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez (dir.), Aranzadi, 2.ª edic., Navarra, 2001, p. 1269. El autor cita el artículo 15.2 de la póliza de UNESPA (la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras es la organización patronal de las empresas de seguros que operan en el mercado español. Más de 300 entidades, que superan el 90% del mercado asegurador, forman parte de ella). El artículo señala que el asegurado no podrá «negociar, admitir, o rechazar ninguna reclamación sin la autorización del asegurador».

b) Alcance de la prohibición de reconocimiento

La prohibición no es absoluta, sino que lo que se impide es que el reconocimiento se realice sin la autorización del asegurador[13]. La prohibición comprende actos de reconocimiento expresos y tácitos, sin perjuicio del deber del asegurado de declarar ante la autoridad competente[14]. En este sentido, se ha señalado que la cláusula no puede imponer al asegurado un comportamiento ilícito o contrario a la buena fe. Por lo tanto, el asegurado puede reconocer todos lo hechos que sean ciertos. Lo que no puede hacer es valorarlos jurídicamente[15]. Debe tenerse presente, además, que «cuando el asegurador rechaza la cobertura o es el asegurado quien debe gestionar su propia defensa por existencia de un conflicto de intereses, decaen estos deberes y el asegurado queda desligado de toda obligación al respecto»[16].

c) Efecto del reconocimiento. Sanción

Debe distinguirse si el reconocimiento se hace con culpa o dolo. Existe dolo si hay colusión entre el asegurado y el tercero dañado, para lograr un aumento de la indemnización debida. En este caso, por aplicación del artículo 17 párrafo 2 Ley de Contrato de Seguro, se admite que el asegurador se libere de su obligación de indemnizar. En los demás casos de reconocimiento existe culpa, y la sanción es la indemnización de perjuicios a favor del asegurador[17].

1.3. Argentina

a) Regulación de la carga de no reconocer la propia responsabilidad

La carga está brevemente reconocida en el artículo 116 Ley de Seguros, que establece que el asegurado no puede reconocer su responsabilidad sin

---

[13] CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 112.

[14] PERÁN ORTEGA, JUAN, *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 219. Entre los actos de reconocimiento tácito, se incluye el pago al tercero, ya que ese pago implica reconocerse como deudor (SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1269).

[15] CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 113; SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, pp. 1269-1270.

[16] CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 113.

[17] *Ibidem*, p. 112; SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1270.

anuencia del asegurador. Las pólizas de seguros de responsabilidad reconocen esta carga con mayor detalle[18].

b) Alcance de la prohibición de reconocimiento

Esta carga sólo tiene aplicación en los casos en que el asegurador asume la dirección del proceso o la gestión del siniestro[19]. La doctrina coincide en que por medio de esta carga no se prohíbe reconocer la materialidad de los hechos, al ser interrogado judicialmente. Tampoco impone mentir ni privar a la justicia de una fuente de información[20]. Lo que se impide es que el asegurado haga una valoración sobre su responsabilidad, pues la función de la carga «apunta a que el asegurado, con su comportamiento, no obstaculice la gestión de la litis por el asegurador, y una justa liquidación del daño»[21]. En este sentido, cualquier acto que reconoce expresa o tácitamente la responsabilidad del asegurado contraviene esta finalidad. Por lo tanto, un pago realizado, o la constitución de un título que represente una promesa de pago de los daños, constituyen reconocimiento para estos efectos[22].

c) Efecto del reconocimiento. Sanción

El artículo 116 no establece una sanción expresa. Existen dos posiciones en la doctrina con respecto a cuál es la sanción que corresponde. Para Halperín, esta carga es una aplicación de la carga de salvamento, reconocida en el artículo 72 Ley de Seguros. Por lo tanto, no puede pactarse la caducidad, sino que se aplica la sanción prevista en el mismo artículo 72 Ley de Seguros[23]. Por su parte, Stiglitz y Stiglitz señalan que si el asegurador prueba la culpa del asegurado, y que de la inejecución de la carga resulta mayor extensión de su obligación principal, se libera de ésta en aplicación del régimen de las caducidades convencionales[24].

---

[18] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 501.

[19] *Idem.*

[20] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 530.

[21] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 503.

[22] *Ibidem*, p. 504.

[23] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 530. En su parte pertinente, el artículo 72 señala que «si el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar en la medida que el daño habría resultado menor sin esa violación».

[24] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, pp. 505-506.

d) Sujeto pasivo de la carga

La regla en el derecho argentino es que la prohibición sólo recae en el asegurado, no en sus dependientes ni en aquellas personas por las cuales responde[25].

1.4. Derecho nacional

a) Regulación convencional

Las pólizas de responsabilidad civil usualmente establecen esta carga a propósito de las obligaciones del asegurado. La mayoría de las pólizas la contemplan en conjunto con la carga de no celebrar transacción sin autorización del asegurador[26]. Al no existir norma legal, jurisprudencia ni doctrina que se pronuncien sobre esta carga, debemos interpretar las reglas contractuales a la luz de la doctrina extranjera y del Derecho común de obligaciones.

b) Concepto

Debe entenderse por reconocimiento, para estos efectos, toda afirmación o hecho, expreso o tácito, que califique o sirva para calificar jurídicamente la conducta dañosa del asegurado como generadora de responsabilidad civil[27].

---

[25] *Ibidem*, p. 503.

[26] *V. gr.* artículo 13 POL 1 91 080 responsabilidad civil: «sin el consentimiento escrito de la compañía, queda prohibido al asegurado admitir o reconocer su responsabilidad o lo bien fundado de una reclamación presentada por terceros, ni celebrar cualquier arreglo extrajudicial, pagar todo o parte del daño o entablar acciones judiciales». Cláusula 8 POL 1 98 035 responsabilidad civil profesiones médicas: «no será oponible a la Compañía cualquier reconocimiento de deuda, transacción, convenio u otro vínculo jurídico que implique reconocimiento de responsabilidad del asegurado, concertado sin consentimiento de la propia Compañía, con el fin de aparentar una responsabilidad que, de otro modo, sería inexistente o superior a la real».

[27] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 503; DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 416.

c) Función

La función de esta carga es evitar la colusión entre el asegurado y la víctima y, en general, que se obstaculice la capacidad de negociación y gestión del siniestro y la litis por parte del asegurador[28].

d) Alcance de la prohibición de reconocimiento

El alcance de la carga está dado por su función. Por lo tanto, si el asegurador considera que no vale la pena negar el reconocimiento, no cabe entender inejecutada la carga. Usualmente se impone que debe otorgarse autorización escrita, pero si se otorga autorización oral, el asegurador no puede luego contradecirse. Se trataría de un caso de renuncia de la carga[29].

En ciertas pólizas, también se reconoce que el reconocimiento objetivo de un hecho material no constituye reconocimiento de responsabilidad[30]. Pensamos que este criterio se extiende a todos los contratos, lo expresen así o no[31].

Por otro lado, un reconocimiento que no se oponga sustancialmente a la función de la carga, no puede estimarse suficiente para liberar al asegurador. Un reconocimiento de responsabilidad, si es razonable, no puede ser desconocido por el asegurador. Así se desprende de lo establecido en algunas pólizas[32]. Esto es especialmente relevante en aquellos casos en que el

[28] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 503; CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 112.

[29] Algunas pólizas requieren autorización por escrito (artículo 16 POL 1 02 031 responsabilidad civil profesionales de la salud, cláusula novena POL 1 99 008 responsabilidad civil de directores y ejecutivos). Consideramos que esta formalidad no es indispensable, y basta con una autorización oral por un representante del asegurador con poder suficiente. Pero resulta conveniente que el asegurado obtenga ratificación escrita como una forma de precaver prueba de la ejecución de la carga, con respecto a la renuncia al efecto de la carga.

[30] *V. gr.* cláusula 8 POL 1 98 035 responsabilidad civil profesiones médicas: «la confesión de materialidad de un hecho por el asegurado, no puede ser asimilada al reconocimiento de una responsabilidad».

[31] *Vid* LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 488.

[32] Cláusula novena POL 1 98 013 responsabilidad de directores y gerentes: «los asegurados se obligan a no transigir, avenir, conciliar o llegar a arreglos judiciales o extrajudiciales, a no incurrir en costos de defensa o de alguna otra forma asumir obligaciones contractuales ni reconocer responsabilidad alguna respecto a cualquier reclamo sin el consentimiento expreso y por escrito de la Compañía, *el cual no será rehusado injustificadamente*. La Compañía no asumirá responsabilidad por ninguna conciliación, avenimiento o arreglo, costos de defensa, obligación o reconocimiento asumidos a los que no haya consentido». Cláusula 8 POL 1 98 035 responsabilidad civil profesiones médicas: «no será oponible a la Compañía

asegurador no se hace cargo de la defensa del asegurado, pero la carga de no reconocer la propia responsabilidad sigue vigente[33]. Parece razonable que la carga mantenga su vigencia, pues el asegurador sigue corriendo el riesgo de un reconocimiento imprudente y exagerado de su responsabilidad por parte del asegurado. Sin embargo, en estos casos son especialmente aplicables, a la negativa del asegurado de aceptar el reconocimiento de responsabilidad, los criterios de buena fe y razonabilidad.

e) Efecto del reconocimiento. Sanción

La sanción ante el reconocimiento de responsabilidad por parte del asegurado es la exoneración o liberación del asegurador de indemnizar al asegurado. La técnica para establecer esta sanción es reconocer esta carga como una de las «obligaciones» del asegurado y, posteriormente, redactar un artículo que establece, con carácter general, la sanción ante la inobservancia[34]. A este respecto, se aplican los caracteres y efectos de la inobservancia de la carga, analizados en su oportunidad[35]. Con respecto a la carga de la prueba de la inobservancia, opinamos que corresponde al asegurador

---

cualquier reconocimiento de deuda, transacción, convenio u otro vínculo jurídico que implique reconocimiento de responsabilidad del asegurado, concertado sin consentimiento de la propia Compañía, *con el fin de aparentar una responsabilidad que, de otro modo, sería inexistente o superior a la real*».

[33] En general, la redacción de las pólizas del mercado nacional da a entender que la carga sigue vigente, a pesar de que el asegurador no dirija el proceso (*Vid*, por ejemplo, cláusulas 11 y 12 POL 1 89 023 responsabilidad civil del transportador por carretera en viaje internacional por daños a la carga transportada).

[34] Artículo 14 POL 1 91 080 responsabilidad civil: «la infracción por el asegurado de cualquiera de las obligaciones que le impone la Ley o el presente contrato, particularmente las contenidas en los artículos 10.º a 13.º precedentes, dará derecho a la compañía a exonerarse de toda responsabilidad de indemnizar el respectivo siniestro».

[35] *Vid supra* «sanción ante la inejecución», p. 247. En Francia, artículo L. 124-2 *Code des Assurances*, establece como sanción la inoponibilidad del reconocimiento al asegurador. Esta sanción se considera más flexible que la *déchéance*, pues no afecta el total de la cobertura, sino sólo aquella parte reconocida por el asegurado. Se entiende que el reconocimiento no es oponible al asegurador, pues la responsabilidad civil tiene que ser de todos modos jurídicamente demostrada para obligar al asegurador. Si se demuestra, el asegurador debe responder. Si se demuestra que la responsabilidad civil es menor que la reconocida por el asegurado (por ejemplo, si el asegurado reconoce responsabilidad total por los daños, y se demuestra que sólo era parcialmente responsable), sólo responde hasta el monto de la responsabilidad civil demostrada (LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 489). No adscribimos a esta solución, pues consideramos que no ampara suficientemente la función de la carga. El reconocimiento, aunque sea inoponible al asegurador, afecta gravemente su capacidad de negociación, y puede influir en el establecimiento jurídico de la responsabilidad.

acreditar que el asegurado ha reconocido su responsabilidad. Por su parte, corresponde al asegurado desvirtuar la prueba del reconocimiento. Si efectivamente ha reconocido su responsabilidad, corresponde al asegurado justificar el reconocimiento.

f) Sujeto pasivo de la carga

Coincidimos con la doctrina extranjera en que sólo el asegurado puede considerarse sujeto pasivo de esta carga[36]. En consecuencia, si un dependiente del asegurado reconoce su responsabilidad civil, dicho reconocimiento no afecta el derecho del asegurado a ser indemnizado. Distinto es el caso del representante de una persona jurídica asegurada. En estas circunstancias, el reconocimiento de un director o ejecutivo con poderes generales de representación debe considerarse reconocimiento del asegurado.

g) Casos

Aplicando las reglas mencionadas y teniendo en cuenta lo señalado por la jurisprudencia, la doctrina comparada propone ciertos casos en que se estima que no hay reconocimiento de responsabilidad civil. Estos son: prestar primeros auxilios a las víctimas; sufragar gastos de emergencia o tratar de reducir los daños de la víctima[37]; comunicar de la existencia y el contenido del seguro; huir del lugar del accidente, en consideración a la gravedad del mismo y al estado de conmoción que puede generar en el asegurado[38].

En cambio, se considera que ha habido reconocimiento en el caso en que el asegurado pague los gastos médicos de la clínica donde se asistió a la víctima. Esto siempre que el asegurado haya sido sobreseído en materia penal, y no exista pronunciamiento que establezca su responsabilidad civil[39].

---

[36] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 416; STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 503.

[37] Por el contrario, además de su deber moral, el asegurado tiene la carga de disminuir los daños de la víctima, por aplicación de la carga de salvamento, reconocida en el artículo 556 n.° 4 del Código de Comercio (*vid* CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 113 y LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 489). En el mismo sentido, el artículo 17 POL 1 91 080 responsabilidad civil: «no se considerará que haya reconocido una responsabilidad ni infringido la obligación que le impone este artículo, por el hecho de facilitar primeros auxilios a los terceros involucrados ni por la circunstancia de admitir la ocurrencia de los hechos que causaron el daño».

[38] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 418; CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 113.

[39] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 504.

2. La carga de no celebrar acuerdo o transacción sin autorización del asegurador

2.1. *Common Law*

a) ¿Derecho o deber de celebrar transacción en nombre del asegurado?

Esta carga se vincula estrechamente a la carga de dirección del proceso. En este punto, debe distinguirse entre la situación general del *Common Law* y la situación en Estados Unidos.

a.1) Regla general del *Common Law*

En el *Common Law*, el asegurador tiene el derecho de asumir la conducción del proceso si se pacta en la póliza, y si reconoce que se trata de responsabilidad civil cubierta por el contrato respectivo. Por lo tanto, sólo asume el poder de llegar a acuerdo con la víctima si asume la dirección del proceso[40]. Al hacerlo, surge para el asegurado la carga de no transigir, sin acuerdo del asegurador.

a.2) Estados Unidos

En cambio, en Estados Unidos los aseguradores tienen el derecho pero también el deber de defender en todas las circunstancias, aun si el contrato no estipula el deber de defensa. Por lo tanto, siempre deben llegar a acuerdo o celebrar transacción si las circunstancias lo ameritan[41]. En efecto, los aseguradores con deber de defender son responsables por daños si irracional o irresponsablemente no llegan a acuerdo o rehúsan a celebrar transacción sobre reclamos cubiertos dentro de los límites de la póliza. Su responsabilidad tendrá lugar siempre que expongan a sus asegurados al pago de daños superiores a los montos cubiertos por la póliza[42].

b) Alcance del derecho de celebrar transacción en nombre del asegurado

La carga de no celebrar transacción en nombre del asegurado tiene un doble aspecto. Por un lado, el asegurado debe abstenerse de celebrar tran-

---

[40] Derrington y Ashton, *op. cit.*, p. 391; Birds, J., y Hird, N., *op. cit*, p. 350.

[41] Tarr, Paula B., «Duty to settle» (chapter 137), en Holmes, Eric Mills, *Holme's Appleman on Insurance Law and Practice*, West, 2.ª edic., St. Paul (Minn.), 1996, v. 22, p. 132.

[42] Quinn, Michael Sean, «The defending liability insurer's duty to settle: a meditation upon some first principles» en *Tort & Insurance Law Journal*, v. 35 N.° 4 (2000), p. 929.

sacción o cualquier tipo de acuerdo con el tercero, sin el consentimiento del asegurador. Por otro lado, el asegurador asume el derecho de celebrar el arreglo o transacción en nombre del asegurador. Éste es el aspecto más relevante, e interesa verificar el poder que tiene el asegurador para obligar al asegurado por los acuerdos que celebre en su nombre.

Puede afirmarse, en el *Common Law*, que el asegurador puede celebrar un arreglo con la víctima siempre que no admita responsabilidad de manera injustificada. También, puede afirmarse que el asegurador puede llegar a acuerdos con la víctima, siempre que no celebre transacción más allá del límite de la cobertura de manera injustificada, o bien, rehúse injustificadamente un acuerdo ofrecido por el tercero dentro de estos límites[43]. En Estados Unidos, se establece como regla general que el asegurador no requiere considerar los intereses del asegurado si el reclamo no es superior a los límites de la póliza o si el asegurado no quedará sujeto a un perjuicio[44]. No obstante, el asegurador tiene el deber de actuar con diligencia, buena fe y fidelidad[45].

Se considera que existe un verdadero mandato del asegurado al asegurador en orden a permitirle celebrar transacción respecto del reclamo. En consecuencia, los acuerdos del asegurador con la víctima obligan al asegurado. No existe absoluta claridad respecto a si el asegurador obliga al asegurado al celebrar transacciones más allá del monto cubierto. Para algunos, el mandato (*agency*) del asegurado al asegurador no autoriza a este último a celebrar transacciones más allá de la cobertura de la póliza[46]. Para otros, la transacción es oponible al asegurado siempre que el asegurador actúe de buena fe y en interés de ambos[47]. En Estados Unidos, se requiere el consentimiento del asegurado para que el asegurador pueda celebrar acuerdos

---

[43] BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 350.

[44] TARR, P., *op. cit.*, p. 95. Además, se ha resuelto en repetidas ocasiones que el deber de llegar a acuerdo no surge en la ausencia de una oferta de acuerdo. El asegurador tiene el deber de comunicar al asegurado ofertas de transacción (p. 107).

[45] *Ibidem*, p. 104.

[46] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 400. Afirma el autor que la razón de esto radica en que «no tiene propósito que un contrato de seguro otorgue un poder al asegurador por el que pueda, por su propia voluntad, comprometer al asegurado a una responsabilidad respecto de la cuál no se encuentra cubierto». De todos modos, puede pactarse, siempre que esté claramente expresado, que el asegurador tenga poder suficiente para celebrar transacciones por un valor superior al de la cobertura. También puede pactarse que el asegurador no tenga poder de celebrar acuerdos en nombre del asegurado, aunque esto se considera improbable.

[47] JESS, DIGBY CHARLES, *The insurance of professional negligence risks: law and practice*, Butterworths, London, 1989, p. 229.

de pago superiores a los límites de cobertura en la póliza. Un acuerdo en exceso no obliga al asegurado[48].

Si se ha pactado deducible, esto no constituye impedimento para que el asegurador pueda ejercer libremente su derecho a llegar a arreglo con el tercero. No es necesaria la autorización del asegurado en estos casos, a menos que la póliza la requiera[49].

c) Deber de cuidado y responsabilidad

c.1) Regla general del *Common Law*

El asegurador que asume la defensa del asegurado debe observar un deber de cuidado al celebrar transacciones en su nombre. No debe provocar perjuicios al asegurado, como, por ejemplo, hacerlo responsable por daños en un monto superior al cubierto por la póliza, o bien, si eso fuera inevitable, por un monto superior al que debería corresponder. El asegurador debe tener presente, además, que el asegurado puede haber demandado reconvencionalmente al tercero dañado y que, en consecuencia, la transacción puede perjudicar esta demanda[50].

Ahora bien, si la estipulación otorga completa discreción al asegurador para adoptar acuerdos en nombre del asegurado, el asegurado puede resultar responsable del pago del exceso, siempre que el acuerdo haya sido adoptado de buena fe por el asegurador. En este caso, no se requiere autorización del asegurado para que el arreglo le sea oponible. La situación de las partes depende, en el *Common Law*, principalmente de las estipulaciones contractuales, salvo el deber de actuar de buena fe, que constituye una regla aplicable en todos los casos.

c.2) Estados Unidos

La regla del derecho norteamericano es más rigurosa contra el asegurador, que la regla general del *Common Law*. El asegurador puede incurrir en responsabilidad ante el asegurado, tanto por exceso como por defecto.

---

[48] TARR, P., *op. cit.*, p. 111.

[49] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 399. Estos autores señalan que el asegurado debe pagar el deducible en tres casos: si el reclamo o acuerdo es inferior a la suma que la suma acordada, el asegurado debe soportarla; si el reclamo se arregla discrecionalmente por el asegurador, como se establece en la póliza, el asegurado debe pagar la parte necesaria para completar la suma pactada en el acuerdo con la víctima; si se acuerda generalmente entre el asegurador y el asegurado que el primero debe pagar completamente todo reclamo, el asegurador deberá reembolsarlo hasta el monto acordado en la transacción.

[50] *Ibidem*, p. 395.

i) Responsabilidad por exceso (*liability for excess judgement*)

A pesar de que existe una regulación heterogénea de estado a estado, puede sostenerse que, como regla general, el asegurador responde civilmente ante el asegurador si llega a un arreglo o celebra una transacción o avenimiento con el tercero más allá de los límites de la póliza (*liability for excess judgement*). Esta responsabilidad es reconocida en la mayoría de los estados. Ahora bien, esto no quiere decir que baste con probar que la transacción excede el límite de la cobertura para que surja responsabilidad. Depende de la teoría que fundamente la responsabilidad del asegurador. Generalmente se reconoce que la responsabilidad se funda en la mala fe del asegurador o su negligencia, aunque existen también otros fundamentos de esta responsabilidad[51].

ii) Responsabilidad por defecto

También ha sido reconocido en Estados Unidos que si el asegurador rehúsa una oferta de arreglo, transacción o avenimiento dentro de los límites de la póliza, y luego el reclamante obtiene más que la suma asegurada en una acción civil contra el asegurado, el asegurador responde por todo el monto. Las Cortes norteamericanas incluso han otorgado daños punitivos en este tipo de casos[52].

2.2. España

El artículo 74 Ley de Seguros otorga al asegurador la dirección jurídica del juicio de responsabilidad civil. En esta conducción se incluye la facultad de transigir, de lo que se desprende que «pesa sobre el asegurado —en virtud del deber de colaboración establecido por la ley— la obligación de abstenerse de hacer cualquier tipo de transacción con relación a la deuda que pueda tener con el tercero»[53].

Se ha reconocido que este derecho a transigir en nombre del asegurador no es absoluto. Si el asegurador obstaculiza con dolo o culpa una tran-

---

[51] TARR, P., *op. cit.*, p. 111 y 160. Existen diversas teorías que explican cuál es el fundamento de la obligación de indemnizar perjuicios: incumplimiento de contrato, responsabilidad aquiliana, mala fe, error negligente, negligencia, responsabilidad objetiva (*vid* QUINN, M., *op. cit.*, pp. 933-951).

[52] BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 350. El caso más citado es *Crisci v. Security Insurance Co.* 66 Cal. (2d) 425, 426, P. (2d) 173 (1967).

[53] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1271. La doctrina estima que la facultad de dirigir el proceso y, en consecuencia, de transigir, no deriva de un mandato sino de lo dispuesto en la propia ley (CALZADA CONDE, M., *El seguro voluntario... op. cit.*, p. 324).

sacción favorable con el tercero, debe responder de los perjuicios causados al asegurado que ha cumplido con su deber de abstenerse de transigir[54].

Tal como en el caso del deber de no reconocer responsabilidad, la consecuencia por incumplimiento del deber de no transar sin autorización del asegurador, es la indemnización de perjuicios en favor de éste. El pacto de liberación del asegurador no es válido, salvo que exista dolo del asegurado en el incumplimiento[55].

2.3. Argentina

El artículo 116 Ley de Seguros establece que el asegurado no puede celebrar transacción sin anuencia del asegurador. Usualmente se establece en las pólizas, o bien, en el mandato para dirigir el proceso, que el asegurador puede celebrar transacción en nombre del asegurado. De este modo, la transacción del asegurador es obligatoria para el asegurado[56]. La carga solo es aplicable si el asegurador asume la defensa del proceso[57].

Se discute si la carga puede aplicarse en el caso de que el reclamo sea superior al monto de la cobertura del seguro. Halperín señala que la carga sólo es aplicable si la indemnización que se reconozca no excede la garantía cubierta, pues si una parte de la indemnización debe ser soportada por el asegurado, la carga deja de tener sentido[58]. En cambio, los Stiglitz afirman que la ley no prohíbe la dirección del proceso en los casos en que la demanda exceda la garantía cubierta. Por lo tanto, en amparo del principio de indivisibilidad de la *litis*, el asegurador puede comprometer su interés y el del asegurado, aun por un monto superior al de la cobertura[59]. Meilij sustenta una posición intermedia[60].

---

[54] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1271.

[55] *Idem.* En consecuencia, el pacto de una carga sólo es admisible si el asegurado celebró una transacción no sólo sin autorización del asegurador, sino que en fraude de sus intereses.

[56] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 531. Sin embargo, sostiene el autor citado que si el asegurador está autorizado por la póliza o por el mandato conferido para dirigir el proceso, puede transigir incluso por una suma superior a la cubierta, y obliga con ella al asegurado, quien tendrá derecho a repetir del asegurador si demuestra que la transacción ha sido inconveniente.

[57] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 510.

[58] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 530.

[59] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 511.

[60] MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, p. 120, quien sostiene que «si por efecto del infraseguro el interés comprometido del asegurador hacia el tercero es mayor que el del asegurador, su aplicación lisa y llana es harto discutible».

Tal como en el caso de la carga de no reconocer responsabilidad, la doctrina coincide en que la sanción es la caducidad convencional, por lo que es necesario probar perjuicios y culpa del asegurado[61].

2.4. Derecho nacional

a) Carga del asegurado de no transigir

La carga de no transigir se traduce en que el asegurado debe abstenerse de celebrar transacción, avenimiento o cualquier tipo de arreglo judicial o extrajudicial, sin la autorización del asegurador. De lo contrario, pierde, por regla general, su derecho a ser indemnizado.

En el Derecho nacional, la carga de no transigir no se encuentra contemplada en la ley. Por lo tanto, para que tenga efecto, es necesario que se pacte con claridad en las pólizas. Esto es lo que ocurre en la práctica, tanto en los casos en que el asegurador tiene el derecho de dirigir el proceso, aún si no lo asume, como en los casos en que el seguro no contempla el derecho del asegurador de asumir la dirección de la defensa[62]. Como es obvio seña-

[61] Por todos, STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 511.

[62] Por ejemplo, el artículo 11 POL 1 91 080 responsabilidad civil impone la carga al asegurado de otorgar poder para transigir al abogado designado por la aseguradora: «a petición de la compañía, el asegurado tendrá que darle al abogado, que ella designe, plenos poderes para que se haga cargo de la defensa; para que se pronuncie acerca de los fundamentos de las reclamaciones interpuestas en contra del asegurado; *para tratar judicial o extrajudicialmente con los perjudicados, sus sucesores, cesionarios o representantes; para que organice la defensa y para que pueda celebrar arreglos, avenimiento o transacciones judiciales o extrajudiciales*». Luego, el artículo 13 de la misma póliza, establece la carga de no transigir: «sin el consentimiento escrito de la compañía, queda prohibido al asegurado admitir o reconocer su responsabilidad o lo bien fundado de una reclamación presentada por terceros, *ni celebrar cualquier arreglo extrajudicial, pagar todo o parte del daño o entablar acciones judiciales*».

Por su parte, la cláusula décima POL 1 98 013 responsabilidad de directores y gerentes, señala que, a pesar de que el asegurador no asume la dirección del proceso, el asegurado tiene la carga de no transigir: «sujeto a lo dispuesto en esta cláusula, *será deber de las personas aseguradas y no de la Compañía asumir la defensa y contestar los reclamos* que fueren presentados en contra de las personas aseguradas.

«Los asegurados *se obligan a no transigir, avenir, conciliar o llegar a arreglos judiciales o extrajudiciales*, a no incurrir en costos de defensa o de alguna otra forma asumir obligaciones contractuales ni reconocer responsabilidad alguna respecto a cualquier reclamo sin el consentimiento expreso y por escrito de la Compañía, el cual no será rehusado injustificadamente. La Compañía no asumirá responsabilidad por ninguna conciliación, avenimiento o arreglo, costos de defensa, obligación o reconocimiento asumidos a los que no haya consentido» [énfasis añadidos].

lar, el asegurador tiene un interés legítimo en el pacto de esta carga, por lo que no vemos obstáculo a su licitud[63].

La sanción ante la inobservancia de la carga es la pérdida del derecho del asegurado a su indemnización, aunque puede establecerse otro tipo de sanción, como una reducción proporcional de la indemnización[64].

b) Derecho del asegurador a transigir en nombre del asegurado

No debe confundirse entonces la carga del asegurado de no transigir sin autorización del asegurador, con el derecho del asegurador de transar en nombre del asegurado[65]. Generalmente se pactan conjuntamente, pero puede estipularse la primera sin el segundo.

El derecho del asegurador de transigir en nombre del asegurado no es una carga, sino que resulta de un mandato del asegurado al asegurador y al abogado designado por el asegurador[66]. En efecto, las pólizas nacionales establecen que el asegurado debe otorgar un mandato al abogado designado por la compañía, para que éste pueda transigir. La carga consiste en que el asegurado debe otorgar el poder. Una vez otorgado el poder, el abogado designado por la compañía puede actuar en nombre del asegurado, e incluso celebrar transacciones que lo obliguen[67].

---

[63] Se trata de una carga necesaria y complementaria de la carga que impide al asegurado reconocer su responsabilidad (STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 507). En efecto, como señala LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 489, la transacción es más grave que el mero reconocimiento de responsabilidad, pues tiene efecto de cosa juzgada.

[64] Artículo 19 POL 1 03 051 responsabilidad civil médicos y otros profesionales de la salud «A petición de la Compañía de Seguros el asegurado estará obligado a celebrar transacción o avenimiento. Si no lo hiciere, la Compañía sólo será responsable hasta el monto por el cual hubiese podido transigir».

[65] Sostiene LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 490, que las pólizas suelen prohibir que el asegurado celebre transacción y, a la vez, otorgan al asegurador el derecho de transigir.

[66] La doctrina española le niega el carácter de mandato, en razón de que la dirección del proceso se encuentra reconocida en la ley (Por todos, CALZADA CONDE, M., *El seguro voluntario... op. cit.*, p. 324). Sin embargo, la dirección del proceso no es una situación reconocida por ley, sino que un complejo de cargas y derechos establecidos contractualmente. En la doctrina del *Common Law*, DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 400, le han reconocido a esta situación un carácter de mandato (*agency*). Debe tenerse presente que el *Common Law* se acerca en este punto a la legislación chilena por ausencia, en general, de regulación legal de esta situación.

[67] Artículo 10 POL 1 02 023 responsabilidad civil profesional: «producida la reclamación por la ocurrencia de un evento cubierto, el asegurado tendrá que darle al abogado que la Compañía designe, plenos poderes para que se haga cargo de la defensa; para que se pronuncie acerca de los fundamentos de las reclamaciones interpuestas en contra del asegurado;

Quien celebre la transacción, sea el asegurado o el mandatario, deberá tener en cuenta tanto los intereses del asegurado como los de la compañía. Esto se desprende del contenido de las pólizas[68].

En atención a los poderes que el asegurado entrega a la compañía en cumplimiento de la carga de dirección del proceso, el asegurado queda obligado por las transacciones celebradas por el mandatario. Al asegurado le es oponible la transacción, aun si corresponde a un monto superior al pactado como límite de cobertura en la póliza.

Sin embargo, el mandatario, sea el abogado designado, o la propia compañía aseguradora, como ha recibido el mandato de dirigir la defensa por contrato, debe respetar dos disposiciones del Código Civil. En primer lugar, debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante (artículo 2149 Código Civil). Además, debe actuar con diligencia, pues responde por culpa leve, aunque de manera especialmente estricta, al ser mandatario remunerado (artículo 2129 Código Civil)[69].

En consecuencia, el asegurador responde ante el asegurado si celebra una transacción por un monto superior al cubierto por el aseguro, o si rechaza una transacción inferior al monto asegurado, siempre que el asegurador pueda probar la culpa leve del asegurado. También deberá perjuicios al asegurado si, a través de una transacción, perjudica la demanda reconvencional del asegurado contra la víctima, con culpa. Por último, una transacción que implique un imprudente reconocimiento de responsabilidad, en contra de los intereses del asegurado, también puede generar responsabilidad civil del asegurador[70].

---

para tratar judicial o extrajudicialmente con los perjudicados, sus sucesores, cesionarios o representantes; para que organice la defensa y para que pueda celebrar arreglos, avenimientos o transacciones judiciales o extrajudiciales y acuerdos reparatorios penales».

[68] Pues el asegurado ha otorgado la dirección del proceso. Pero aun si no la ha otorgado, o si el asegurador no la ha asumido, suele desprenderse de las pólizas que deberá tenerse presentes los intereses del asegurador. En efecto, puede pactarse, por ejemplo, que el asegurado debe transigir a petición de la compañía. *V. gr.* Artículo 19 POL 1 03 051 responsabilidad civil médicos y otros profesionales de la salud: «a petición de la Compañía de Seguros el asegurado estará obligado a celebrar transacción o avenimiento».

[69] En el mismo sentido, LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 491, al señalar que «el asegurador mandatario a título oneroso de su asegurado deberá responder de su mala gestión en los términos del artículo 1992 del Código Civil». El artículo citado impone al mandatario remunerado el mismo grado de diligencia que el artículo 2129 del Código Civil.

[70] BIRDS, J., y HIRD, N., *op. cit.*, p. 350. En *Beacon Insurance v. Langdale* [1939] 4 All E. R. 209, se falló que la transacción con estricta negación de responsabilidad no era contraria al deber de buena fe que debe observar el asegurado al celebrar la transacción. Los autores citados critican esta decisión, pues si bien la negación de responsabilidad puede amparar,

En todo caso, el asegurador se exonera de su responsabilidad civil si el asegurado ratifica o se adhiere expresamente a la transacción. Esta es, finalmente, la solución prácticamente más conveniente[71].

3. Las cargas de colaboración en la dirección del proceso

3.1. *Common Law*

a) Concepto y objeto

Las pólizas usualmente consideran la carga del asegurado de colaborar con el asegurador[72]. La colaboración del asegurado al asegurador se regula a través de una serie de poderes para el asegurador y cargas positivas y negativas para el asegurado[73].

El objeto de la colaboración es doble. Por un lado, dar toda la ayuda razonablemente posible al asegurador para investigar los hechos que puedan dar origen a responsabilidad cubierta. Por otro lado, colaborar en la defensa del juicio. Respecto a la colaboración en la defensa, puede pactarse que el asegurado envíe inmediatamente luego de recibidos, cualquier demanda o documento que reciba vinculado al reclamo[74].

b) Alcances de la cooperación debida

Se entiende que la carga de colaboración se activa desde que la ayuda es requerida por el asegurador. En ausencia de petición de colaboración del

---

en parte, los intereses del asegurado, una transacción que sobrepase exageradamente los montos asegurados puede ser igualmente contraria a la buena fe.

[71] Lambert-Faivre, Y., *op. cit.*, p. 491.

[72] Jess, D., *op. cit.*, p. 224. Derrington y Ashton, *op. cit.*, p. 405, pone como ejemplo la siguiente cláusula de cooperación: «el asegurador tendrá completa discreción en la conducción de cualquier procedimiento en conexión con cualquier reclamo y el asegurado debe entregar toda la información y ayuda que el asegurador pueda requerir en el ejercicio de acciones legales, defensa o transacción de cualquier reclamo». También transcriben ciertas cláusulas que son más específicas, por ejemplo: «el asegurado utilizará sus mayores esfuerzos en preservar todo aparato, planta o cosa dañada o defectuosa que pueden resultar necesarias o útiles como evidencia en conexión con cualquier reclamo y, en cuanto sea razonablemente práctico, ninguna reparación o alteración será hecha a todo inmueble, cercos, maquinaria, mobiliario, inmuebles por adherencia, aparatos o planta sin el consentimiento del asegurador hasta que el asegurador haya tenido la oportunidad de inspeccionar».

[73] Derrington y Ashton, *op. cit.*, p. 405.

[74] Jess, D., *op. cit.*, p. 224.

asegurador, no cabe considerar que ha existido inobservancia[75]. Por lo tanto, la colaboración impuesta por la carga es, en primer lugar, la que requiera el asegurador.

Pero, además, el asegurado sólo debe prestar aquella colaboración que razonablemente puede dar. Por ejemplo, un mero error en la información entregada no constituye por sí mismo inobservancia, pues un error razonable no afecta el derecho del asegurado. En cambio, en el otro extremo, una información fraudulenta sí puede estimarse inejecución. Otro límite de la colaboración es que no puede requerirse que el asegurado actúe de manera ilegal o fraudulenta, o bien, que incumpla deberes fiduciarios frente a terceros. Debe tenerse presente, además, que existen ciertas jurisdicciones del *Common Law* en las que, por intervención legal, se requiere perjuicio. Por ejemplo, la sección 54 *Insurance Contract Act* (1984), que requiere que el asegurador pruebe que la inobservancia de una *condition* o *warranty* le ha provocado perjuicio para que pueda producirse su efecto liberatorio[76].

Existen otros comportamientos que no pueden requerirse a través de esta carga, pero que se consideran convenientes para el desarrollo de la relación asegurativa. Por ejemplo, llevar archivos ordenados con registro de las actividades profesionales, y mantener una información contable adecuada[77]. Esto facilita las labores investigativas, lo que favorece tanto al asegurador como al asegurado[78].

3.2. España

La dirección del proceso, reconocida en el artículo 74 Ley de Contrato de Seguro, establece un deber genérico de colaboración del asegurado a favor del asegurador, que se «compagina» con el derecho del asegurador de llevar a cabo la gestión del siniestro[79].

---

[75] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 406.

[76] *Ibidem*, pp. 406-407.

[77] JESS, D., *op. cit.*, p. 225.

[78] Beneficia al asegurador pues le permite realizar una investigación más rápida y precisa. Además, le permite recabar información sobre el tipo de riesgo cubierto. Favorece también al asegurado, pues permite una investigación más rápida y precisa del asegurador, lo que redunda en un pago más rápido de la indemnización.

[79] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1267. La norma señala, a este respecto, que «el asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador».

No existe uniformidad en la doctrina en cuanto al objeto de la colaboración. Para Calzada Conde, el deber de información del asegurado, derivado del deber de colaboración, se limita a los acontecimientos distintos al de la realización del daño del tercero y, en su caso, la reclamación del tercero[80]. Sánchez Calero es partidario de una concepción amplia, que incluye, además del deber de información y el de colaboración en las actuaciones procesales, el deber de no reconocer la propia responsabilidad y el deber de no transigir[81].

Debe tenerse presente que en España existe acción directa contra el asegurador. Esto justifica que se impongan al asegurador, por ley, deberes relativos a la colaboración necesaria para esta actividad. En consecuencia, la colaboración del asegurado implica no sólo la mera realización o abstención de las conductas señaladas en el párrafo anterior. Más bien, importa una subordinación del asegurado a las instrucciones del asegurador, y una constante actitud de estar a disposición del asegurador para informarle y ayudarlo en el buen éxito del juicio de responsabilidad civil[82].

Por último, la consecuencia de la infracción del deber de colaborar en la dirección jurídica es el derecho del asegurador de obtener indemnización de perjuicios de parte del asegurado[83].

3.3. Argentina

a) Regulación

Si bien la Ley de Seguros regula ciertos aspectos de la dirección del proceso, esta ley no considera todas las cargas que, en virtud de ella, nacen para el asegurado. Sin embargo, la doctrina reconoce que existen cargas complementarias a la dirección del proceso, que se fundan en el deber ge-

---

[80] CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 113. Esto porque, según la autora, los hechos relativos al hecho dañoso deben informarse al notificar el siniestro. Disentimos de esta opinión, pues el deber de notificación no incluye información detallada sobre el siniestro. A nuestro entender, la información requerida por el asegurador en el seguro de responsabilidad civil puede asimilarse al deber de dar informaciones complementarias establecido en el artículo 16 LCS.

[81] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1269, 1271. Cfr. PERÁN ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 219, quien parece limitar el deber de colaboración a las actuaciones vinculadas al proceso.

[82] CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 114; SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1269.

[83] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1269.

neral de cooperación debida por el asegurado al asegurador[84]. Por lo demás, estas cargas son reconocidas por las pólizas[85].

b) Objeto y contenido

Estas cargas son la remisión de documentos o transmisión de piezas judiciales, el otorgamiento de poder a los abogados designados por el asegurador, el suministro de pruebas y el cumplimiento de actos procesales[86]. Estas cargas presentan una regulación heterogénea, que depende de las estipulaciones contractuales y de las tendencias jurisprudenciales que juzguen su aplicación.

En general, puede sostenerse que las cargas de colaboración tienen lugar sólo si el asegurador asume la dirección del proceso, y desde que el asegurador toma esta decisión[87]. Desde luego, no tienen aplicación si el asegurador niega su responsabilidad ante el asegurado[88]. También queda de manifiesto en la opinión de la doctrina que lo relevante de estas cargas es que cumplan su función. En consecuencia, no importa tanto quién las ejecute, ni si se observan estrictamente dentro del plazo, si lo hay. Lo relevante es que el asegurador obtenga la colaboración requerida[89].

c) Sanción

En razón de no tener sanción expresa en la ley, se aplica el régimen supletorio de las caducidades convencionales (artículo 36 LS)[90]. En consecuencia, el asegurado se libera del efecto extintivo de la carga si prueba

---

[84] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 489; HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 528.

[85] MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, p. 120.

[86] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 489; MEILIJ, G., *op. cit.*, pp. 121-124.

[87] Cfr. MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, p. 123. El cumplimiento de actos procesales deberá realizarse cuando éstos se requieran. La remisión de documentos, tan pronto éstos sean recibidos.

[88] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 529.

[89] Así, señala HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 529, que no es necesario que el asegurado ejecute la carga de transmitir las piezas judiciales, sino que puede hacerlo la propia víctima. En el mismo sentido, STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 495, señalan que la cláusula que establece como plazo para transmitir las piezas, el día siguiente hábil a la recepción, es una cláusula vejatoria. Los autores citados estiman que «esencialmente lo que interesa es que la transmisión de las piezas lo sea en un término suficientemente apropiado para que el asegurador organice la defensa del asegurado». Este criterio se vincula a la regla por la cual no hay inejecución de la carga sin perjuicio.

[90] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 496.

fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad sin culpa. Aún se ha sostenido que puede oponerse a la liberación del asegurador, si prueba que ha sufrido error[91].

3.4. Derecho nacional

a) Concepto de cargas de colaboración en la dirección jurídica

Las cargas de colaboración del asegurado en la defensa del juicio de responsabilidad civil son un conjunto de actuaciones que tienen como finalidad facilitar la investigación de los hechos de la reclamación y, eventualmente, la defensa del juicio de responsabilidad civil, cuya inejecución libera al asegurador de su obligación de indemnizar.

b) Objeto de la colaboración

Estas cargas de colaboración son, en general, las mismas que las reconocidas en el Derecho comparado. Dependen, finalmente, de lo que se establezca en cada contrato, pudiendo reconocerse un deber de colaboración genérico, o bien, especificando las actuaciones requeridas del asegurado[92]. A nuestro entender, la carga de colaboración en nuestro De-

[91] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 529.

[92] Así, el artículo sexto letra c de la POL 1 90 028 responsabilidad civil de directores, contiene una cláusula genérica de colaboración, que establece que el asegurado «está obligado a prestar toda clase de cooperación y colaboración al asegurador para los efectos de su defensa». En cambio, la cláusula octava letra a, POL 1 98 035 responsabilidad civil profesiones médicas, establece una descripción más detallada: «el asegurado se obliga, en todo procedimiento que pueda iniciarse en su contra, con motivo de la responsabilidad cubierta por el seguro, a: 1) proporcionar los datos y pruebas necesarias, que le hayan sido requeridas por la Compañía para su defensa. 2) Ejercitar y hacer valer las acciones y defensas que le correspondan en derecho. 3) Comparecer en todo procedimiento civil, penal o arbitral; 4) Otorgar poder en favor de los abogados que la Compañía designe para que lo representen en los citados procedimientos, en caso de que no pueda intervenir en forma directa en todos los trámites de dichos procedimientos». Además, establece la carga de remitir al asegurador los documentos o copias que contengan las demandas o reclamaciones recibidas (cláusula octava letra a). La cláusula de colaboración más común es la contenida, entre otras, en el artículo 12 POL 1 91 080 responsabilidad civil: «el asegurado deberá poner a disposición de la compañía o del abogado encargado por ella o con el consentimiento de ella de la defensa del caso, de cuantos antecedentes y medios de prueba le sean requeridos para su defensa, como asimismo todas las comunicaciones, notificaciones y avisos judiciales o extrajudiciales que reciba el asegurado en relación al caso. En el evento de ser requerido

recho, comprende las siguientes conductas, tanto activas como pasivas del asegurado: la entrega de informaciones necesarias para la investigación del hecho dañoso; la entrega de informaciones relativas al proceso que requiera el asegurador al asegurado; la facilitación de la investigación del hecho dañoso por el asegurador o por las personas por él designadas; la remisión de piezas judiciales o de sus copias al asegurador; el aviso al asegurador de toda comunicación recibida con relación al proceso; el otorgamiento de poderes a los abogados y la prohibición de revocarlos; la observancia de las instrucciones del asegurador y la intervención del asegurado en el proceso cuando sea necesaria[93]. Toda vez que se imponga una carga de colaboración genérica, debe entenderse que comprende todas estas actuaciones. Sin embargo, dado que las pólizas se interpretan *contra proferentem*, puede entenderse que las conductas no mencionadas expresamente no se encuentran incorporadas[94]. Esto puede generar una extensión exagerada de las pólizas. Por lo tanto, es más recomendable considerar todas estas conductas incorporadas a la carga de colaboración. A este respecto, es importante la labor de asesoría e información al asegurado que deben realizar los agentes, corredores y administradores de riesgos.

En general, estas actuaciones deben realizarse a requerimiento del asegurador, de tal modo que sin ese requerimiento expreso, las cargas no pueden darse por inejecutadas. La excepción a esta regla está dada por aquellas cargas cuya consagración en la póliza es aviso suficiente, o bien, aquellas en que el requerimiento corresponde a la autoridad[95].

En cuanto a la información que el asegurado entrega al asegurador, la carga sólo contempla aquella información que razonablemente se le pueda exigir, con relación a sus circunstancias. De manera que un error involuntario en la información no constituye inejecución de la carga[96].

Coincidimos con la doctrina que considera que el contenido de la carga, es decir, la conducta que requiere del asegurado, debe interpretarse a la luz de la función de la carga. Esta función es otorgar al asegurador los medios necesarios para investigar el reclamo y defender el juicio de responsabilidad civil. Por lo tanto, si alguna de estas dos finalidades no se ve ama-

---

por la autoridad judicial, el asegurado deberá comparecer personalmente, cada vez que sea citado a declarar, a absolver posiciones o a cualquier diligencia judicial, particularmente diligencias probatorias».

[93] *Vid* SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, pp. 1268, 1269.

[94] Artículo 3 e del DFL 251 de 1931.

[95] Por ejemplo, la remisión de documentos al asegurador, la comunicación de notificaciones recibidas, la comparecencia personal cuando sea necesaria

[96] En el mismo sentido, DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 406; HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 529.

gada por la conducta del asegurado, no puede estimarse que la carga ha sido inejecutada. En último término, el asegurado podría defenderse de una alegación de inobservancia de la carga, oponiendo la ausencia de perjuicio para el asegurador.

Debe tenerse presente que estas específicas cargas de colaboración son exigibles al asegurado, siempre que el asegurador se haga cargo de la defensa del juicio de responsabilidad civil[97].

c) Sanción ante la inejecución de la carga de colaboración

La sanción ante la inejecución de las cargas de colaboración es la liberación del asegurador de su obligación de indemnizar. La sanción se establece reconociendo estas conductas como «obligaciones» en las pólizas, y señalándose en un artículo aparte que el incumplimiento de las obligaciones tiene por efecto la liberación del asegurador[98]. Excepcionalmente, se establece la sanción en la propia norma que impone la carga[99].

4. La carga de dirección del proceso

4.1. *Common Law*

La cláusula que impone al asegurador el deber o la facultad de dirigir la defensa del asegurado se pacta generalmente en los contratos de seguro de responsabilidad civil, pues constituye una forma de proteger los intereses del asegurador. Esta cláusula garantiza que el juicio de responsabili-

[97] Por esto, carecen de cláusulas de cooperación, por ejemplo, las POL 1 01 21 seguro de responsabilidad civil de directores y administradores y la POL 1 99 008 seguro de responsabilidad civil de directores y ejecutivos y de reembolso a la sociedad.

[98] *V. gr.*, artículo 17 POL 1 02 031 responsabilidad civil de profesionales de la salud: «la infracción por el asegurado de cualquiera de las obligaciones que le impone el presente contrato o de las normas legales que lo rigen, dará derecho a la Compañía a eximirse de toda responsabilidad de indemnizar el respectivo siniestro».

[99] Artículo 11 POL 1 02 023 responsabilidad civil profesional: «el asegurado deberá poner a disposición de la compañía o del abogado encargado por ella todos los antecedentes y medios de prueba que le sean requeridos para su defensa, como asimismo todas las comunicaciones, notificaciones y avisos judiciales o extrajudiciales que reciba el asegurado en relación al caso. En el evento de ser requerido por la autoridad judicial, el asegurado debe comparecer personalmente, cada vez que sea citado a declarar, a absolver posiciones o a cualquier diligencia judicial, particularmente diligencias probatorias, *bajo la sanción que si no la hace perderá la cobertura*» [énfasis añadido].

dad civil cubierta por el seguro, será defendido por abogados de elección y bajo la dirección de la compañía aseguradora. Se entiende que los abogados designados por la compañía generalmente serán más expertos en la negociación y litigación de estas causas que los abogados designados por el asegurado[100].

Debe señalarse que existe una importante diferencia en cuanto a la regulación de esta carga, entre la normativa general del *Common Law* y la regulación norteamericana. En Estados Unidos, el asegurador tiene el deber de defender al asegurado si se pacta la defensa como parte de la cobertura del seguro de responsabilidad civil, lo que usualmente se hace[101]. En cambio, este deber no se reconoce en la generalidad del *Common Law*. A diferencia de Estados Unidos, las pólizas otorgan al asegurador el derecho a optar entre asumir o no asumir la defensa del asegurado. En ausencia de cláusula expresa, el asegurador no está obligado a tomar el control de la defensa del asegurado[102].

a) La obligación o facultad de defender

a.1) Determinación de si el asegurado puede o debe defender

Deben determinarse las circunstancias que activan el deber o la opción del asegurador de defender al asegurado. ¿En qué casos el asegurador debe o puede defender?

En Estados, el principio es que el deber del asegurador de defender es absoluto y más amplio que el deber de indemnizar. El deber de defender depende del reclamo del tercero, y no tanto de las circunstancias dañosas supuestamente provocadas por el asegurado. El asegurador está obligado a defender siempre que el reclamo se funde en hechos que, de ser verdaderos, se encuentran dentro del ámbito de protección cubierto por la póliza. La determinación de si existe deber de defender se basa exclusivamente en los hechos tal como han sido alegados, más que en los hechos tal como han ocurrido. Aunque no existe absoluta claridad sobre este punto, se estima que si hay asuntos cubiertos y no cubiertos en un mismo reclamo, el

---

[100] OHLSSON, GORDON L., «Duty to defend» (chapter 136), en HOLMES, ERIC MILLS, *Holme's Appleman on Insurance Law and Practice*, West, 2.ª edic., St. Paul (Minn.), 1996, v. 22, p. 4.

[101] FISCHER, E.; SWISHER, P., y STEMPEL, J., *op. cit.*, p. 674. Los mismos autores señalan que, por esta razón, el seguro de responsabilidad civil que contiene esta cobertura es también conocido como *litigation insurance* (seguro de litigación).

[102] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, pp. 391 y 403.

asegurador debe defenderlos todos, al menos hasta que pueda limitar el reclamo a aquellas circunstancias no cubiertas[103].

En el *Common Law* la situación es similar, pues se estima que el derecho del asegurador de defender al asegurado depende de la cobertura. En consecuencia, el asegurador sólo puede defender al asegurado si se trata de un reclamo de responsabilidad cubierta, y es incorrecto afirmar que el derecho a defender existe independiente de la cobertura de la póliza[104].

En consecuencia, es el contenido del reclamo lo que determina si el asegurador puede o debe defender.

a.2) ¿La defensa inhibe la posibilidad de que el asegurado niegue la indemnización?

Se presenta el problema de determinar si, una vez que el asegurador opta por defender, o bien, da cumplimiento a su deber de defender, puede posteriormente oponer al asegurado alguna causa derivada de la póliza por la cual pueda liberarse de su responsabilidad. Por ejemplo, alegar que existe alguna exclusión de cobertura, o bien, la inejecución de alguna carga por parte del asegurado. Esto se debe a que la defensa y su continuación una vez conocida alguna causa liberatoria de responsabilidad por el asegurador, pueden constituir fundamento para que el asegurado oponga *estoppel* a la alegación del asegurador. El fundamento de esta defensa es que el asegurado ha confiado en la actitud del asegurador, quien, al asumir la dirección del proceso, puede crear la impresión de que existe cobertura[105].

En el *Common Law*, se distingue si la causa de liberación del asegurador es el incumplimiento de una carga o el hecho de que el reclamo esté excluido de la póliza.

Con respecto a la inejecución de una carga, se señala que el asegurador debe inhibirse de dirigir la defensa, o bien, abandonar dicha dirección,

---

[103] OHLSSON, G., *op. cit.*, pp. 5, 10, 13, 14. Sostiene este autor que para determinar si se activa el deber de defender, las cortes norteamericanas utilizan la *comparison test*, también conocida como *eight corners rule*. Según esta prueba, «si, comparando una póliza de seguro con la respectiva demanda de responsabilidad civil, existe cualquier fundamento jurídico o fáctico que podría obligar al asegurador a indemnizar, entonces el asegurado tiene derecho a ser defendido». Las variaciones del asunto controvertido afectan el deber de defender, excluyéndolo o activándolo aun después de iniciado el juicio (p. 15). En ciertos estados norteamericanos la exigencia al asegurador es aún mayor, imponiéndosele defender toda vez que, a través de cualquier fuente, conozca de hechos que generan eventualmente su responsabilidad de indemnizar según la cobertura de la póliza (p. 21). Cfr. DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 405.

[104] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 391.

[105] *Ibidem*, p. 401

apenas conoce que el asegurado ha inejecutado una carga, si pretende oponer la falta de ejecución para evitar el pago de la indemnización. Si continúa dirigiendo el proceso, se estimará que ha renunciado a su derecho a negar el pago de la indemnización[106].

En el caso de existir dudas sobre la cobertura, el asegurador puede, de todos modos, asumir la defensa. Esto porque se ha resuelto que asumir la dirección del proceso no es una señal de que el reclamo corresponde a la responsabilidad cubierta, sino que el reclamo *puede* dar lugar al surgimiento de responsabilidad cubierta[107].

En Estados Unidos, el principio también consiste en que el asegurador sólo debe defender aquellas acciones que se encuentran dentro de los términos del contrato, siempre que no haya habido inejecución del mismo. Debe entenderse que la cobertura depende de todo el contrato, lo que incluye las cláusulas sobre riesgo cubierto, pero también las cargas. En el mismo sentido, el asegurador no se encuentra obligado a defender una demanda si es que no existe potencial responsabilidad de indemnizar. Por ejemplo, si el reclamo se funda en hechos claramente excluidos de la cobertura[108].

Por lo tanto, el asegurador debe inhibirse de defender, o bien, abandonar la defensa, una vez que toma conocimiento de alguna causa que le permita liberarse de su responsabilidad de indemnizar. De lo contrario, el asegurado puede oponerle *estoppel*, defendiéndose, de este modo, exitosamente a la alegación del asegurador.

a.3) Actitudes que puede adoptar el asegurador ante un reclamo no cubierto. Reserva de derechos

El asegurador que debe defender corre el riesgo de incurrir en responsabilidad por daños si no cumple. El asegurador que puede defender no incurre en responsabilidad si elige no defender. Sin embargo, mantiene su in-

---

[106] BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 351.

[107] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 401. Citan *Soole v Royal Insce Co Ltd* [1971] 2 Lloyd's Rep. 332, 339. En el mismo sentido, BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.* p. 352, quienes señalan que «la conducción de la defensa por el asegurador es una mera indicación de que el juicio puede dar lugar a la obligación de indemnizar al asegurado».

[108] OHLSSON, G., *op. cit.*, pp. 24, 28 y 38. Esto no quiere decir que el asegurado deba probar la obligación del asegurador de pagar para que surja su deber de defender. Basta que exista una posibilidad de que el asegurador deba indemnizar en razón del reclamo (p. 26). Si el asegurador se niega injustificadamente a defender, deberá pagar al asegurado los gastos de defensa (p. 27). En caso de duda respecto a si se debe o no se debe defender, se debe defender (p. 33).

terés en dirigir el proceso en el caso de un reclamo que, eventualmente, puede resultar en una condena de responsabilidad dentro de los límites de la cobertura. ¿Qué actitudes puede tomar para asumir la defensa, sin privarse de la opción de alegar su falta de responsabilidad en una instancia ulterior?

El asegurador puede reservar expresamente su derecho a oponer posteriormente una específica defensa contra el propio asegurado, a pesar de asumir la dirección del proceso. En el mismo sentido, el asegurador puede celebrar un pacto de no renuncia (*non waiver agreement*) con el asegurado[109]. Esta reserva de derechos o pacto de no renuncia deben cumplir con tres requisitos: primero, el asegurador debe comunicar la reserva de derechos al asegurado; segundo, el asegurador debe informar lealmente al asegurado de su posición; tercero, el asegurador debe dar este aviso en tiempo oportuno[110].

Este acuerdo de no renuncia o la reserva de derechos inhiben el *estoppel* pues, en la medida que sea completo y se dé a tiempo, impiden que el asegurado confíe en que hay cobertura en virtud de la asunción de la defensa[111].

La reserva de derechos o el acuerdo de no renuncia sólo permiten al asegurado negar su obligación de indemnizar, fundándose exclusivamente en aquellas excepciones que han sido reservadas o que se ha acordado con el asegurado[112]. En consecuencia, no produce efecto una reserva de derechos o acuerdo de no renuncia con carácter general.

a.4) Abandono de la dirección del proceso

En el *Common Law*, el asegurador tiene la opción de defender o de no hacerlo. En consecuencia, se estima que el asegurador puede abandonar la defensa si lo estima conveniente, a su arbitrio. Esto no quiere decir que el asegurado quede liberado de las cargas de no reconocer responsabilidad y de no transigir sin autorización del asegurador[113].

Por su parte, en el Derecho estadounidense el asegurador debe cumplir con su deber de defender el juicio completo. Podría eventualmente liberarse de este deber, si ofrece al asegurado pago del monto total de cober-

---

[109] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 45; DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 402.

[110] OHLSSON, G., *op. cit.*, pp. 46-47.

[111] *Ibidem*, p. 48. El *non waiver agreement* o la reserva de derechos específica elimina la *detrimental reliance* (confianza perjudicial), que es un elemento del *estoppel*.

[112] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 402; OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 48.

[113] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 391.

tura de responsabilidad, para que el propio asegurado negocie una transacción a su discreción[114].

b) Conflicto de intereses

Por diversas razones, los aseguradores pueden tener incentivos para adoptar determinadas decisiones concernientes a la dirección del proceso y, al mismo tiempo, los asegurados pueden tener incentivos para pretender acciones opuestas. En estos casos, los intereses de unos y otros entran en conflicto. La jurisprudencia anglosajona ha resuelto algunos casos de conflictos de intereses, que han sido sistematizados por la doctrina. La jurisprudencia y la práctica han ensayado diversas soluciones a estos conflictos, como veremos a continuación.

b.1) Reclamos cubiertos y no cubiertos (culpa y dolo)

Puede ocurrir que un reclamo comprenda situaciones cubiertas por la póliza y otras no cubiertas. Esto puede provocar que el asegurador defienda con mayor fuerza sólo las situaciones comprendidas en la póliza, en desmedro de una defensa completa, que correspondería al interés del asegurado. En estas circunstancias, «se requiere que el asegurador emplee una extrema diligencia y buena fe en el manejo de la defensa»[115].

Más grave es el caso en que se alega tanto negligencia como dolo del asegurado. Cuando el asegurador dirige un proceso en virtud de una póliza que excluye de su cobertura los actos cometidos con dolo, y los hechos dan a entender que los actos del asegurado han sido intencionales y no meramente negligentes, existe un conflicto de intereses[116]. En este caso, el asegurador debe advertir de inmediato al asegurado sobre el problema. El conflicto de intereses puede resolverse si se tiene presente que el deber de defender se descompone en dos elementos: el control de la defensa por parte del asegurador y su obligación de pagar los costos de la defensa. Por lo tanto, advirtiendo al asegurado de este conflicto, el asegurador puede liberarse de su deber de defender, pero persiste su obligación de pagar el costo de la defensa[117].

---

[114] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 43. Aunque esta posibilidad no se admite unánimemente por la magistratura.

[115] *Ibidem*, p. 69.

[116] Esto se debe a que el asegurador puede verse tentado a contestar la demanda, reconociendo dolo del asegurado.

[117] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 70.

b.2) Dos o más de las partes demandadas, aseguradas por una misma compañía

Este conflicto tiene lugar toda vez que existen dos o más partes demandadas en un mismo juicio, ambas aseguradas por una misma compañía aseguradora. Puede ocurrir que una de las partes, al contestar una demanda, interponga una demanda reconvencional contra la otra parte demandada. Puede también ocurrir que las alegaciones y defensas de una parte sean incompatibles o contrarias a los intereses de la otra[118].

En estos casos, se recomienda que el asegurador provea distintos abogados para que conduzcan la defensa de cada asegurado. El asegurado puede rechazar la defensa del asegurador en caso de conflicto de intereses[119].

b.3) Reclamos por un monto superior a la póliza

Puede surgir un conflicto de intereses entre asegurador y asegurado, si el reclamo contra el asegurado es por un monto superior a la suma asegurada. Esto se debe a que el asegurado tendrá interés en celebrar transacción respecto de cualquier suma que sea inferior al monto cubierto. En cambio, si la parte demandante propone un arreglo no muy inferior a la suma asegurada, el arreglo no será conveniente para el asegurador, quien podrá eventualmente preferir continuar con el litigio[120].

Se estima que debe aplicarse la siguiente regla: el asegurador debe ejercer sus poderes otorgados por la póliza, con la debida consideración a los intereses del asegurado[121]. En consecuencia, la solución depende de una estimación razonable de los resultados de la demanda. Si lo más probable es que el juez condene al asegurado, sería impropio que el asegurador se niegue a llegar a un acuerdo que se encuentre sustancialmente dentro de los límites de la póliza. Por el contrario, si la demanda es dudosa, y la única razón del asegurado para querer transigir es evitar la mala publicidad, el asegurador tendría justificación para rechazar el arreglo. Por todo esto, se ha sostenido que, ante la existencia de conflicto de intereses, el asegurado podría transigir sin la autorización del asegurador, sin transgredir la correspondiente carga, siempre que la transacción sea justificada[122].

---

[118] *Ibidem*, p. 71.
[119] *Ibidem*, p. 72.
[120] BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 353.
[121] Principio que se desprende de *Groom v Crocker* [1939] 1 K. B. 194.
[122] BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 353.

b.4) Prestigio profesional

Debe tenerse en cuenta que el interés del asegurado en la demanda no es meramente patrimonial. Existe en ocasiones, de parte del asegurado, un legítimo interés de proteger su prestigio profesional. Este interés puede provocar que el asegurado, dependiendo de las circunstancias, sea proclive a transigir rápidamente, o bien, a mantener el litigio hasta la sentencia. En el primer caso, puede ocurrir que el asegurado estime que la existencia indefinida de uno o varios reclamos y demandas en su contra, pueden dañar gravemente su prestigio profesional. En el segundo caso, puede ocurrir que el reconocimiento del asegurado de haber cometido un error, o de haber sido negligente, sean tan devastadores para su prestigio que prefiera defender el juicio a toda costa[123].

Ante esto, es usual que los aseguradores transijan con los demandantes, pero que en dicha transacción se declare que el asegurado niega haber incurrido en responsabilidad[124]. Sin embargo, esta solución resulta, a veces, insatisfactoria. Por esto, en la práctica aseguradora inglesa generalmente se inserta, en los contratos de seguro de responsabilidad civil profesional, la llamada *Queen's Counsel clause*. En virtud de esta cláusula, se somete a un tercero (un abogado que tenga la categoría de *Queen's Counsel*) la resolución de éste y otros posibles conflictos de interés derivados de la carga de dirección del proceso. Este abogado debe determinar las posibilidades de defensa exitosa de la demanda contra el asegurado. Si el *Queen's Counsel* estima que el reclamo puede ser defendido con razonables posibilidades de éxito, entonces el asegurado debe consentir que el reclamo sea defendido siempre que los gastos no sean superiores al monto asegurado. Sin perjuicio de lo anterior, el asegurado podrá celebrar transacción con el reclamante, pero perderá su derecho a ser indemnizado por el asegurador[125].

c) El abogado designado por el asegurador

c.1) El abogado representa al asegurado pero sigue las instrucciones del asegurador

En virtud de la facultad del asegurador de dirigir el proceso, le corresponde designar a él los abogados que tendrán el patrocinio y poder en la

[123] JESS, D., *op. cit.*, p. 224. En el mismo sentido, DUDGALE, D. F., «Serving two masters: the insurer-appointed lawyer» en *Insurance Law Journal*, 8 (1997), p. 162.

[124] BIRDS, J. y HIRD, N., *op. cit.*, p. 353.

[125] JESS, D., *op. cit.*, p. 227.

causa de responsabilidad civil contra el asegurado. Más aún, en razón de ser designado por el asegurador, el abogado recibe instrucciones de éste para celebrar transacciones y, en general, para conducir el proceso[126]. Además, en los hechos, usualmente su lealtad está con el asegurador, quien es la fuente de su nombramiento[127]. Sin embargo, el abogado designado por el asegurador es el abogado del asegurado. Por consiguiente, es el asegurado quien le otorga el patrocinio y poder, claro que tiene la carga de hacerlo al abogado designado por el asegurador. Por su parte, el abogado le debe al asegurado a quien representa, la correspondiente lealtad y buena fe en la protección de sus intereses[128].

c.2) Deber de informar un conflicto de intereses

El abogado designado por el asegurador y que representa al asegurado tiene el deber de informar de inmediato y en forma completa a ambas partes, apenas se presente un conflicto de intereses. Si las partes no resuelven el conflicto de intereses, deberá inhabilitarse para que el asegurado nombre su propio abogado, el cual contará con la colaboración del asegurador[129].

c.3) Deber de confidencialidad y de información al asegurado

Al ser el abogado del asegurado, el letrado debe informarle de todos aquellos aspectos de la causa que puedan ser de su interés. Además, el asegurado puede inspeccionar todos los documentos relativos al juicio y al reclamo que se encuentren en poder del abogado[130].

Por otra parte, el abogado mantiene su deber de confidencialidad con el asegurado. Esto puede ser especialmente relevante con relación a hechos que puedan afectar el derecho del asegurado a obtener indemnización[131].

c.4) Responsabilidad del abogado

El abogado sólo puede actuar dentro del ámbito de atribuciones que la póliza otorga al asegurador en virtud de la dirección del proceso. En con-

---

[126] DUGDALE, D., *op. cit.*, p. 163.

[127] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 73.

[128] JESS, D., *op. cit.*, p. 230; DUGDALE, D., *op. cit.*, p. 163.

[129] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 75-76. En el mismo sentido, DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 396. En contra, DUGDALE, D., *op. cit.*, p. 163, quien sostiene que el asegurador es el *dominus litis*, por lo tanto, ante una divergencia en las instrucciones del asegurador y el asegurado, el abogado debe preferir las instrucciones del primero.

[130] JESS, D., *op. cit.*, p. 228.

[131] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 77.

secuencia, no puede exceder la función de esta cláusula, cual es dar al asegurador el derecho a decidir respecto de cuáles son las tácticas adecuadas para lograr una correcta conducción de la causa. Estas decisiones deben tomarse de buena fe y amparando los intereses del asegurador y del asegurado. Toda conducta que exceda este poder va más allá de su competencia y, en consecuencia, debe estimarse un incumplimiento de su deber con el asegurado, por lo que será responsable por los daños provocados[132]. Este deber no deriva de una relación contractual entre el abogado y el asegurado, sino de la mera aceptación del nombramiento en virtud del cual el abogado asume la defensa del asegurado[133].

c.5) Responsabilidad vicaria del asegurador por el hecho del abogado

En general, se ha estimado en el *Common Law*, incluyendo las jurisdicciones de Estados Unidos, que, en principio, el asegurador no es vicariamente responsable de los actos del abogado[134].

Se ha sostenido que, en este caso concreto, el asegurador no controla al abogado respecto a los detalles de su conducta. El abogado tiene discreción en lo relativo a la resolución de los detalles cotidianos de la conducción de la defensa, y no se encuentra sujeto al control del asegurado. El fundamento de esta afirmación radica en que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que, para determinar si existe responsabilidad vicaria, la pregunta central es si el dependiente actúa o no bajo las instrucciones del asegurador respecto de esos detalles. Más aún, debe tenerse en cuenta que el abogado representa al asegurado, por lo tanto, tiene el deber de proteger sus intereses, aun cuando se contrapongan a los intereses del asegurador[135].

Por todo esto, se sostiene que el asegurador no es vicariamente responsable por los hechos del abogado, salvo que pueda probarse que actuó siguiendo sus instrucciones[136].

---

[132] DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, pp. 394 y 396.

[133] DUGDALE, D., *op. cit.*, p. 164.

[134] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 79; DUGDALE, D., *op. cit.*, p. 164.

[135] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 79.

[136] DUGDALE, D., *op. cit.*, p. 164, quien cita como fundamento *Standard Chartered Bank Ltd v Walter* [1982] 3 All ER 938; *American Express International Banking Corp v Hurley* [1985] 3 All ER 564.

4.2. España

El artículo 74 Ley de Contrato de Seguro establece, por primera vez en España, una normativa legal que resuelve dos aspectos de la dirección del proceso o «dirección jurídica». Este artículo establece, como norma dispositiva, que la dirección del proceso corresponde al asegurador. En su segundo inciso y final, comprende reglas para resolver los conflictos de intereses que puedan surgir entre asegurador y asegurado, a propósito de la dirección jurídica[137]. A partir de estas escasas normas, la doctrina española ha intentado responder a los diversos problemas que plantea la dirección del proceso.

a) Concepto y naturaleza

Se sostiene que la dirección jurídica puede comprenderse, en un sentido amplio, como «el poder de gestión y de disposición de la deuda de responsabilidad que ha gravado al asegurado»[138]. Para Garrigues, la dirección jurídica es tanto un derecho como un deber para el asegurador[139]. El asegurador tiene interés en la defensa, lo que distingue a la dirección jurídica del seguro de defensa jurídica[140].

b) Alcance del deber del asegurador de dirigir el proceso

El artículo 74 Ley de Contrato de Seguro establece que, salvo pacto en contrario, el asegurador debe asumir la defensa jurídica del asegurado, y

---

[137] ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA y EVANGELIO LLORCA, RAQUEL, «Dirección jurídica» en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Boquera, J; Bataller, J. y Olavarría, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 830.

[138] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1255.

[139] GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 380. Para el autor citado, se podía entender que, antes de la promulgación de LCS, la dirección jurídica constituía un verdadero mandato «que se otorgaba en interés del mandatario (*mandatum in rem propiam*) o, al menos, de interés común» (p. 379). Actualmente, puede entenderse que se está ante una especie de representación legal (SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1260).

[140] La diferencia entre estas dos instituciones estriba en que, en la dirección jurídica, el asegurador ampara su propio interés en disminuir la deuda de responsabilidad civil, en cambio, en el seguro de defensa jurídica el asegurador asume el riesgo del asegurado de los gastos provocados por eventuales litigios, que pueden ser o no de responsabilidad civil. En consecuencia, no tiene interés directo en el resultado del juicio, por lo que el asegurado es libre para controlar la defensa y nombrar abogados (Por todos, ATIENZA, M. y EVANGELIO, R., *op. cit.*, p. 834 y 835).

afrontar los gastos que tal defensa supone. En consecuencia, por regla general el asegurador de responsabilidad civil tiene el deber de defender al asegurado.

Esta defensa la asume una vez que se ha enterado de la reclamación de un tercero. Según Sánchez Calero, el criterio para determinar si un reclamo debe defenderse por el asegurador es el siguiente: «si lo que se discute es una reclamación al asegurado que ha sufrido un daño causado por un tercero, en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, que está al margen de la cobertura del asegurador, éste debe hacerse cargo de la dirección técnica de la defensa del asegurado. Si por el contrario, lo que se discute es una reclamación que claramente es ajena a esa cobertura, el asegurador podrá verse liberado del deber de la dirección jurídica del asegurado»[141].

En general, la doctrina española sostiene que el derecho del asegurador a dirigir la defensa del asegurado, sólo comprende reclamos y acciones civiles. Las acciones penales quedan excluidas, pues en ellas están en juego la privación de derechos que van más allá de meras disposiciones patrimoniales, Por lo tanto, se estima que en estos casos el derecho del asegurado de defenderse es irrenunciable[142].

No se resuelve en la ley si el asegurador debe ordenar al abogado que representa al asegurado, que interponga recursos, específicamente la apelación, en caso de ser condenado a indemnizar. Esta cuestión ha sido resuelta por las pólizas, las que establecen que si el asegurado prefiere apelar, puede hacerlo, pero en ese caso, los gastos y costas de la apelación serán de su cuenta. Aunque las mismas cláusulas señalan que, si tras la apelación se obtiene una sentencia beneficiosa, el asegurador deberá reembolsar al asegurado todos los gastos ocasionados hasta el límite de la economía lograda[143].

c) Gastos

Se entiende que los gastos de dirección jurídica van no sólo en interés del asegurado, sino que también y, principalmente, en interés del asegurador. Por consiguiente, si no se establecen límites, corresponde al asegurador

[141] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1255.

[142] ATIENZA, M. y EVANGELIO, R., *op. cit.*, p. 832. En el mismo sentido, CALZADA, M., *El seguro... op. cit.*, p. 96, quien señala que debe entenderse que es potestativo para el asegurador someterse a la dirección de la defensa en caso de juicios penales.

[143] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1258.

pagar el total de los gastos de defensa ocasionados. Estos gastos comprenden tanto los judiciales como extrajudiciales. La excepción a esta regla es el caso en que el asegurado deba asumir su propia defensa, en razón de existir conflicto de intereses. En estos casos, corresponden al asegurador los gastos de la defensa, pero hasta el límite pactado en la póliza. Sin embargo, se entiende que es lícito pactar que si la defensa será conducida por el asegurado, el asegurador sólo responderá de los gastos en forma proporcional y dentro de los límites pactados por la póliza[144].

d) Conflicto de intereses

El artículo 74 Ley de Contrato de Seguro regula dos casos de conflicto de intereses entre el asegurador y el asegurado en la dirección del proceso.

El primer caso corresponde a la circunstancia en que tanto el asegurado como el tercero dañado que reclama una indemnización en su contra, judicial o extrajudicialmente, se encuentren asegurados por la misma compañía aseguradora[145]. Es indiferente si ambos están asegurados con un mismo tipo de seguro, o si sus seguros difieren, pues se estima que, de todos modos, se ve afectada la independencia y confianza del asegurador[146].

El segundo caso es genérico, y hace referencia a todos los conflictos de intereses que puedan surgir cuando el asegurado esté vinculado con el asegurador por medio de conexiones comerciales o administrativas. A diferencia del caso anterior, en esta causa genérica el asegurado debe probar que, efectivamente, existe una divergencia de intereses[147].

Los efectos legales de la existencia de algún tipo de conflicto de intereses son, según se establece en el artículo 74 Ley de Contrato de Seguro, los siguientes: en primer lugar, el asegurador debe notificar inmediatamen-

---

[144] *Ibidem*, p. 1263. El autor cita una cláusula contenida en las condiciones generales del seguro de responsabilidad civil general de UNESPA, en la que se estipula que «el asegurador se hará cargo del pago "de las costas y gastos judiciales o extrajudiciales inherentes al siniestro, que se abonará en la misma proporción existente entre la indemnización que deba satisfacer el asegurador, de acuerdo con lo previsto en la póliza, y el importe total de la responsabilidad del asegurado en el siniestro"».

[145] Según SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1273, el conflicto se hace «más vivo» en algunos supuestos: si el asegurador puede tener derecho a la subrogación contra el causante del daño que no tenga cubierta por completo su responsabilidad civil; si ambos asegurados se han causado daños recíprocos; si el perjudicado tiene un seguro de defensa jurídica con el asegurador que, al mismo tiempo, cubre la responsabilidad civil del causante del daño.

[146] ATIENZA, M. y EVANGELIO, R., *op. cit.*, p. 835.

[147] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1273-1274.

te al asegurado de la existencia de un conflicto de intereses. En segundo lugar, el asegurador debe abstenerse de asumir la dirección del proceso, notificando de este hecho al asegurado. En tercer lugar, surge la opción para el asegurado de mantener la dirección jurídica en el abogado, ya designado por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona[148].

Si opta por esto último, el asegurador sólo debe cubrir los gastos de la defensa hasta el límite pactado en la póliza. La doctrina entiende que si un tercero asume la defensa, no por eso el asegurador deja de intervenir en el proceso. La dirección jurídica debe entenderse con amplitud, por lo tanto, «la transferencia de la dirección jurídica a un tercero debe entenderse como una disminución del poder decisorio del asegurador, pero no como una eliminación de su intervención en la gestión del siniestro»[149].

e) Responsabilidad civil del asegurador por la dirección jurídica

El asegurador puede incurrir en responsabilidad civil contractual por los daños cometidos negligentemente contra el asegurado, a propósito de su derecho y deber de dirigir la defensa del asegurado. No existen causas específicas, sino que cualquier daño que se acredite ha correspondido a culpa o dolo, debe ser indemnizado[150].

Sánchez Calero destaca tres casos en que puede tener lugar la responsabilidad civil del asegurador: «cuando no asume la dirección jurídica ante la reclamación del tercero, sin que exista pacto en contrario con el asegurado; cuando asume la defensa jurídica en caso de conflicto de intereses, no absteniéndose de hacerlo en los supuestos previstos por la Ley; y cuando ha llevado a efecto esa dirección jurídica porque le corresponde y ha causado daños al asegurado». En este tercer caso, el daño puede provenir de aceptar una transacción desfavorable o rechazar una transacción justificadamente beneficiosa. También puede generar responsabilidad la forma negligente de llevar las negociaciones, dejar transcurrir plazos y la mala elección de abogados y procuradores. Con respecto a este último caso, en principio el asegurador no responde de los daños que provoquen los abogados nombrados a su instancia, a menos que se trate de empleados de la

[148] *Ibidem*, p. 1274. Señala este autor que si el asegurado se entera del conflicto, puede y debe notificar al asegurador.

[149] ATIENZA, M. y EVANGELIO, R., *op. cit.*, p. 836.

[150] Por todos, CALZADA, M., *El seguro... op. cit.*, p. 96. SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1279, pone énfasis en que «la conducta de las partes ha de valorarse con una gran amplitud, teniendo en cuenta no tanto los resultados de ese procedimiento, sino las circunstancias que se presentaban en el momento en que fueron adoptadas las decisiones».

compañía, en cuyo caso puede existir responsabilidad por el hecho del dependiente. Por lo demás, el asegurador también puede resultar responsable si el asegurado es capaz de demostrar culpa *in eligendo*[151].

4.3. Argentina

a) Concepto y naturaleza

La carga de dirección del proceso no se encuentra reconocida y regulada de manera expresa en Ley de Seguros. Sin embargo, algunos de sus elementos se desprenden de lo establecido en los artículos 110 y 111 Ley de Seguros, y en las disposiciones de las condiciones generales de los contratos de seguro.

La carga de dirección del proceso puede entenderse en un sentido amplio y restringido. En un sentido amplio, «tiene por objeto que el asegurador asuma la gestión del siniestro desde que éste se verifica. En un sentido más restringido, consiste en dejar al asegurador la gestión de la litis promovida por la víctima o sus causahabientes contra el asegurado»[152].

Con respecto a la naturaleza de la dirección del proceso, los autores citados señalan que ésta depende del punto de vista que se adopte. Desde la perspectiva del asegurado, es una carga que se traduce en un no hacer o un «dejar hacer la gestión de la litis»[153]. Con relación al asegurador, existe desacuerdo en la doctrina argentina acerca de si estamos ante una obligación o un derecho, por lo que no queda claro si el asegurador puede o debe asumir la defensa una vez que el reclamo le ha sido intimado[154].

En cuanto a la naturaleza del vínculo entre asegurado y asegurador, se estima que la dirección del proceso consiste en un mandato con representación[155].

---

[151] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, pp. 1278-1279.

[152] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 418.

[153] *Ibidem*, p. 435.

[154] SOTO, HÉCTOR MIGUEL, «La carga de observar las instrucciones del asegurador y la "dirección del proceso" en el seguro de responsabilidad civil» en *Derecho de seguros*, Barbato, N., (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 209 y STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 437, postulan que se trata de un derecho o facultad del asegurador. En cambio, HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 523, estima que es una obligación del asegurador.

[155] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 443.

b) Alcance del poder del asegurador de dirigir el proceso

La carga impone al asegurado, observar las instrucciones del asegurador acerca de la forma en que debe actuar en el proceso civil donde se persiga la declaración de su responsabilidad civil cubierta y, en algunos casos, designar los abogados que el asegurador indique[156]. Pero la dirección del proceso no se limita al juicio de responsabilidad civil, sino que se asume por el asegurador desde la recepción del reclamo extrajudicial[157].

Con relación a la responsabilidad penal, la doctrina considera que el asegurado conserva su derecho inalienable de dirigir su propia defensa, pues ella incide en intereses que van más allá de lo patrimonial. Sin embargo, se considera que si se deduce una pretensión resarcitoria en el juicio penal, el asegurador puede asumir el control de la defensa del asegurado, limitado a ese aspecto[158].

c) Gastos

Según lo establecido en el artículo 110 Ley de Seguros, el asegurador que asume la dirección del proceso corre con los gastos y costas del juicio de responsabilidad civil. Si declina la dirección del proceso, responde de los gastos y costas que se produzcan aun después de su abdicación[159]. Sin embargo, si deposita el total del monto asegurado, además de las costas y gastos devengados hasta el momento, no responde por aquellos devengados con posterioridad al depósito en pago.

Según el artículo 111 Ley de Seguros, el asegurador responde de todos los gastos y costas producidos a causa de una causa civil, mantenida por su decisión manifiestamente injustificada.

d) Renuncia a causas para oponerse al pago de la indemnización

En el Derecho argentino, el control de la defensa del asegurado implica reconocimiento de la obligación del asegurador de indemnizar el siniestro[160]. En consecuencia, no puede alegar, luego de asumir la gestión de la litis, alguna causa que lo exima de su obligación. La excepción está

---

156 SOTO, H., *op. cit.*, p. 212.

157 STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 446.

158 *Ibidem*, pp. 447-448.

159 *Vid* MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, pp. 127 y 128-189.

160 Por todos, HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 525.

constituida por el hecho de no haber conocido la causa que le permitía liberarse de su obligación, a menos que haya debido conocerla de haber actuado diligentemente[161].

e) Conflicto de intereses

La doctrina argentina ha vinculado los problemas de conflictos de intereses a la regulación de las costas y gastos de la defensa. También la ha relacionado a la eventual responsabilidad del asegurador por perjuicios que pueda provocar al asegurado en la dirección de la defensa[162].

Se estima que el asegurador debe actuar de buena fe, anteponiendo los intereses del asegurado sobre los propios, y avisándole para que tome las medidas necesarias[163].

La doctrina señala que existe un conflicto de intereses en los casos de infraseguro, cuando el reclamo excede la suma asegurada. También en la transacción, ante la negativa injustificada del asegurador de celebrar un acuerdo con el reclamante. Por último, la continuación injustificada de la litis por parte del asegurador, cuando el asegurador insista en defender «a pesar de que el reclamo del tercero sea correcto, y aun en caso de existir dudas acerca de la falta de responsabilidad del asegurado»[164].

Los casos de conflictos de intereses se resuelven otorgando al asegurador la posibilidad de declinar la defensa. Se contemplan sanciones al asegurador, que corresponden a la asunción de los costos y gastos del litigio, además de la eventual responsabilidad civil en que pueda incurrir[165].

f) Responsabilidad civil del asegurador por la dirección jurídica

La doctrina argentina considera que el asegurador puede incurrir en responsabilidad civil contractual ante el asegurado, por la dirección del proceso. Esta responsabilidad deriva de la obligación genérica del asegurador de mantener indemne al asegurado, establecida en el artículo 109 LS[166].

---

[161] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 430.

[162] *Vid* MEILIJ, G., *Seguro... op. cit.*, p. 131-136 y STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, pp. 449-473.

[163] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 526.

[164] MEILIJ, G., *op. cit.*, p. 135.

[165] Las reglas sobre gastos y costas son las que establecen, según hemos visto, los artículos 110 y 111 LS.

[166] Por todos, MEILIJ, G., *op. cit.*, p. 127.

En consecuencia, se ha señalado que los requisitos para que el asegurador incurra en responsabilidad civil por la dirección del proceso son los siguientes: «contrato válido y además vigente su cobertura al tiempo de la verificación de un siniestro cuya garantía haya sido aceptada por el asegurador; reclamo extrajudicial o demanda judicial promovida por el damnificado contra el asegurado, cuya gestión asume el asegurador; existencia de un límite máximo de cobertura; daño al asegurado en razón de haber sido afectado su patrimonio en tanto el débito de responsabilidad exigible por el tercero, supere la suma asegurada; que el daño se origine en ejercicio abusivo de la dirección de la litis por el asegurador y/o del profesional por quien responde; relación causal existente entre la inejecución de la prestación (comportamiento) a carga del asegurador (deudor) y el daño al asegurado»[167].

Halperín, quien estima que el asegurador tiene el deber de asumir la defensa del asegurado, afirma que «si el asegurador abandona la dirección del proceso después de asumirlo, viola injustificadamente el contrato, y se hace pasible del pago de todos los perjuicios que cause al asegurado, incluso de todos los gastos en que éste incurra para su defensa, aunque excedan del monto asegurado; y no podrá imputar al asegurado negligencia en la defensa»[168].

4.4. Derecho nacional

a) Concepto

La dirección del proceso es un complejo de cargas, derechos y deberes, que corresponden tanto al asegurador como al asegurado. En virtud de estas reglas, el asegurador asume el control de la defensa del asegurado, ante el reclamo o el juicio que persigue su responsabilidad civil cubierta[169].

En sentido estricto y entendida sólo como carga del asegurado, la dirección del proceso impone a éste conductas de abstención y colaboración para permitir que el asegurador realice la conducción del proceso. Por ejemplo, el asegurado debe conferir patrocinio y poder al abogado indicado por la compañía[170]. De esto se desprende que no puede otorgar poder a otro abogado.

---

[167] STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 460.

[168] HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 524.

[169] Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1255; LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 492.

[170] *V. gr.* POL 1 97 008 responsabilidad civil, artículo 12.2.

Pero un examen exclusivo de las cargas que impone la dirección jurídica parece insuficiente, pues existen otras circunstancias anexas e inseparables a un análisis completo. Por ejemplo, los casos de responsabilidad civil del asegurador por perjuicios causados al asegurado en la dirección de la defensa [171].

En general, la dirección del proceso no se analiza exclusivamente desde la perspectiva de las cargas del asegurado, sino que se tiene en cuenta la relación jurídica completa que ella comprende[172]. Nosotros intentaremos el mismo tipo de acercamiento[173].

b) Naturaleza del vínculo entre asegurado, asegurador y abogado

Salvo el caso examinado de España, donde se considera que la representación del asegurado por el asegurador puede considerarse una representación legal, la doctrina extranjera estima que el asegurador es mandatario del asegurado[174]. Como señala Garrigues, es un mandato en interés del mandatario, o al menos, de ambas partes[175].

Por lo tanto, al asegurador se le aplican las reglas de los mandatarios en lo relativo a responsabilidad, y a su obligación de no ejecutar un mandato manifiestamente pernicioso al mandante (artículos 2149 y 2129 del Código Civil).

Con relación al abogado, éste actúa en nombre del asegurado, pues es el propio asegurado quien le otorga mandato judicial. En consecuencia, las actuaciones del abogado se radican en su mandante, en aplicación de las reglas del mandato judicial[176].

---

[171] *V. gr.* POL 1 98 035 responsabilidad civil de profesiones médicas, cláusula 8. En esta estipulación, se establece que el asegurado tiene el deber de declarar a tiempo si asumirá la defensa.

[172] Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1253 y ss.

[173] Cfr. CALZADA, M., *El seguro... op. cit.*, pp. 92 y 114, quien analiza la actividad de defensa frente a la reclamación entre las obligaciones del asegurador, y luego examina el deber del asegurado de ceder la defensa al asegurador a propósito de los demás deberes del asegurado en el seguro de responsabilidad civil.

[174] Por todos, DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 400 y LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 493. La misma calificación jurídica le otorgaba GARRIGUES, J., *El contrato... op. cit.*, p. 380, antes de la promulgación de LCS.

[175] GARRIGUES, J., *El contrato... op. cit.*, p. 379.

[176] Las pólizas establecen la carga del asegurado de otorgar poder al abogado designado por el asegurador. *V. gr.* POL 1 91 080 responsabilidad civil, artículo 11: «a petición de la compañía, el asegurado tendrá que darle al abogado que ella designe, plenos poderes para que se haga cargo de la defensa; para que se pronuncie acerca de los fundamentos de las reclama-

c) *¿Facultad o deber de dirigir el proceso?*

Hemos visto que es discutido en las distintas jurisdicciones, si el asegurador tiene el deber o el derecho a dirigir el proceso. En nuestro país, la carga no está regulada en la ley, por lo que debe verificarse el contenido de las pólizas.

Como veremos a continuación, en ellas se puede pactar que la dirección del proceso *puede* ser asumida por el asegurador, o bien, puede estipularse que la dirección jurídica *debe* ser asumida por el asegurador.

c.1) Dirección facultativa

La mayoría de las pólizas de responsabilidad civil establecen que es una facultad del asegurador asumir la defensa del asegurado[177]. En consecuencia, el asegurador tiene la opción de defender o no defender al asegurado. Esta estipulación es admisible, pues los seguros de responsabilidad civil en Chile incluyen en la cobertura no sólo el valor de la indemnización, sino también los gastos y costas de la defensa[178]. Por ello, debe entenderse que los gastos de defensa son asumidos por el asegurador aun cuando abdique de la dirección jurídica. Por lo tanto, no quedaría al mero arbitrio del asegurador la contraprestación, sino que el ejercicio de su derecho a dirigir la defensa que, finalmente, cede en su propio interés[179].

---

ciones interpuestas en contra del asegurado; para tratar judicial o extrajudicialmente con los perjudicados, sus sucesores, cesionarios o representantes; para que organice la defensa y para que pueda celebrar arreglos, avenimiento o transacciones judiciales o extrajudiciales».

«El poder que el asegurado otorgue, en cumplimiento de la obligación señalada en el inciso precedente, se extenderá a las facultades de ambos incisos del artículo 7.º del Código de Procedimiento Civil, el que deberá reproducirse o darse por enteramente reproducido, para todos los efectos legales».

[177] La estipulación más común establece: «no obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, la designación del abogado que deba hacerse cargo de la defensa del asegurado es una facultad y no una obligación de la compañía» (*V. gr.* POL 1 91 080 responsabilidad civil, artículo 11).

[178] *V. gr.* Cláusula 3 POL 1 98 035 responsabilidad civil profesiones médicas: «a) La obligación de la Compañía comprende: 1) El pago de los daños por los que sea responsable el asegurado, conforme a lo previsto en esta póliza. 2) El pago de los gastos de defensa del asegurado, dentro de los términos y condiciones de la póliza, la cual incluye, entre otros: a) El pago de los gastos, costas e intereses legales que deba pagar el asegurado por resolución judicial o arbitral ejecutoriadas. b) El pago de los gastos en que incurra el asegurado, con motivo de la tramitación y liquidación de las reclamaciones, incluyendo honorarios profesionales».

[179] Esto queda demostrado porque aún en los seguros de responsabilidad civil que no contemplan la facultad del asegurador de designar al abogado, los gastos y costas están cu-

De todas maneras, surge para el asegurador el deber de pronunciarse a tiempo acerca de si asume o no la dirección del proceso[180]. De lo contrario, deberá responder de los perjuicios que pueda provocar su actitud. Es recomendable que las pólizas contemplen reglas acerca del efecto del silencio del asegurador, cuando habiendo recibido la notificación del reclamo o demanda, no se pronuncia acerca de si ejercerá el control de la defensa del asegurado[181]. Dada la naturaleza jurídica de la dirección del proceso, podría aplicarse analógicamente la regla del artículo 2125 del Código Civil, en virtud de la cual el silencio debe entenderse como aceptación.

La dirección jurídica es un concepto más amplio que la mera designación o control del abogado. En consecuencia, la renuncia del asegurado a su derecho a designar el abogado no afecta la pervivencia de las cargas de

---

biertos. La dirección del proceso se atenúa, pero subsiste de todas formas la facultad del asegurador de intervenir en la administración del reclamo y el proceso. *V. gr.* cláusula novena POL 1 99 008, responsabilidad civil de directores y ejecutivos y reembolso a la sociedad: « el asegurador determinará la forma y los términos del suministro de fondos para cubrir los gastos de defensa del asegurado».

«Los asegurados tienen el derecho y el deber de defenderse, y el asegurador no asume obligación alguna de defender a los asegurados. Los asegurados no asumirán obligaciones, ni celebrarán contrato de transacción, ni admitirán responsabilidades, y se abstendrán de incurrir en cualesquiera gastos de defensa, sin el previo consentimiento escrito del asegurador. Los fondos que corresponda pagar en virtud de un avenimiento o sentencia ejecutoriada y los gastos de defensa sólo serán recuperables bajo el presente contrato cuando hayan sido aprobados por el asegurador. La aprobación del asegurador sólo podrá ser denegada con justificación, en el entendido que, para determinar la razonabilidad del gasto, el asegurador tendrá derecho a participar activamente en todo acto o gestión relacionado con la defensa interpuesta contra cualquier siniestro, así como en la negociación de cualquier avenimiento relativo a los mismos».

[180] Este deber se reconoce expresamente por algunas pólizas. Por ejemplo, artículo 16 POL 1 02 031 responsabilidad civil de profesionales de la salud: «la designación del abogado que deba hacerse cargo de la defensa del asegurado es una facultad y no una obligación de la Compañía. En consecuencia y a su solo arbitrio, podrá ésta abstenerse de hacerlo, *indicándole al asegurado que proceda a contratar al abogado que éste estime conveniente*».

[181] Un ejemplo es la cláusula 8, POL 1 98 035 responsabilidad civil de profesiones médicas: «en caso que el asegurado reciba o sea legalmente notificado de una demanda o cualquier citación judicial, arbitral o compromisorio, la Compañía se obliga a manifestarle, de inmediato y por escrito, que no asume la dirección del proceso, si ésta fuese su decisión.

Si no realiza dicha manifestación en la forma prevista, se entenderá que la Compañía ha asumido la dirección de los procesos seguidos contra el asegurado y éste deberá cooperar con ella, en los términos de los siguientes incisos de esta Cláusula». En caso de no existir disposición legal, puede aplicarse supletoriamente el artículo 243 Código de Comercio, en virtud del cual el comisionista que rehúsa el encargo queda obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar aviso inmediato al comitente del rechazo y a tomar medidas conservativas.

no transigir sin autorización del asegurador, o de no reconocer responsabilidad. Más aún, el asegurador puede imponer al asegurado que éste le reconozca la facultad de aceptar los honorarios de los abogados[182]. Pero no puede hacerlo de manera que resulte abusiva, o bien, perjudicando los derechos del asegurado. De hacerlo, puede incurrir en responsabilidad civil contractual.

c.2) Dirección obligatoria

Si en la póliza de responsabilidad civil el asegurador se compromete a asumir la defensa del asegurado en todos los casos, entonces es manifiesto que está obligado a dirigir el proceso[183].

En estos casos, el asegurador debe asumir la dirección del proceso, siempre que exista un reclamo o una demanda que, al menos en apariencia, correspondan a la responsabilidad cubierta. El asegurador no debe asumir la defensa si el reclamo o demanda corresponde a un hecho que se encuentra manifiestamente fuera de la materia asegurada, o bien, si se trata de un riesgo excluido. Para determinar si se está o no ante un reclamo cubierto, debe atenderse a los hechos tal como han sido reclamados o alegados por la supuesta víctima[184].

d) Alcance del poder del asegurador de dirigir el proceso

d.1) Las facultades del asegurador

Una vez que el asegurador ha asumido la dirección de la defensa del asegurado, debe determinarse el ámbito de su poder decisorio en el control del juicio de responsabilidad civil del asegurado.

---

[182] Artículo 11 POL 1 91 080 responsabilidad civil: «no obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, la designación del abogado que deba hacerse cargo de la defensa del asegurado es una facultad y no una obligación de la compañía. En consecuencia y a su solo arbitrio, podrá ésta abstenerse de hacerlo, indicándole al asegurado que proceda a contratar al abogado que éste estime conveniente. *Pero aún en este caso, el asegurado no podrá convenir con dicho abogado el monto de los honorarios a pagarse por sus servicios, ni podrá celebrar transacciones con terceros sin el consentimiento expreso y escrito dado por la compañía*».

[183] Artículo 12.4 POL 1 97 008 responsabilidad civil y artículo 13 POL 1 02 30 responsabilidad civil: «la defensa del asegurado en un juicio civil la asumirá siempre la Compañía».

[184] Así se ha resuelto en los países en que se estima que la dirección jurídica es un deber. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1255 y OHLSSON, G., *op. cit.*, pp. 5, 10, 13, 14.

Las pólizas usualmente establecen que esta dirección supone la elección del abogado que defenderá el juicio, la negociación y celebración de transacciones o arreglos a nombre del asegurado, la negociación de los honorarios de los letrados y, en general, la determinación de la estrategia de la defensa en el juicio de responsabilidad civil[185].

Además, las condiciones generales usualmente estipulan que el poder que se otorga al abogado designado por el asegurador, incluya los señalados en los dos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil[186]. Debe destacarse que el inciso segundo de este artículo incluye, además de los poderes usualmente expresados en las pólizas, los siguientes: desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, absolver posiciones, renunciar los recursos o los términos legales, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores y percibir. Esto no quiere decir que los poderes correspondan al asegurador. Sin embargo, ellos pueden ser ejercidos indirectamente por el asegurador pues, en virtud de la dirección jurídica, el abogado actúa siguiendo sus instrucciones.

Todas estas son las facultades que, según las estipulaciones usuales de las pólizas, el asegurador puede ejercer, directa o indirectamente, en virtud de la dirección jurídica. ¿Qué ocurre si los poderes del asegurador no se expresan? La dirección del proceso es un concepto amplio, que incluye todas aquellas conductas destinadas a permitir el control de la defensa del asegurado. Por lo tanto, podría entenderse que basta con enunciar generalmente que el asegurado traspasa la dirección del proceso al asegurador, para que se transfieran todas las facultades expresadas. Sin embargo, la regla de interpretación *contra proferentem* (artículo 3 e DFL 251 de 1931), por la cual las estipulaciones ambiguas de la póliza se interpretan en contra del asegurador, hace conveniente que se describa detalladamente el contenido de la dirección jurídica en la póliza.

---

[185] *Vid* artículo 15 POL 1 91 081 responsabilidad civil profesional: «a petición de la compañía, el asegurado tendrá que darle al abogado que ella designe, plenos poderes para que se haga cargo de la defensa; para que se pronuncie acerca de los fundamentos de las reclamaciones interpuestas en contra del asegurado; para tratar judicial o extrajudicialmente con los perjudicados, sus sucesores, cesionarios o representantes; para que organice la defensa y para que pueda celebrar arreglos, avenimientos o transacciones judiciales o extrajudiciales».

[186] Artículo 19 POL 1 03 051, responsabilidad civil de médicos y otros profesionales de la salud: «el asegurado estará obligado a otorgar plenos poderes al abogado que la Compañía de Seguros designe, con las facultades de ambos incisos del artículo 7.º del Código de Procedimiento Civil, el que deberá reproducirse o darse por enteramente reproducido, para todos los efectos legales».

d.2) Control de la reconvención

Ni las pólizas ni el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil reconocen expresamente como poder del asegurado, el asumir el control de la demanda reconvencional, que pueda interponer el asegurado contra el demandante.

La reconvención es la demanda del demandado dirigida contra el acto dentro del mismo procedimiento. Se trata de una acción diferente a aquella que ejerce el demandante, por lo que normalmente deberían sustanciarse en procesos independientes[187]. De lo recién expresado, podría obtenerse que el asegurador no tendría control de la reconvención, pues ella excedería la actividad de defensa, al ser propiamente una demanda. Sin embargo, la reconvención es una *actitud del demandado*. Ella se ejerce con ocasión de ser demandado y, en la práctica, muchas veces corresponde a una estrategia de la defensa. Además, su resolución tiene efecto directo sobre la sentencia que resuelve la demanda. En el fondo, la reconvención aporta a la discusión de un mismo hecho. Por otro lado, no podría admitirse que la defensa sea controlada por el asegurador y la reconvención por el asegurado, pues eso atentaría con los fundamentos mismos de la reconvención, que son la unidad del proceso y la economía procesal. Sin embargo, así debería ocurrir si la reconvención es de naturaleza diversa a la demanda, por ejemplo, consiste en una acción reivindicatoria, o un cobro de pesos, o una compensación. Si lo que se resuelva sobre ellas no afecta el resultado de la acción de responsabilidad civil, entonces esa reconvención puede ser dirigida por el asegurado.

En consecuencia, debe estimarse que el asegurador debe tener el control de la demanda reconvencional, pues sustancialmente forma parte de la defensa del asegurador, salvo que la reconvención no tenga relación con el resultado de la acción de responsabilidad civil.

d.3) Apelación

La dirección del proceso comprende la facultad del asegurador de apelar, si estima que existen buenas posibilidades de obtener un pronunciamiento favorable en la segunda instancia. Por otro lado, el abogado designado por el asegurador puede, según el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, renunciar a la interposición de recursos, por lo que está autorizado para dejar transcurrir el plazo de la apelación. Esto no obsta a que pueda existir un conflicto de intereses entre asegurador y asegurado en

[187] RODRÍGUEZ PAPIC, I., *op. cit.*, p. 65.

orden a la decisión de apelar, o bien, que el asegurador pueda incurrir en responsabilidad civil contractual por apelar de manera negligente.

Si el asegurado decide apelar, en contra de la opinión del asegurador o sin su autorización, el asegurador podrá liberarse de su obligación de pagar la indemnización, por haber incurrido el asegurado en la inobservancia de una carga. Si el asegurador decide apelar, y la sentencia de segunda instancia resulta de una cuantía superior a la condena en primera instancia, el asegurador debe responder de los perjuicios si actuó con negligencia al apelar. Los perjuicios corresponden a los mayores gastos ocasionados, y a la diferencia entre la condena de segunda instancia y la de primera que no sean cubiertos por la póliza[188].

d.4) Defensa penal

En general, las pólizas no distinguen el tipo de jurisdicción en el cual asumirán la defensa, otorgando la dirección del proceso al asegurador en todo tipo de juicios[189].

No obstante, la doctrina es unánime en considerar que el asegurador no puede intervenir en la defensa penal, sino solamente para aconsejar al asegurado. Puede sí intervenir en la defensa de la acción civil interpuesta en sede penal. Aunque nada impide que el asegurado acepte la defensa del asegurador en el juicio penal[190]. A pesar de que el asegurado dirija la defensa penal y nombre su propio abogado, mantiene su derecho a ser indemnizado en la medida que los costos de defensa penal se incluyan dentro de la cobertura[191].

---

[188] Más equitativa nos parece la solución del derecho francés. LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, pp. 495-496, señala que en virtud de la cláusula de dirección del proceso, el asegurador se encuentra siempre en control de la decisión de interponer o no interponer recursos. Si recurre de apelación, y finalmente el asegurado es condenado al pago de una indemnización superior a la establecida en la sentencia apelada, el asegurador debe responder por los gastos de la apelación y por la diferencia entre ambas condenas, a pesar de que exceda el monto asegurado. Por su parte, el asegurado puede decidir apelar sin la anuencia del asegurador. En este caso, el asegurado corre con los gastos y soporta la eventual agravación de la indemnización, pero no pierde su derecho a ser indemnizado.

[189] Una excepción es la POL 1 97 008 responsabilidad civil, que en su artículo 12.4 señala que: «la defensa del asegurado en un juicio civil la asumirá siempre la Compañía. *De encontrarlo conveniente, la Compañía podrá encargarse de la defensa del asegurado en un proceso penal*».

[190] Por todos, STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, pp. 447-448.

[191] Por ejemplo, POL 1 02 023 responsabilidad civil profesional, artículo 2.5: «la cobertura otorgada por esta póliza adicionalmente incluye los gastos de defensa tanto civil como penal con los límites definidos en las condiciones particulares». No puede imponerse como carga la dirección del proceso penal.

El fundamento de esta regla radica en que, en la defensa penal, están en juego derechos fundamentales del asegurado, incluso la libertad y seguridad personal del asegurado, por lo que el derecho a la defensa individual (artículo 19 N.° 3 Constitución Política de la República), prevalece sobre las estipulaciones del contrato de seguro[192]. La carga que impone ceder la dirección del proceso penal al asegurador, o bien, que le otorga la facultad de asumir tal defensa, debe estimarse nula.

En conclusión, el asegurado es quien puede optar por defenderse en el juicio penal, o bien, ceder la dirección de la defensa al asegurador. El hecho de optar por dirigir su propia defensa no constituye inejecución de la carga de dirección del proceso, y el asegurador deberá igualmente indemnizar al asegurado hasta el límite señalado en las condiciones particulares.

e) Dirección jurídica y pluralidad de aseguradores

Al existir un reclamo de responsabilidad civil que puede resultar cubierto por más de un asegurador, debe determinarse cuál asegurador corre con los costos, en qué proporción, y cuál de ellos dirige el proceso.

Si existe más de un asegurador, puede estarse ante un caso de coaseguro o de seguro múltiple. En caso de existir coaseguro, no hay dificultad aparente, pues los aseguradores están concertados. Los costos serán distribuidos entre los aseguradores según las reglas de su acuerdo y, seguramente, la defensa corresponderá al «líder»[193].

Si existe seguro múltiple, deberá verificarse si las pólizas contemplan reglas para este caso. Si todos los seguros establecen la regla proporcional, los aseguradores deberán concurrir a prorrata del monto asegurado de cada seguro, siempre que todos ellos tengan la misma cobertura. Si en alguna póliza se establece que el asegurador no responderá si existen otros seguros comprometidos, esa cláusula debe estimarse de objeto ilícito por contravenir las buenas costumbres, o bien, estimarse cláusula abusiva[194]. En consecuencia, el asegurador deberá participar en los costos y en la indemnización a prorrata.

En cuanto a la determinación de cuál de los aseguradores debe asumir la defensa, se ha sostenido que, en los hechos, la elección corresponde al

---

[192] *Vid* CALZADA, M., *El seguro... op. cit.*, p. 96.

[193] El líder es el asegurador que realiza un rol de representación de los coaseguradores frente al asegurado. Usualmente es el que tiene participación mayoritaria en la cobertura (CONTRERAS, O., *El contrato... op. cit.*, p. 165).

[194] Pues se trata de una norma que se aleja de las reglas dispositivas de manera irracional e injustificada (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones... op. cit.*, p. 83).

asegurado[195]. Nuestra posición es que, sin ser obligatorio, es más conveniente que escoja al asegurador que cubra una mayor parte del riesgo, porque es el que tiene un mayor interés en el resultado del juicio.

f) Renuncia voluntaria a la dirección de la defensa

Por regla general, en las pólizas nacionales se establece que el asegurador tiene la libertad de optar si asume la dirección del proceso o no.

Las condiciones generales de los contratos de seguro de responsabilidad civil no expresan si el asegurador tiene la facultad de renunciar a la dirección del proceso, una vez que la ha asumido[196]. Según nuestra opinión, para resolver este punto debe distinguirse si el asegurador se ha obligado a asumir la dirección del proceso en la póliza, o si ésta sólo contempla que la dirección del proceso es una facultad del asegurador.

En el primer caso, el asegurador tiene una obligación contractual de defender. Por lo tanto, al abandonar la defensa incumpliría el contrato, por lo que incurriría en responsabilidad civil contractual. Podría aceptarse la aplicación en Chile de la doctrina norteamericana, por la cual el asegurador puede liberarse de este deber si ofrece al asegurado el monto total de cobertura de responsabilidad, para que el propio asegurado negocie una transacción a su discreción. Pero debe tenerse presente que esta solución no es admitida unánimemente en Estados Unidos[197].

En el segundo caso, a falta de norma expresa, consideramos que deben aplicarse las reglas del mandato, pues es ésta la relación que existe entre asegurador y asegurado. En aplicación a ellas, el asegurador es libre para declinar la dirección del proceso, «mientras el mandante [el asegurado] se halle todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona» (artículo 2124 del Código Civil). Para que esta renuncia surta efecto, debe ser notificada al asegurado y, además, debe dejar transcurrir un tiempo razonable hasta que el asegurado pueda hacerse cargo de la dirección de la defensa por sí mismo. Sin embargo, debe señalarse que el abogado designado por el asegurador debe continuar la representación y defensa del asegurado, a pesar de la renuncia a la dirección jurídica por parte del asegurador, según las reglas generales del mandato judicial. Este

[195] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 81.

[196] Nos referimos a los casos de renuncia voluntaria. Puede ocurrir que el asegurador se vea en la necesidad de renunciar, si quiere mantener sus excepciones contra el asegurado, o bien, si existe conflicto de intereses.

[197] OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 43.

abogado tiene una relación de mandato judicial con el asegurado, de modo que la renuncia a la dirección jurídica del asegurador, no se traduce en la terminación automática del mandato judicial entre asegurado y abogado designado por el asegurador. Por lo tanto, si el abogado designado por el asegurador renuncia, debe continuar atendiendo la defensa del reclamo durante un tiempo razonable. De haberse iniciado el juicio, este lapso debe ser, al menos, el término de emplazamiento, según el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil[198].

La renuncia de la dirección del proceso por parte del asegurador supone, evidentemente, la renuncia de las cargas de colaboración en la dirección jurídica, incluyendo la renuncia de las cargas de no reconocer la responsabilidad y no transigir sin autorización del colaborador[199]. Esto no quiere decir que el asegurado pueda actuar con negligencia grave en el juicio de responsabilidad civil, por ejemplo, reconociendo su responsabilidad sin que sea necesario, ignorando citaciones, o dejando de presentar prueba. Si actúa con extrema negligencia en la defensa del juicio, puede estimarse que hay inobservancia de la carga de salvamento, establecida por el artículo 556 n.° 4 del Código de Comercio[200]. Además, se entiende que las sentencias o transacciones obtenidas o acordadas con fraude contra el asegurador, no le son oponibles[201].

No obstante, puede admitirse la intervención del asegurador en la defensa del asegurado, pero sólo a título de supervigilancia consultiva y colaboración. Esto se debe a que el asegurador mantiene el interés en que la indemnización no sea exagerada, a pesar de no dirigir el juicio. Debe tenerse presente que la dirección jurídica no consiste sólo en nombrar al abogado del asegurado, sino que es el control de la defensa del asegurado. En consecuencia, aun en casos en que el asegurador no designa al abogado, puede estimarse que hay dirección jurídica, aunque de manera atenuada[202].

---

[198] STITCHKIN BRANOVER, DAVID, *El mandato*, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª edic., Santiago, 1975, pp. 403 y 408.

[199] En el mismo sentido, LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 495, que señala que si el asegurador renuncia a dirigir el proceso, el asegurado recobra la plena libertad de dirigir su defensa, sin que pueda incurrir en ningún tipo de sanción por este hecho.

[200] Cfr. HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 522, quien opina que la dirección del proceso es una manifestación de la carga de salvamento en el seguro de responsabilidad civil.

[201] LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*., p. 497.

[202] Es el caso de la POL 1 01 021 responsabilidad civil de directores y ejecutivos, cláusula 14. En esta póliza se estipula que es el asegurado quien debe asumir su propia defensa. Sin embargo, el asegurador se reserva cierto grado de supervisión, pues sigue manteniendo interés en la conducta del asegurado en orden a no agravar el siniestro. Además, la información del asegurado le sigue siendo útil, tanto para la liquidación del siniestro específico,

g) Dirección del proceso y oposición al pago de la indemnización

La doctrina comparada considera que la asunción de la dirección de la defensa por el asegurador, impide que éste alegue posteriormente la inobservancia de cargas o alguna otra consideración en virtud de la cual pueda eximirse del pago del seguro[203]. En Chile, puede obtenerse el mismo resultado si se aplican las reglas de la renuncia del efecto extintivo de las cargas.

---

como para aumentar su acervo de conocimientos sobre el tipo de riesgo. En este tipo de cláusulas, las cargas del asegurado deben interpretarse de manera menos estricta, pues la injerencia del asegurador no es la misma. Por ejemplo, el asegurador no tiene derecho a oponerse a una transacción, salvo que ésta sea manifiestamente exagerada. En cambio, si designara al abogado y controlara su actividad, le correspondería una injerencia más directa en la negociación de la transacción. La cláusula 14 de la póliza establece: «sujeto a lo dispuesto en esta cláusula, será deber de los *asegurados* y no del *asegurador* asumir la defensa y atender los *reclamos* y/o *investigaciones formales* que fueran presentados en su contra.

El *asegurador*, dentro de los términos y condiciones de la *póliza*, y como parte integrante del *límite de responsabilidad* o de los límites máximos establecidos para las cláusulas de cobertura 6, 7 y 8, se compromete al adelanto de los *gastos de defensa, gastos de representación legal*, y *gastos de publicidad* conforme se vayan produciendo, siempre y cuando éstos se efectúen y notifiquen al *asegurador* conforme a las instrucciones estipuladas por éste en las comunicaciones posteriores a la notificación del *reclamo*.

En caso de ser aplicables las exclusiones A. – Mala Fe o Dolo, o B. – Retribuciones Improcedentes de Administradores, el *asegurado* estará obligado a devolver al *asegurador* los *gastos de defensa, gastos de representación legal*, y/o *gastos de publicidad* adelantados por éste sujeto a lo establecido en la cláusula octava de las condiciones generales, aplicabilidad de cobertura en situaciones de pérdida cubierta y no cubierta.

El *tomador del seguro*, el *grupo corporativo*, y/o los *asegurados* aceptan no transigir, conciliar o llegar a acuerdos judiciales o extrajudiciales, ni incurrir en *gastos de defensa, gastos de representación legal* o *gastos de publicidad*, ni asumir cualesquiera obligaciones contractuales o reconocer responsabilidad alguna respecto a cualquier *reclamo*, sin el previo consentimiento expreso y por escrito del *asegurador*, que no será denegado injustificadamente. El *asegurador* no asumirá responsabilidad alguna por conciliación, acuerdo, *gastos de defensa, gastos de representación legal, gastos de publicidad*, obligación o reconocimiento de responsabilidad, a los que no haya consentido expresamente por escrito.

El *asegurador* tendrá el derecho y se le dará la posibilidad de participar conjuntamente con los *asegurados* en la investigación y defensa, incluyendo, pero no limitadas a la negociación de una transacción u otro acuerdo similar en relación con cualquier *reclamo* que pudiera estar cubierto en todo o parte por esta *póliza*. Sin embargo, el *asegurador* no tendrá obligación alguna de participar en dichos procedimientos.

El *tomador del seguro*, el *grupo corporativo* y/o los *asegurados* deberán proporcionar al *asegurador* toda la información, asistencia y cooperación que el *asegurador* razonablemente solicite, y acuerdan que, en el caso de cualquier *reclamo* y/o *investigación formal*, los *asegurados* no harán nada que pueda perjudicar la posición del *asegurador* en sus derechos potenciales o reales de recobro».

[203] Por todos, HALPERÍN, I., *Seguros... op. cit.*, p. 525.

Si el asegurador tiene intención de conservar sus excepciones contra el asegurado, tiene dos posibilidades. En primer lugar, puede renunciar a la defensa del asegurado, alegando la existencia de alguna causa específica que le permite oponerse al pago[204]. En segundo lugar, podría celebrar con el asegurado un acuerdo de no renuncia o *non waiver agreement*[205].

No obstante, la doctrina entiende que el asegurador puede oponer una excepción al pago del seguro, aun sin cumplir con los requisitos señalados, si es que no se enteró o no pudo razonablemente enterarse del surgimiento de una causa que le permita liberarse de su obligación de indemnizar[206].

b) Conflicto de intereses

h.1) Fundamento legal de las reglas sobre conflicto de intereses

Ni la ley ni las pólizas establecen reglas sobre conflicto de intereses entre el asegurador y el asegurado. Pero existen normas legales de las cuales puede obtenerse el principio según el cual el asegurador debe renunciar a la dirección jurídica si existe conflicto de intereses, a menos que el asegurado consienta en su continuación.

En primer lugar, el objeto del contrato de seguro es garantizar la indemnidad del asegurado. En consecuencia, el asegurador no puede hacer nada que contravenga su obligación contractual, a menos que el asegurado incumpla una obligación o deje de ejecutar una carga. Al cumplir el contrato, debe actuar de buena fe, según lo establece el artículo 1546 del Código Civil, lo que implica que se obliga no sólo a lo que en el contrato se expresa, sino a todo lo que emana de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenezcan a ella.

En segundo lugar, atendida la naturaleza jurídica del mandato que tiene la dirección del proceso, existen dos reglas que permiten fundar los principios sobre conflicto de intereses.

La primera es la establecida en el artículo 2149 del Código Civil. Esta norma indica que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato

---

[204] LAMBERT-FAIVRE, Y., *op. cit.*, p. 495. Estas posibles excepciones podrían ser, entre otras, la inejecución de una carga, la nulidad del contrato, una exclusión de riesgo, el incumplimiento de la obligación de pago de la prima.

[205] Debe recordarse que el *non waiver agreement* permite al asegurador oponer, en un momento posterior a la defensa jurídica, sólo aquellas excepciones que se hayan designado expresamente en el acuerdo (*vid supra* nota 132). Además, se requiere que el asegurador informe a tiempo al asegurado, es decir, al momento de conocer que existe una causa de oposición al pago (DERRINGTON y ASHTON, *op. cit.*, p. 402; OHLSSON, G., *op. cit.*, p. 48).

[206] Por todos STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G., *op. cit.*, p. 430.

cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante[207]. La segunda es la señalada en el artículo 2144 del Código Civil, por la cual el mandatario no puede, por sí o por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante[208].

En virtud de estas reglas, el asegurador, al dirigir la defensa, no puede ejecutar algún acto o dar alguna instrucción que vaya contra algún interés del asegurado. Además, debe abstenerse de ejecutar su encargo en aquellos casos en que puede existir un conflicto de intereses entre el asegurador y el asegurado.

h.2) Concepto y casos de conflicto de intereses

Existe conflicto de intereses siempre que el asegurador, en amparo de su conveniencia, esté en situación de realizar un acto o adoptar una decisión en la dirección jurídica, que puedan resultar contrarios a la finalidad que el asegurado tuvo al contratar el seguro.

En efecto, el asegurado contrata un seguro de responsabilidad civil con un doble interés. Por un lado, resultar completamente indemnizado en caso de ser condenado al pago de una indemnización o, al menos, que su participación en el pago de la indemnización sea la menor posible. Por otro lado, contar con un capital suficiente y con asesoría especializada para enfrentar el juicio de responsabilidad civil, de manera de poder defender su inocencia, ante la eventualidad de que la condena tenga un grave efecto contra su prestigio. Al ser éste el contenido de la protección que el asegurador garantiza al asegurado en el seguro de responsabilidad civil, toda conducta del asegurador contraria a dicho objetivo, estará contraviniendo, en último término, el contrato[209].

---

[207] STITCHKIN, D., *op. cit.*, pp. 221-222, señala que la disposición citada se inserta en la obligación del mandatario de actuar con la diligencia y cuidado de un buen padre de familia. Para Stitchkin, ésta comprende no sólo el deber de obrar diligentemente, sino que, también, el de abstenerse de ejecutar aquellos actos que pueden ser perjudiciales al mandante. Cita como ejemplos de este deber no sólo la disposición contenida en el artículo 2149, sino que, además, las establecidas en los artículos 2145 y 2146 del Código Civil. En estos artículos, se exige la autorización del mandante para que el mandatario tome dinero a interés para sí, que sea colocado por él mismo por orden del mandante, o bien, para quedarse con la diferencia del mayor interés estipulado en la colocación de dinero del mandante.

[208] Stitchkin ubica esta norma entre las limitaciones legales a las facultades del mandatario, las que tienen por finalidad «cautelar los intereses del mandante» (*Ibidem*, p. 293).

[209] En este sentido, MEILIJ, G., *op. cit.*, p. 135, al referirse a las soluciones propuestas por el Derecho argentino a propósito de los conflictos de intereses, señala que «no se debe

Como hemos visto, existen ciertas circunstancias en que es probable que el asegurador anteponga su interés por sobre el interés del asegurador. Haciendo aplicación de la experiencia comparada en nuestro Derecho, puede sostenerse que hay conflicto de intereses: si existen reclamos cubiertos y no cubiertos, que pueden llevar al asegurador a favorecer los segundos en perjuicio del asegurado; si el asegurador y el reclamante están asegurados por la misma compañía, o bien, dos o más de las partes demandadas están aseguradas por la misma compañía, y las alegaciones de ésta a favor de una pueden perjudicar a la otra; si existen reclamos superiores al monto asegurado por la póliza; si el asegurado tiene la necesidad imperiosa de demostrar su inocencia; si el asegurador tiene conexiones comerciales con la víctima o reclamante.

Esta enumeración no debe estimarse taxativa, pues existe conflicto de interés siempre que pueda contravenirse el objeto del contrato por el asegurador, en razón de que en cierta circunstancia la conveniencia del asegurador pueda ser contraria a la del asegurado.

h.3) Actitudes del asegurador. Sanción

Los conflictos de intereses no son, en sí mismos, incumplimientos contractuales del asegurador, sino que, más bien, constituyen indicios o presunciones de que puede provocarse este incumplimiento y, más que eso, perjuicio al asegurado.

Por esto, no puede considerarse que haya ilicitud en el hecho mismo de que exista conflicto de intereses, pero el conflicto de intereses es un indicio relevante del peligro de que el asegurador pueda incumplir perjudicialmente el contrato. En consecuencia, la doctrina extranjera está de acuerdo en que, si el asegurador se da cuenta de la existencia de un conflicto de intereses, debe notificar de esto inmediatamente al asegurado[210]. Esta comunicación puede tener dos objetivos, dependiendo de la naturaleza del conflicto de intereses. Por un lado, puede estar dirigida a requerir su autorización respecto de una actuación específica[211]. Por otro lado, puede realizarse para que el asegurado decida si consiente en que el asegurador

---

perder de vista que el asegurado contrata en forma onerosa, persiguiendo una finalidad de indemnidad. Y que el asegurador en definitiva, pone en juego una cobertura que ha sido prevista técnicamente para lograr tales objetivos».

[210] Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, p. 1274. Si el asegurado se entera de un conflicto de interés, también surge para él el deber de notificar al asegurador.

[211] Por ejemplo, aprobar una transacción o la interposición de un recurso de apelación, si existe conflicto de intereses.

continúe dirigiendo el proceso, o asume su defensa él mismo[212]. En ambos casos, el asegurador continúa obligado a pagar los costos de la defensa y de la indemnización hasta el monto asegurado. La decisión del asegurador debe ser justificada, y el conflicto de intereses real. De lo contrario, puede considerarse un caso de abuso de derecho.

Consideramos que sería conveniente la estipulación de una regla similar a la *Queen's Counsel clause*, por la cual se encargue a un tercero imparcial la decisión a adoptar en caso de conflicto de intereses. Esta cláusula es especialmente conveniente respecto de conflictos de interés, cuya existencia es tan incierta como aquellos casos en que el asegurado pretende proteger su prestigio profesional.

Si el asegurador no notifica el conflicto de intereses, o bien, no respeta la decisión del asegurado, deberá estimarse que ha incumplido el contrato. En consecuencia, deberá pagar la indemnización a la que se comprometió según la póliza, además de los perjuicios que haya podido provocar al asegurado[213]. Pero el asegurador se libera de su responsabilidad civil si prueba que no ha existido real conflicto de intereses, o bien, que el asegurado ha actuado abusando de su derecho[214]. Además, puede sostenerse que tales actos pueden ser declarados inoponibles al asegurado, en virtud de que el asegurador, como mandatario, ha actuado fuera de los límites del mandato, salvo que el asegurado haya ratificado expresa o tácitamente estos actos (artículo 2160 del Código Civil)[215].

i) Responsabilidad civil del asegurador por la dirección jurídica

En virtud del contrato de seguro, el asegurador tiene la obligación de mantener indemne al asegurado. En consecuencia, todo perjuicio al asegu-

---

[212] Por ejemplo, admitir que el asegurador siga dirigiendo el proceso, a pesar de que el reclamante esté asegurado por el mismo asegurador, o bien, a pesar de que el reclamante sea una filial del asegurado.

[213] La determinación de los perjuicios debidos dependerá del tipo de conflicto de interés de que se trate. Por ejemplo, si el asegurador rechaza injustificadamente una transacción en un caso de infraseguro, deberá indemnizar al asegurado por la diferencia entre la oferta de transacción y el monto superior por el que haya sido condenado.

[214] Por ejemplo, si el asegurado se opone a una transacción a todas luces conveniente, alegando exageradamente un perjuicio a su imagen profesional.

[215] STITCHKIN, D., *op. cit.*, p. 297, utiliza un razonamiento análogo para fundar la inoponibilidad de los autocontratos cuando éstos suponen un riesgo o peligro para el mandante.

rado que pueda imputarse a culpa o dolo del asegurador en la ejecución de la dirección jurídica, debe ser indemnizado por el asegurador[216].

En consecuencia, el asegurador debe responder de perjuicios si no asume la dirección jurídica, estando obligado a hacerlo. También es responsable si, careciendo de dicha obligación, no comunica a tiempo al asegurado si asumirá o no la defensa. Asimismo, debe responder si no notifica al asegurado de la existencia de conflicto de intereses, o bien, no respeta las decisiones no abusivas del asegurado en caso de conflicto justificado. Por último, corresponde que el asegurador responda en caso de aceptar una transacción desfavorable, o bien, rechazar un arreglo beneficioso, y en todos aquellos casos en que su actuación como director del proceso provoque daño al asegurado.

Con respecto a la responsabilidad por el hecho del abogado, debe señalarse que el abogado puede incurrir en responsabilidad directa con el asegurado, pues es el asegurado quien le otorga poder. El asegurador responde ante el asegurado por la negligencia del abogado, siempre que éste actúe en conformidad a sus instrucciones[217]. Sin embargo, si el abogado es dependiente del asegurador, responderá este último como principal responsable, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2320 del Código Civil. Además, el asegurador puede responder contractualmente por culpa *in eligendo*, si fue negligente en la elección del letrado[218].

Finalmente, debe considerarse, tal como sugiere Sánchez Calero, que la conducta del asegurador no debe valorarse tanto por el resultado, sino por las circunstancias que se presentan al momento de adoptar las decisiones[219].

---

[216] Por todos, CALZADA CONDE, M., *El seguro... op. cit.*, p. 96.

[217] DUGDALE, D., *op. cit.*, p. 164.

[218] SÁNCHEZ CALERO, F., «Dirección...» *op. cit.*, pp. 1278-1279.

[219] *Ibidem*, p. 1279.

Conclusiones

De lo analizado a lo largo de esta tesis, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. No existe un concepto general de carga para el Derecho. Sí es posible sostener que carga es una expresión que tiene un significado técnico en el Derecho. En efecto, al utilizar la expresión «carga» en el lenguaje jurídico, se hace referencia a un gravamen inherente a una posición jurídica, que constituye un requisito necesario para el disfrute del beneficio intrínseco que tal posición jurídica supone.

2. No existe coincidencia en la doctrina acerca del concepto de carga del asegurado. En nuestra opinión, esto se debe a dos circunstancias. En primer lugar, a que no existe claridad respecto al elemento cuya eficacia es afectada por la carga: un poder, una facultad o un derecho. En segundo lugar, a que no hay acuerdo acerca de cómo ese elemento es afectado: si se impide su surgimiento, si se suspende, si se extingue o se hace ineficaz.

3. No obstante, consideramos posible la elaboración de un concepto de carga si se realizan dos operaciones. Primero, si se amplía el punto de vista, y se analiza esta institución más allá de la mera relación entre acreedor y deudor, abriendo la perspectiva hacia la relación obligatoria completa. Segundo, si se acepta que el efecto de la carga puede lograrse a través de diversos mecanismos técnicos, como la inexigibilidad del crédito, la extinción del derecho, la ineficacia por rescisión, la caducidad o el plazo extintivo.

4. En consecuencia, puede sostenerse que la carga del acreedor es un elemento pasivo de la relación obligatoria, en virtud de cuya inejecución el deudor puede oponerse transitoria o definitivamente al cumplimiento del crédito gravado con la misma.

5. La necesidad de ejecutar la carga puede provenir tanto de la estructura del tipo negocial donde la carga se inserta, como de la imposición legal o del pacto convencional. Si proviene de la estructura negocial, es una carga estructural, cuyo contenido no puede estimarse ilícito o abusivo, pues está integrado lógicamente en la forma de la relación obligatoria. En estos casos, existe una verdadera necesidad técnica en la ejecución de la carga. Ahora bien, esto no quiere decir que la ejecución de la carga ceda sólo en interés propio del acreedor, pues existe un evidente interés de la contraparte en la inejecución de la carga. La carga tiene un efecto conminatorio indirecto.

6. Si la necesidad de ejecutar la carga proviene de la imposición legal o del pacto convencional, es una carga no estructural. Por lo tanto, la carga no estructural puede ser legal o convencional. Pero en ambos casos, la necesidad de la ejecución de la carga ya no es una necesidad derivada de la forma del tipo, sino que es contingente, ya que la carga ha sido establecida o pactada en virtud de razones de conveniencia. Por lo tanto, la carga no estructural es un mecanismo para la imposición de conductas en la relación obligatoria, y generalmente corresponde a un deber. Con esto, se obtiene que el contenido de esta carga puede ser evaluado en cuanto a su licitud.

7. De este modo, si bien las cargas del acreedor pueden tener naturaleza diversa, es decir, pueden derivar unas de la estructura del tipo y otras del establecimiento legal o pacto contractual, todas ellas son parte del concepto de carga del acreedor.

8. La carga del acreedor es una institución conceptualmente autónoma. No es una condición, pues el hecho de que la carga del acreedor pueda entenderse como un antecedente para la eficacia de un derecho, no significa que técnicamente pueda identificarse con esta figura. No es pacto comisorio, pues no siempre redunda en la extinción del contrato. No es derecho potestativo, pues la conducta que impone es más que una declaración unilateral que altera una mera facultad. No es un límite del derecho de crédito, pues no es ajena a la relación obligatoria, sino que está inserta en ella misma. No es un deber accesorio, pues su inejecución no redunda en el derecho a ser indemnizado, sino que afecta a una parte en cuanto a su posición de acreedor en la relación obligatoria. No es un deber de protección, pues no se trata de conductas que provoquen daño al momento en que el deudor cumple, sino que precisamente evitan que esa oportunidad tenga lugar. Por último, la carga estructural de información no puede identificarse con el consentimiento exento de vicios, pues el error requiere una relevancia cuyos requisitos son diversos a las exigencias para dar por inejecutada una carga.

9. Las cargas del acreedor presentan ciertas características que pueden motivar al legislador o a los contratantes a establecerlas o acordarlas. Las cargas

del acreedor tienen un poderoso efecto conminatorio indirecto, como es la pérdida del crédito. De este modo, la imposición o pacto de cargas permite que ciertas conductas ineficazmente exigibles como obligaciones, tengan suficiente repercusión en cuanto a su inejecución. Además, las cargas permiten realizar una redistribución del riesgo de inejecución de las conductas, atribuyéndoselo a quien está en control de ese riesgo. Por último, las cargas suponen, en los hechos, una simplificación de las reglas de responsabilidad contractual, y una consiguiente disminución del costo de distribución judicial del daño.

10. Las *warranties* y *conditions* del Derecho de contratos inglés son términos que ocupan la misma posición en la estructura convencional que las cargas del acreedor, pues son cláusulas contractuales distintas de las obligaciones principales, que no son ejecutables. Sin embargo, no son estrictamente equivalentes a las cargas del acreedor, pues difieren en sus efectos. Por esto, las *warranties* son análogas a los deberes accesorios del Derecho continental. Por su parte, las *conditions* son asimilables a obligaciones contractuales que, sin ser la obligación principal, se estiman suficientemente relevantes para dar por resuelto el contrato ante su incumplimiento, con indemnización de perjuicios.

11. Las cargas del asegurado son un tipo de carga no estructural, legal o contractual. Son deberes secundarios del contrato de seguro, distintos del pago de la prima, cuya inobservancia tiene como efecto la pérdida del derecho del asegurado a la indemnización del seguro, efecto que puede ser inhibido por la acreditación de imposibilidad o ausencia de perjuicio para el acreedor. La carga del asegurado tiene un efecto sancionatorio para el asegurado, que se manifiesta como la opción que tiene el asegurador de oponer la excepción de inejecución de la carga al contestar la demanda, donde se le exige el cumplimiento de la garantía aseguradora para el siniestro en que la inobservancia ha incidido.

12. Las cargas del asegurado no son obligaciones pues, a diferencia de las obligaciones principales del contrato de seguro, las cargas del asegurado no son ejecutables. Por otro lado, no se trata de deberes accesorios, pues su inejecución trae aparejada la ineficacia del derecho del asegurado a la indemnización del seguro, esto es, la pérdida del crédito. En cambio, el incumplimiento de deberes accesorios tiene por consecuencia el nacimiento de la obligación de indemnizar perjuicios correspondiente a la parte incumplidora.

13. En el Derecho chileno, existen dos tipos de cargas para el asegurado. Las primeras son las cargas legales, establecidas en el artículo 556 del Código de Comercio, cuya sanción es la ineficacia del derecho del asegurado, derivada de la rescisión del contrato, según el artículo 558 del mismo Código. Esta es una sanción especial de ineficacia por circunstancias sobrevivientes, por

lo que en este caso no puede identificarse rescisión con nulidad relativa. Las segundas son las cargas contractuales, establecidas en las pólizas, cuya inejecución tiene por efecto la liberación del asegurador de pagar la indemnización pactada en el seguro. Ambos tipos de cargas del asegurado comparten los caracteres del concepto de carga del acreedor y, específicamente, de carga del asegurado.

14. Las cargas del asegurado son generalmente deberes objetivos, pero que pueden ser subjetivos dependiendo del contenido que les otorguen las partes. El asegurador se libera de su obligación desde el momento de la inobservancia, sin que se requiera intimar este hecho al asegurado. Usualmente, el efecto liberatorio de la carga se opondrá al momento en que el asegurador sea demandado por el pago de la indemnización del seguro. La prueba de la inejecución de la carga corresponde generalmente al asegurador, salvo que se trate de la prueba de hechos negativos. La interpretación del alcance de la carga del asegurado es restrictiva, pues se trata de una sanción. Además, el efecto de la inobservancia de la carga por parte del asegurado puede entenderse renunciada, a partir de ciertos actos del asegurador que dan a entender esta circunstancia, o que son incompatibles con la voluntad de oponer la inejecución de la carga. Por último, el asegurado puede evitar el efecto liberatorio de la carga para el asegurador, si prueba que no ha podido ejecutarla en virtud de caso fortuito, o bien, que la falta de ejecución de la carga no ha provocado perjuicio al asegurador.

15. Si bien existen diferencias en cuanto al régimen de las *conditions* y *warranties* en el contrato de seguros del *Common Law* y las cargas del asegurado en el Derecho chileno, puede sostenerse que se trata de figuras funcionalmente afines. Ambas son formas de imponer deberes secundarios a los asegurados, ante cuya inejecución el asegurador puede liberarse de su obligación de pago de la indemnización de un siniestro cubierto. Esto significa que, teniendo presente las diferencias entre *conditions*, *warranties*, y cargas del acreedor, las primeras son figuras que sirven para ilustrar el funcionamiento de esta última. Además, todas ellas presentan fundamentos comunes que justifican su imposición.

16. Tanto las *conditions* y *warranties* como las cargas del acreedor son mecanismos contractuales que permiten al asegurador diseñar contratos que atenúen los problemas de asimetría de información y riesgo moral, característicos del contrato de seguro. Las cargas del asegurado le traspasan a éste el riesgo de infidelidad de la información y de la inejecución de conductas necesarias para el correcto funcionamiento del contrato. Esto puede traer aparejado como beneficio una disminución del precio de la prima y el traspaso de información y de incentivos, del asegurador al asegurado, para la prevención de siniestros.

17. Las cargas del asegurado cumplen una función reestablecedora del equilibrio contractual, al disminuir las consecuencias del riesgo moral y de la asimetría de la información. Sin embargo, el nuevo paradigma de la contratación masiva ha traído como resultado una reformulación del equilibrio contractual en el seguro, de manera que la contratación por adhesión atenúa la justificación de la predisposición de cargas del asegurado. Debe recordarse, a este respecto, que las cargas del asegurado son cargas no estructurales y, por lo tanto, es posible analizar la equidad de su contenido.

18. En consecuencia, es justificado preguntarse acerca de la licitud o ilicitud de las cargas del asegurado en cuanto a su contenido. En la medida que sean fieles a su función restablecedora del equilibrio, no podrá estimarse que adolecen de objeto ilícito. Pero si su finalidad es entorpecer injustificadamente el derecho del asegurado a obtener su indemnización puede cuestionarse la licitud de su objeto.

19. Con respecto a la posibilidad de aplicar a las cargas del asegurado la normativa de protección al consumidor, debe sostenerse que ésta es una materia discutible. Por un lado, puede señalarse que, al no existir regulación legal relativa a la licitud o ilicitud del objeto de las cargas al contratar por adhesión, la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores tiene aplicación supletoria. Por otro lado, puede sostenerse que esta regulación sí existe, y corresponde a un reenvío que la ley hace al órgano administrativo competente, es decir, la Superintendencia de Valores y Seguros. No obstante, parece necesaria la creación de un estatuto especial para el consumidor de seguros. De lo contrario, lo más probable es que los tribunales apliquen la normativa de protección al consumidor al contrato de seguros. Esto se debe a que no existen razones jurídicas concluyentes para negar esa posibilidad, y existe una necesidad práctica insatisfecha de acceso a la justicia en materia de seguros.

20. La experiencia de control de contenido del seguro en el *Common Law* refleja una transición desde un respeto irrestricto a la libertad de configuración interna de los contratos, hasta la intervención estatal del contenido del contrato de seguro. Esta intervención ha tenido un aumento paulatino. Proviene de la actividad de control administrativo del clausulado contractual, pasando por la intervención judicial del contenido del seguro, llegando a la promulgación de leyes que determinan imperativamente el funcionamiento de las cláusulas del contrato. Si bien la intervención de la autoridad en el control de las cláusulas del seguro es un proceso universal, es recomendable que ella se produzca una vez que existe un acervo de conocimientos suficientes sobre el funcionamiento del seguro. Hasta ese instante, una autorregulación efectiva constituye un tránsito prudente.

21. La carga de notificación del reclamo o demanda en el seguro de responsabilidad civil es una declaración de ciencia cuya finalidad es tutelar el interés del asegurador, en orden a tener temprano conocimiento de los hechos que puedan provocar el pago de la indemnización de un siniestro cubierto. En la medida que esta finalidad sea satisfecha, la carga de notificación debe darse por ejecutada. De manera tal que si el asegurador opone una inejecución formal de la carga, el asegurado puede evitar el efecto extintivo de la carga alegando ausencia de perjuicio.

22. En el seguro de responsabilidad civil, no es correcto hablar de la notificación del siniestro. El siniestro es la deuda de responsabilidad civil, y para que se produzca es necesario que se establezca que esa deuda existe, y cuál es su monto. Lo que debe notificarse en este tipo de seguro, son circunstancias anteriores al siniestro. Ellas son el reclamo, demanda o el hecho del cual pueda derivarse responsabilidad civil cubierta para el asegurado.

23. En lo relativo al elemento personal de la carga de notificación, debe precisarse el sujeto pasivo y el sujeto activo. En cuanto al sujeto pasivo, debe distinguirse quién puede ejecutar la carga y a quién puede oponerse la ejecución de la carga. Con respecto al primer interrogante, deberá responderse de acuerdo al contenido de la carga. Por regla general, puede ejecutarla cualquiera, a menos que sea necesaria la ejecución personal de un sujeto, lo que es excepcional en el seguro de responsabilidad civil. En cuanto a la segunda, la inejecución de la carga libera al asegurador, independiente de quién sea el sujeto que la haya inejecutado. Por su lado, el sujeto activo de la carga es el asegurador. No obstante, ella puede ser ejecutada válidamente ante cualquier sujeto que jurídicamente sea o de hecho tenga apariencia de representante con poder suficiente del asegurador.

24. El efecto de la inejecución de la carga de notificación es la pérdida del derecho del asegurado a su indemnización. Esta consecuencia se produce a través de la ineficacia por rescisión legal, o bien, la mayoría de las veces, a través de la liberación del asegurador de su obligación de indemnizar, contemplada usualmente en las pólizas. La prueba de la falta de ejecución, es decir, de notificación suficiente, corresponde al asegurador. Esto último tiene como excepción el hecho de que la prueba suponga la acreditación de hechos negativos como, por ejemplo, el hecho de que no ha existido notificación alguna.

25. El asegurado puede oponer tres alegaciones ante la excepción de inejecución de la carga de notificación. La primera de ellas es la renuncia por parte del asegurador. Ella supone que éste, teniendo conocimiento de que ha existido una notificación insatisfactoria, ha realizado actos que generan una expectativa válida en el asegurado, en orden a que no opondrá la inejecución

de la carga para liberarse de su obligación indemnizatoria. La segunda es la ausencia de perjuicio, en virtud de la cual el asegurado debe probar que el asegurador tuvo un conocimiento funcionalmente suficiente del reclamo, demanda o hecho del cual puede surgir responsabilidad cubierta. Esto último es independiente de cuál sea la fuente de donde proviene la información. La tercera es la alegación de caso fortuito. Ella implica acreditar que el asegurado no ha podido notificar, por un hecho irresistible ajeno a su causa. Debe destacarse que esta defensa sólo tiene como efecto la suspensión del plazo para notificar la carga, mientras dure el impedimento.

26. Las cargas relativas a la dirección jurídica componen una institución propia de la regulación del seguro de responsabilidad civil. Más que una carga, la dirección jurídica constituye una figura compleja, con elementos pasivos tanto para el asegurado como para el asegurador. Esta figura puede dividirse en cuatro cargas para el asegurado, las que muchas veces son parte de situaciones que implican deberes para el asegurador.

27. La primera de ellas es la carga de no reconocer la propia responsabilidad. Esta carga, a diferencia de la regla general, sólo debe ser observada por el asegurador. Su función es evitar la colusión entre asegurado y víctima, o bien, menos que lo anterior, evitar la producción o aumento de un siniestro de responsabilidad civil. Por lo tanto, la ejecución de la carga no es estricta, sino que basta que sea razonable.

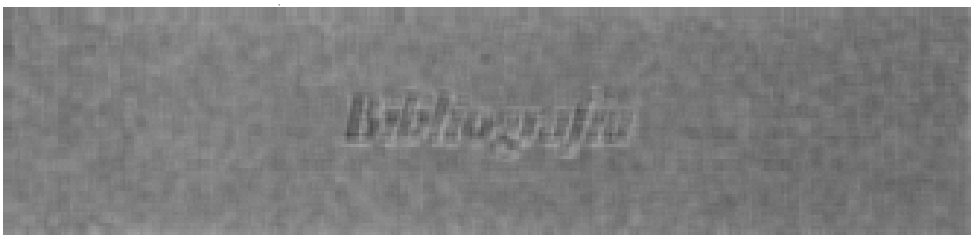
28. La carga de no celebrar acuerdo o transacción sin autorización del asegurador presenta una estructura compleja. Por un lado, existe una carga de no transigir que protege el interés del asegurador, al privar al asegurado de su derecho a ser indemnizado, si celebra transacción sin autorización del primero. Esta carga se pacta a favor del asegurador, aun cuando éste no asuma la defensa del asegurado, lo que le otorga un cierto grado de independencia con respecto a la dirección jurídica. Por otro lado, existe un deber del asegurador de comportarse de manera prudente al conducir las negociaciones con la víctima. Este deber se manifiesta en que las decisiones negligentes del asegurador, o injustificadamente contrarias al interés del asegurado, que le provoquen daño a éste último, otorgan derecho al asegurado a obtener indemnización de perjuicios.

29. La carga de colaboración en la dirección del proceso contiene tres características en su regulación, que le otorgan un contenido flexible. En primer lugar, la regla general es que la colaboración necesaria debe ser requerida por el asegurador. En segundo lugar, la información que el asegurado debe entregar es sólo aquella que razonablemente puede conocer, de manera que la carga tiene un contenido subjetivo. En tercer lugar, la ejecución de la carga debe interpre-

tarse a la luz de la función de la misma. Por lo tanto, la carga se estima ejecutada si le otorga al asegurador los medios necesarios para investigar el reclamo y defender el juicio de responsabilidad civil.

30. La carga de dirección del proceso es un sistema de cargas del asegurado y deberes y facultades del asegurador, en virtud de los cuales éste asume el control de la defensa del asegurado, ante el reclamo o juicio de responsabilidad civil cubierta. La dirección jurídica supone la imposición al asegurado de una carga de abstención en la adopción de determinaciones en cuanto a su defensa. Pero, al mismo tiempo, esta circunstancia otorga facultades e impone deberes al asegurador. Las facultades determinan cuál es el rango de control del asegurador sobre la defensa del asegurado. Los deberes señalan cuáles son las conductas que el asegurador debe realizar o evitar, para no provocar perjuicios al asegurado, los que le otorgan derecho a este último a indemnización de perjuicios. Estos deberes están principalmente vinculados a los límites que imponen los conflictos de intereses a la dirección jurídica del asegurador.

31. En síntesis, puede señalarse que existe un significado técnico de la expresión carga, que calza con el concepto de carga del acreedor. La carga del acreedor es una institución con autonomía conceptual suficiente, si bien su efecto propio se produce por medio de distintos mecanismos técnicos y está compuesta por tipos de distinta naturaleza, las cargas estructurales y no estructurales. Dentro de estas últimas, se encuentran las cargas del asegurado, las que tienen gran relevancia en el contrato de seguro, en virtud de que su estructura técnica otorga mayor eficacia a deberes secundarios que son importantes para el correcto funcionamiento de esta especie de convención. Las cargas del asegurado tienen una disciplina legal propia, que las constituye como un sistema autónomo inserto en la categoría de los deberes. La disciplina legal de las cargas del asegurado es única, pero se manifiesta con diversos matices en los distintos tipos de seguros. En el seguro de responsabilidad civil, a pesar de las peculiaridades relativas al concepto de siniestro y de las particularidades de la dirección del proceso, puede sostenerse que existe una verdadera carga de notificación del reclamo, y que existen cargas que componen la estructura compleja de la institución de la dirección jurídica. Ellas coinciden sustancialmente con la disciplina de las cargas del asegurado, las que a su vez encajan con el concepto de cargas del acreedor. Por lo tanto, puede concluirse que las cargas del acreedor se manifiestan en el seguro de responsabilidad civil como un sistema de deberes conceptualmente autónomo, aplicado a la realidad concreta de este tipo contractual.



Obras Generales

AA. VV., *Ley de contrato de seguro*, Sánchez Calero, F. (dir.), 2.ª edic., Aranzadi, Navarra, 2001.

— *Studi in onore di Antigono Donati*, Congresso Mondiale di Diritto delle Assicurazioni (3.°. 1970. Paris), Edizioni delle Revista Assicurazioni, Roma, 1970.

— *Traité de droit des assurances*, Bigot, J., (dir.), L.G.D.J., París, 2002, v. 3.

Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 4.ª edic., Santiago, 2001.

Abraham, Kenneth S., *Distributing risk*, Yale University Press, New Haven, 1986.

Alfaro Águila-Real, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

Alauzet, *Traité general des assurances*, Cosse Imprimeur-éditeur, París, 1844.

Alessandri R., Arturo; Somarriva U., Manuel y Vodanovic H., Antonio, *Tratado de derecho civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, v. 1.

— *Tratado de las obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 2001.

Atiyah, P. S., *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, 5.ª edic., Oxford, 1995.

Australian Law Reform Commission, *Insurance contracts*, Report n.° 20 (1982).

Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. J. L. De los Mozos, Madrid, 1969.

— *Teoría general del negocio jurídico*, A. Martínez (trad.), Comares, Granada, 2000.

Birds, John , «Insurance contracts» en Birds, John; Bradgate, Robert y Villiers, Charlotte, *Termination of contracts*, Wiley Chancery, West Sussex, 1995, pp. 81-98.

Birds, John y Hird, Norma J., *Birds´ modern insurance law*, Thomson Sweet and Maxweel, 5.ª edic., Londres, 2001.

Black, H. C. *et al.*, *Black's law dictionary*, West, 6.ª edic., St. Paul, Minn., 1990.

BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., (coord.), *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES, *El seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2005.
— *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983.
CANDIAN, AURELIO, *Instituciones de Derecho privado*, trad. B. P.L. de Caballero, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961.
CARBONNIER, JEAN, *Droit civil*, Thémis, París, 1996, v. 4.
CARTER, J.W., *Breach of contract*, Sweet and Maxwell, 2.ª edic., Londres, 1991.
CIFUENTES, SANTOS, *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
CLARKE, MALCOLM A., *Policies and perceptions of insurance. An introduction to insurance law*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
— *The law of insurance contracts*, LLP, 3.ª edic., Londres, 1997.
— *The law of insurance contracts*, LLP, *looseleaf*, Londres, 2003.
CLARO SOLAR, LUIS., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. Revista general de legislación y jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, 3.ª edic., Madrid, 1951, v. 3.
CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS, *Derecho de daños*, Bosch, 2.ª edic., Barcelona, 1999.
CONTRERAS STRAUCH, OSVALDO, *El contrato de seguro*, La Ley, Santiago, 2002.
— *Jurisprudencia sobre seguros. Recopilación y análisis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, 3.ª edic., Buenos Aires, 1993, p. 941.
D'AMELIO, MARIANO (dir.), *Nuovo Digesto italiano*, UTET, Torino, 1939.
DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.
DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
— *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Civitas, 2.ª edic., Madrid, 1987.
—*Temas de Derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972.
DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Bosch, Barcelona, 1965.
DERRINGTON, DESMOND K. y ASHTON, RONALD S., *The law of liability insurance*, Butterwhorths, Sydney, 1990.
DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
— *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico reales. El registro de propiedad – la posesión*, Tecnos, Madrid, 1983.
— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Civitas, 5.ª edic., Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, *Instituciones de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
— *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, 9.ª edic., Madrid, 1998, v. 1.
DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
DONATI, ANTÍGONO, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Giuffré, Milán, 1954, v. 2.
DURANTE, ALDO, *L'assicurazione di responsabilita civile*, Giuffré, 3.ª edición, Milán, 1962.
ELIASHBERG, CONSTANT, *Responsabilité civil et assurances de responsabilité civile*, L'Argus, 2.ª edic., París, 1993.
FABRES, JOSÉ CLEMENTE, *Obras completas*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1908.
FLUME, WERNER, *El negocio jurídico*, trad. J. M. Miquel y E. Gómez, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
FUEYO LANERI, FERNANDO, *Catalogación de conceptos de derecho privado*, Montecorvo, Madrid, 1968.
— *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 1991.
— *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno*, Editorial Revista de Derecho Privado, 2.ª edic., Santiago, 1953.
GALGANO, FRANCESCO, *Instituzioni di diritto privatto*, CEDAM, Milán, 2000.
GALIMBERTI, BEATRIZ y RUSELL, ROY (eds.), *The Oxford spanish dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
GARRIGUES, JOAQUÍN, *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, 2.ª edic., Madrid, 1982.
— *Curso de Derecho Mercantil*, Temis, Bogotá, 1987, v. 4.
GIORGI, JORGE, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, Revista de Legislación, Madrid, 1909.
GIORGIANNI, MICHELE, *La obligación*, trad. E. Verdera y Tuells, Bosch, Barcelona, 1958.
GOLDSCHMIDT, JAMES, *Teoría general del proceso*, trad. L. Prieto, Editorial Labor, Barcelona, 1936.
GUASP, JAIME y ARAGONESES, PEDRO, *Derecho procesal civil*, Civitas, 5.ª edic., Madrid, 2002.
GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Derecho privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
HALPERÍN, ISAAC, *Seguros*, Depalma, 3.ª edic., Buenos Aires, 2001.
HODGIN, RAY, *Insurance Law*, Cavendish, 2.ª edic., Londres, 2002.
HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
IVAMY, E. R. HARDY, *General principles of insurance law*, Butterworths, 6.ª edic., Londres, 1993.
JESS, DIGBY CHARLES, *The insurance of professional negligence risks: law and practice*, Butterworths, Londres, 1989.
JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

JOSSERAND, LOUIS, *Derecho Civil*, trad. S. Cuchillos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, v. 2, t. 1.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *et. al.*, *Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de familia*, José María Bosch, 4.ª edic., Barcelona, 1997.

— *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, José María Bosch, 3.ª edic., Barcelona, 1994, v. 2.

— *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, José María Bosch, 2.ª edic., Barcelona, 1990.

LAMBERT-FAIVRE, YVONNE, *Droit des assurances*, Dalloz, 11.ª edic., París, 2001.

LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, trad. J. Santos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

— *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez, Ariel, 2.ª edic., Barcelona, 2001.

LE TOURNEAU, PHILIPPE, *La responsabilidad civil*, trad. J. Tamayo, Legis, Bogotá, 2004.

LEBMAN, *Manual de Derecho procesal civil*, trad. S. Sentis-Melendo, Buenos Aires, 1980.

LEGH-JONES, NICHOLAS; BIRDS, JOHN y OWEN, DAVID C., *MacGillivray on insurance law*, Thompson Sweet and Maxwell, 10.ª edic., Londres, 2003.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª edic., Santiago, 2001.

LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, v. 1.

MASCAREÑAS, CARLOS (dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, Francisco Seix, Barcelona, 1951.

MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. S. Sentis, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952.

MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LEÓN, y MAZEAUD, JEAN, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. L. Alcalá, Ediciones Jurídicas Europa-Jurídica, Buenos Aires, 1978, v. 2, t. 2.

MCGEE, ANDREW, *The modern law of insurance*, Butterworths, Londres, 2001.

MCKENDRICK, EWAN, *Contract law*, Palgrave Macmillan, 5.ª edic., Hampshire, 2003.

MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, trad. A. Martínez, Bosch, Barcelona, 1995.

MEILIJ, GUSTAVO RAÚL, *Seguro de responsabilidad civil*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

MERKIN, ROBERT, *Colinvaux's law of insurance*, Sweet and Maxwell, 7.ª edic., Londres, 1997.

MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. S. Sentis, E.J.E.A., Buenos Aires, 1954.

MEZA BARROS, RAMÓN, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

MONTERO AROCA, JUAN, *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORTATI, COSTANTINO y SANTORO-PASARELLI, FRANCESCO (dir.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffre, Milán, 1980.

MÜLLER, HEING y HAEUSCH, GUNTER, *Langenscheidts Handwörterbücher Spanich*, Lagenscheidt, 11.ª edic., Berlín, 1988.

OSSA G., EFRÉN J., *Teoría general del seguro. El contrato*, Temis, 2.ª edic., Bogotá, 1991.

PERÁN ORTEGA, JUAN, *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998.

PESCIO VARGAS, VICTORIO, *Manual de Derecho civil. Teoría general del acto jurídico y teoría de la prueba*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.

PFENNIGSTORF, WERNER, *German insurance laws*, VVW, 3.ª edic., Karlsruhe, 1995.

PICARD, MAURICE, y BESSON, ANDRÉ, *Les assurances terrestres en droit français*, LGDJ, París, 1950.

PLANIOL, MARCEL, *Traite Élémentaire de Droit Civil*, LGDJ, París, 1921, v. 2.

PLANIOL, MARCEL, y RIPERT, GEORGES, *Droit Civil Français*, LGDJ, París, 1931, v. 7.

POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Traité du contrat d'assurance*, Raux-Rambert, Marseille, 1810.

QUENAULT, HYPPOLITTE-ALPHONSE, *Traité des assurances terrestres*, Warée, París, 1828.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Espasa Calpe, 21.ª edic., Madrid, 1992.

ROZAS VIAL, FERNANDO, *Los bienes*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998.

SANDOVAL, RICARDO, *Contratos mercantiles*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, v. 2.

SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. A. Luna, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del Diritto Civile*, Edit. Jovene, 9.ª edic., Napoli, 1985.

SCALFI, GIANGUIDO, *Manualle delle assicurazioni private*, EGEA, Milán, 1994.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO, *Estudios de Derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967.

SÉRIAUX, ALAIN, *Droit des obligations*, Presses Universitaires de France, París, 1992.

STIGLITZ, RUBEN S., *Derecho de seguros*, Abeledo-Perrot, 3.ª edic., Buenos Aires, 2001.

STIGLITZ, RUBEN S. y STIGLITZ, GABRIEL A., *Seguro contra la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 2.ª edic., Buenos Aires, 1994.

SUTTON, KENNETH, *Insurance law in Australia*, LBC Information Services, 3.ª edición, Pyrmont, 1999.

TARR, A. A.; KWAI-LIAN, LIEW y HOLLIGAN, W., *Australian Insurance Law*, The Law Book Company, 2.ª edic., North Ryde, 1991.

TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE y LEQUETTE, YVES, *Droit Civil*, Dalloz, 8.ª edic., París, 2002.

TRABUCCHI, ALBERTO, *Instituzioni di diritto civile*, CEDAM, 40.ª edic., Padova, 2001.

TREITEL, G. H., *The law of contract*, Thompson Sweet and Maxwell, 11.ª edic., Londres, 2003.
TRIMARCHI, PIETRO, *Instituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 11.ª edic., Milán, 1996.
URÍA, RODRIGO, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 28.ª edic., Madrid, 2001.
VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edic., Santiago, Chile, 2003.
VIVES MONTERO, MARÍA LUISA, «Traducción de la reforma 2002 del BGB», en *Anuario de Derecho Civil*, v. 55, t. 3, julio-septiembre (2002), pp. 1229-1310.
VODANOVIC H., A., *Derecho de obligaciones*, Ediciones periodísticas y estadísticas, Santiago, 1970.
VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1934.
WIEACKER, FRANZ, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982.

OBRAS CONEXAS

ALAS, L.; DE BUEN, D., y RAMOS, E., *De la prescripción extintiva*, Junta Para la Ampliación de Estudios, Madrid, 1918.
ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS «La interpretación de las condiciones generales de los contratos» en *Revista de Derecho Mercantil*, n.° 183-184 (1987), pp. 7-61.
ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, «Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB», en *Anuario de Derecho Civil*, v. 55, t. 3, julio-septiembre (2002), pp. 1133-1227.
ALESSANDRI BESA, ARTURO, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1949.
ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales*, Editorial Universitaria, Santiago, 1936.
ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL Y VODANOVIC H., ANTONIO *Tratado de los derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, 6.ª edic., Santiago, 2001.
ASOCIACIÓN DE ASEGURADORES DE CHILE, *Boletín de opinión*, n.° 17, Noviembre (2001).
BAMBACH SALVATORE, MARÍA VICTORIA, «Las cláusulas abusivas», en *Contratos*, E. Barros (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 47-79.
BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, «Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: una lectura en clave objetiva» en *Revista Chilena de Derecho*, v. 24 n.° 1 (1997), pp. 151-177.
BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, *Del enriquecimiento a expensas de otro. Sobre sus orígenes y evolución en el derecho chileno*, Inédito, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago, 2002.
BORDA, ALEJANDRO, *La teoría de los actos propios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.
BRAHM GARCÍA, ENRIQUE, *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena*, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, v. 1.

BROSETA PONT, MANUEL y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, 11.ª edic., Madrid, 2003, v. 2.

BROWNSWORD, ROGER, y HOWELLS, GERAINT, «The implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts- some unresolved questions» en *Journal of Business Law*, mayo (1995), pp. 243-263.

BROWNSWORD, ROGER, «Two concepts of good faith» en *Journal of Contract Law*, 7 (1994), pp. 197-244.

CABALLERO LOZANO, JOSÉ M., *La mora del acreedor*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992.

CABALLERO SÁNCHEZ, ERNESTO, *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Mapfre, Madrid, 1997.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000.

CADOGAN, I. y LEWIS, R., «Do insurers know best? An empirical examination of the extent that insurers comply with their statements of Practice and whether they are satisfactory substitute for reform of the law», *Anglo American Law Review*, 21 (1992), pp. 123-137.

CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES, «La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la ley de contrato de seguro (LCS)» (1), en *Revista Española de Seguros*, n.° 89 (1997), pp. 45-68.

CAÑIZARES LAZO, ANA, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, trad. S. Sentis (5.ª edic. italiana), Ediciones Jurídicas Europa América, 2.ª edic., Buenos Aires, 1973.

CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 4.ª edic., Buenos Aires, 1994, p. 177.

CASANUEVA SÁNCHEZ, ISIDORO, *Las categorías de invalidez en los negocios jurídicos. Análisis dogmático y jurisprudencial*, Ediciones Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002.

CATTANEO, GIOVANNI, *La cooperazione del creditote all'adempimento*, Giuffre, Milán, 1964.

CHADWICK VALDÉS, TOMÁS, «De la naturaleza jurídica del dolo» en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 35, Derecho, pp. 141-172; t. 36 Derecho, pp. 5-32; 33-64; 65-107.

CONTRERAS STRAUCH, OSVALDO, «De la cláusula *claims made* en los seguros de responsabilidad civil» en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n.° 8 (1996), pp. 101-113.

COUSTASSE, ALBERTO e ITURRA, FERNANDA, *El caso fortuito ante el derecho civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958.

CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO, «Caducidad y autonomía privada: especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes» en *La Ley*, 4 (1986), pp. 1005-1021.

DE LA MAZA GAZMURI, ÍÑIGO, «Contrato de adhesión y cláusulas abusivas» en *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.° 1, Diciembre (2003), pp. 109-147.

DERRINGTON, J., «Recent australian insurance law reform: the intent and the result: a model for England?» en *British Insurance Law Association Journal*, 91 (1996), pp.19-27.

DIDIER, PHILIPPE, *De la representation en droit privé*, LGDJ, París, 2000.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, «El contenido de la relación obligatoria», en *Anuario de Derecho Civil*, v. XVII, 1984, pp. 349-366.

— *La doctrina de los actos propios*, Bosch, Barcelona, 1963.

— *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

— *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.

— «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Abascal, J., *et. al.* (coord.), Civitas, Madrid, 1996, pp. 29-43.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, «Aspectos de la constitucionalización del Derecho civil chileno», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 93, Derecho, pp. 107-137.

— *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Derecho sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 1998.

DUCCI CLARO, CARLOS, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 1977.

DURÁN RIVACOBA, RAMÓN, «La nueva ley española sobre las condiciones generales de la contratación», en H. Corral (edit.), *Derecho del consumo y protección al consumidor: estudios sobre la ley N.° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión Jurídica 3 (Universidad de los Andes), Santiago, 1999, pp. 15-123.

EKDAHL ESCOBAR, MARÍA FERNANDA, *La doctrina de los actos propios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

ESPÍN ALBA, ISABEL, *La cláusula penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERMANDOIS VÖRINGHER, ARTURO, *Derecho constitucional económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, «Fundamentos constitucionales del derecho de los contratos: intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe», en H. Corral y G. Acuña (edit.), *Derecho de los Contratos*, Cuadernos de Extensión Jurídica 6 (Universidad de los Andes), Santiago, 2002, pp. 17-46.

FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, *El patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, 2.ª edic., Santiago, 1997.

FRIEDMAN, DAVID, *Law's order. What economics has to do with law and why it matters*. Princeton University Press, New Jersey, 2000.

FUENTESECA, CRISTINA, *La condición potestativa*, Dykinson, Madrid, 1999.

FUEYO LANERI, FERNANDO, «La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 55, Derecho, pp. 95-113.

GANDOLFI, GIUSEPPE, voz *onere reale*, en Mortati, C. y Santoro-Pasarelli, F. (dir.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffre, Milán, 1980.

GARCÍA GONZÁLEZ, ALEJANDRO, *Responsabilidad civil contractual. Obligaciones de medios y de resultados*, Conosur Lexis Nexis, Santiago, 2002.

GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN, «La relación jurídica y el derecho subjetivo» en PUIG I FERRIOL, LLUIS, *et al.*, *Manual de Derecho civil I. Introducción y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

GIRGADO PERANDONES, PABLO, *El principio indemnizatorio en el seguro de daños*, Comares, Granada, 2005.

GÓMEZ CORRALIZA, BERNARDO, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990.

GRAVELLE, HUGH, «Insurance law and adverse selection» en *International Review of Law and Economics*, v. 11 (1991), pp. 23-45.

GRAWEIN, ALEXANDER, *Verjärung und Geseftzliche Befristung*, Leipzig, 1880.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, «La buena fe en el Código Civil de Chile» en *Revista Chilena de Derecho*, v. 29 N.° 1 (2002), pp. 11-23.

HASSON, REUBEN, «The special nature of the insurance contract: a comparison of the American an the English law of insurance», en *Modern Law Review*, 47 (1984), pp. 505-522.

ITOH, J., «The challenge to the future», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 72 (1994), pp. 334-356.

ITURMENDI MORALES, GONZALO, «La delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil (la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de seguro)», en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, Mayo-Junio (1996), pp. 7-46.

JARA AMIGO, RONY, «Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones», en *Derecho del consumo y protección al consumidor*, H. Corral (edit.), Cuadernos de Extensión 3 (Universidad de los Andes), Santiago, 1999, pp. 47-74.

LAGOS VILLARREAL, OSVALDO, «Criterios para la determinación de la cobertura y el principio de los actos propios en el seguro», en *Estudios de derecho comercial*, M. Bernet (dir.), Universidad Católica del Norte, 2004, pp. 115-122.

— «Para una recepción crítica de la caducidad», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 4 Julio (2005), pp. 81-105.

LARRAYA RUÍZ, LUIS JAVIER, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados*, Aranzadi, Navarra, 2001.

LATORRE CHINER, NURIA, *La agravación del riesgo en el contrato de seguro*, Comares, Granada, 2000.

LEÓN HURTADO, AVELINO, *El objeto en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958.

— *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª edic., Santiago, 1990.

LIRA URQUIETA, PEDRO, «El concepto jurídico de la caducidad y la prescripción extintiva», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 24, Derecho, pp. 144-168.

— *Las prescripciones de corto tiempo en el Código Civil*, Imprenta Chile, Santiago, 1926.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, LUIS MIGUEL, *La condición suspensiva en los contratos*, Montecorvo, Madrid, 2000.

LÓPEZ RICHART, JULIÁN, *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, Madrid, 2001.
LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Abascal, J., *et. al.* (coord.), Civitas, Madrid, 1996, pp. 151-167.
— *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª edic., Santiago, 2001.
— *Sistemas de interpretación de los contratos*, Ediciones Universitarias, Valparaíso, 1971.
MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995.
MAZZONI, COSIMO MARCO, «Invalidità degli atti giuridici» en *Rivista di Diritto Civile*, vol. 1 (1989), pp. 225-232.
MERA FIGUEROA, JORGE, *Fraude civil y penal*, Editorial Jurídica Conosur, 2.ª edic., Santiago, 1994.
MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, trad. S. Sentis, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961.
MONTERO AROCA, JUAN, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1996.
MORALES MORENO, ANTONIO-MANUEL, «El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro» en *Anuario de Derecho Civil*, Octubre-Diciembre XXXVI (III)(1983), pp. 1529-1546.
MUÑOZ PAREDES, JOSÉ MARÍA, *El coaseguro*, Civitas, Madrid, 1996.
NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Report on Insurance Law Reform*, 1997, Londres: NCC.
OSSA G., EFRÉN J., «La transmisión de la propiedad de la cosa asegurada y su incidencia en el contrato de seguros en el derecho chileno» en *Revista Chilena de Derecho*, v. 5 (1978), pp. 178-191.
PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
— *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
PERALTA VALENZUELA, RICARDO, «Cláusulas "*claims made*" y "*per ocurrence*", en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, n.° 9 (2002), pp. 71-76.
PÉREZ CONESA, CARMEN, *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999.
PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS, *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Comares, Granada, 1993.
PIÑA ROCHEFORT, JUAN IGNACIO, *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de legislativa*, Universidad de los Andes, Santiago, 2004.
PONS GARRIGA, ANTONIO, *La rescisión del contrato de seguro*, Dykinson, Madrid, 1998.
PRADO PUGA, ARTURO, «Algunos aspectos sobre la caducidad y su distinción con figuras afines», en *Gaceta Jurídica*, n.° 274 (2003), pp. 7-15.
— *Manual de cuentas corrientes bancarias y cheques*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
RAMOS PAZOS, RENÉ, «La estipulación en favor de otro» en *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, n.° 193, enero-junio (1993), pp. 7-35.

REA JR., SAMUEL A., «The economics of insurance law» en *International Review of Law and Economics*, v. 13 (1993), pp. 145-162.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso?» en *Revista de Derecho Privado*, Junio (2001), pp. 465-504.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *La obligación como deber de conducta típica*, Universidad de Chile, Santiago, 1992.

— *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

RODRÍGUEZ PAPIC, IGNACIO, *Procedimiento civil*, Editorial Jurídica de Chile, 5.ª edic., Santiago, 1995.

ROSENBERG, *La carga de la prueba*, trad. E. Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1956.

RUÍZ MUÑOZ, MIGUEL, «Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador» en *Revista Española de Seguros*, n.° 65 (1991), pp. 13-45.

SAAVEDRA GALLEGUILLOS, FRANCISCO JAVIER, *El objeto y la causa del acto jurídico*, Conosur, Santiago, 2000.

SAAVEDRA, FRANCISCO JAVIER, «El principio general de la buena fe» en *Instituciones modernas de Derecho civil*, Conosur, Santiago, 1996, pp. 357-373.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, «La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro» en *Revista Española de Seguros*, n.° 89, Enero-Marzo (1997), pp. 7-43.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho del consumidor*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

— *Las reformas introducidas por la ley n.° 19.955 de 14 de julio de 2004 a la ley N.° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores*, LexisNexis, Santiago, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, «La estafa de seguro. Criminología, dogmática y política criminal» en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid (1987), pp. 329-359.

SOBRINO R., WALDO AUGUSTO, «La función social del seguro de responsabilidad civil *vs.* la cláusula *claims made*» en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, N.° 18 (2002), pp. 107-126.

SOLÍS DE OVANDO, «La representación y el mandato» en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 41, Derecho, pp. 146-168.

STITCHKIN BRANOVER, DAVID, *El mandato*, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª edic., Santiago, 1975.

STIGLITZ, JOSEPH E., «Risk, incentives and insurance: the pure theory of moral hazard» en *Geneva Papers on Risk and Insurance*, n.° 26, January (1983), pp. 4-33.

STIGLITZ, RUBÉN S., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

— «Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de la situación en Argentina», en *Revista Española de Seguros*, n.° 89 (1997), pp. 111-130.

TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO y VALDIVIA OLIVARES, JOSÉ MIGUEL, *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

TOMMASO SCOZZAFAV, OBERDAN, «*onere* (*nozione*)», en Mortati, C., y Santoro-Pasarelli, F. (dir.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffre, Milán, 1980.

TRIMARCHI, PIETRO, «Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale» en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, t. XXVI, (1970), pp. 512-531.

VEIGA COPO, ABEL, *Condiciones en el contrato de seguro*, Comares, Granada, 2005.

VELOSO VALENZUELA, PAULINA, «Cláusulas abusivas» en *Instituciones modernas de Derecho civil*, Conosur, Santiago, 1996.

VERDERA Y TUELLS, EVELIO, «La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del tribunal superior español: una primera revisión crítica» en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, N.° 8 (1996), pp. 58-100.

VITUCCI, PAOLO, «Prezcrizione e decadenza» en *Instituzioni di Diritto Privato*, M. Bessone (dir.), G. Giappichelli editore, 8.ª edic., Torino, 2001, pp. 1234-1237.

VODANOVIC H., ANTONIO, *La fianza*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1999.

VON WRIGHT, HENRIK, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García, Tecnos, Madrid, 1979.

WIEACKER, FRANZ, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982.

YEPES RESTREPO, SERGIO, «Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro: ¿validez de las *claims made* en el seguro de responsabilidad civil?» en *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n.° 15 (1999), pp. 99-128.

OBRAS ESPECÍFICAS

ALONSO SOTO, RICARDO, *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977.

ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA y EVANGELIO LLORCA, RAQUEL, «Dirección jurídica» en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Boquera, J; Bataller, J. y Olavarría, J. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 831-837.

BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO, «Cláusulas delimitadoras del riesgo, consentimiento contractual y expectativas razonables del asegurado» en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, n.° 3, año 7, Julio-Septiembre (2000), pp. 29-38.

BARBATO, H., *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

BARROS TORRES, JOSÉ MANUEL, «El conocimiento del riesgo en el contrato de seguros: algunos alcances sobre la carga o deber de información» en H. Corral y G. Acuña (edit.) *Derecho de los contratos. Estudios sobre temas de actualidad*, Cuadernos de Extensión Jurídica 6 (Universidad de los Andes), Santiago, pp. 189-206.

BENNET, HOWARD N., «Good luck with warranties», en *Journal of Business Law*, May (1991), pp. 592-598.

BIRDS, JOHN, «Self-regulation and insurance contracts», en *New foundations for insurance law*, F. D. Rose (ed.), Stevens and Sons, Londres, 1987, pp. 1-18.

— «The effect of breach of an insurance warranty», en *The Law Quarterly Review*, pp. 540-544.

— «Warranties in insurance proposal forms» en *Journal of Business Law*, 1977, pp. 231-240.

BUCK, SILVIA, *Die obliegenheiten im spanischen versicherungsrecht*, VVW, Karlsruhe, 2004.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988.

CLARKE, MALCOLM A., «The reasonable expectations of the insured- in England? en *Journal of Business Law*, September (1989), p. 389-404.

DAVEY, JAMES, «Insurance claims notification clauses: innominate terms & utmost good faith» en *Journal of Business Law*, March (2001), pp. 179-190.

— «Printpak v. AGF Insurance: no need to be alarmed?» en *Journal of Business Law*, Noviembre, (1999), pp. 580-589.

DUDGALE, D. F., «Serving two masters: the insurer-appointed lawyer» en *Insurance Law Journal*, 8 (1997), pp. 161-166.

DURANTE, ALDO, «L'avviso di sinistro», en *Azzicurazioni*, I (1975), pp. 485-494.

FANELLI, GIUSEPPE, «Considerazioni sugli oneri nell' assicurazione», en *Saggi di diritto delle assicurazione*, Giuffre, Milán, 1971.

— «La decadenza nelle assicurazioni», en *Assicurazioni*, vol. 1 (1938), pp. 482-511.

FISCHER, EMERIC; SWISHER, PETER NASH y STEMPEL, JEFFREY W., *Principles of insurance law*, Lexis Nexis, 3.ª edic., Newark, 2004.

GARCÍA GONZÁLEZ, JOSÉ, «Notas para un concepto de carga» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N.° 2 (1986), pp. 179-220.

GEMENO MARÍN, JUAN RAMÓN, «Los gastos de defensa jurídica en los seguros de responsabilidad civil (el artículo 74 de la Ley 50/1980)», en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, Noviembre-Diciembre (2002).

GÓMEZ SEGADE, JOSÉ ANTONIO, «La declaración del siniestro y la información complementaria» en *Estudios empresariales y financieros*, E. Verdera y Tulles (dir.), Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, v. 2, pp. 419-459.

HALPERÍN, ISAAC, «El régimen de sanciones al asegurado en la nueva ley argentina de seguros» en *Studi in onori di Antigono Donati*, Edizioni delle revista assicurazioni, Roma, 1970, v. 1, p. 185-194.

HIRD, N. J., «Warranties-better in the future?» en *Journal of Business Law*, Julio (1996), pp. 404-410.

KEETON, ROBERT E., «Insurance law at variance with policy provisions» en *Harvard Law Review*, 83 (1970), pp. 961-985 (n.° 5) y pp. 1281-1307 (n° 6).

— *Basic text on insurance law*, West, St. Paul (Minn.), 1971.

KIMBALL, SPENCER L., y PFENNIGSTORF, WERNER, «Legislative and judicial control of the terms of insurance contracts: a comparative study of American and European practice» en *Indiana Law Journal*, 39 (1963-1964), pp. 675-705.

LAW COMMISSION, *Insurance Law: Non Disclosure and Breach of Warranty*, Cmnd 8064, Law Com 104, 1980, Londres: HMSO.

LEWINS, KATE y LO, SIMON, «Striving for equilibrium: a critical analysis of section 54 of the Australian Insurance Contracts Act», en *E Law*, volume 10, number 2 (June 2003), p. 7. http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/lewins102_text.html (revisado el 03 de junio de 2004), pp. 1-70.

LEWIS LEONHART, GEORGIA, «Notice of ocurrence, accident, claim or suit» (chapter 139), en HOLMES, ERIC MILLS, *Holme's Appleman on Insurance Law and Practice*, West, 2.ª edic., St. Paul (Minn.), 1996, v. 23.

LONGMORE, ANDREW, *Good faith and breach of warranty: are we moving forward or backwards?*, en Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, n.° 2 (2004), pp. 158-171.

MAYERSON, MARC S., «Perfecting and pursuing liability insurance coverage: a primer for policyholders on complying with notice obligations» en *Tort and Insurance Law Journal*, 32 n.° 4 (1997), pp. 1003-1017.

MEILIJ, GUSTAVO RAÚL, «La caducidad en el contrato de seguro» en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.° 145 (1992), pp. 97-106.

MILLER, DAVID S., *Insurance as contract: the argument for abandoning the ambiguity doctrine*, en Columbia Law Review, vol. 88 (1988), pp. 1849-1872.

OHLSSON, GORDON L., «Duty to defend» (chapter 136), en HOLMES, ERIC MILLS, *Holme's Appleman on Insurance Law and Practice*, West, 2.ª edic., St. Paul (Minn.), 1996, v. 22.

OLAVARRÍA IGLESIA, JESÚS, «Artículo 16» en *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Boquera, Battaller y Olavarría (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS E., *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

PATTERSON W., EDWIN, «Warranties in insurance law» en *Columbia Law Review*, XXXIV (1934), pp. 595-631.

QUINN, MICHAEL SEAN, «The defending liability insurer's duty to settle: a meditation upon some first principles» en *Tort & Insurance Law Journal*, v. 35 N.° 4 (2000), pp. 929-993.

RICHMOND, DOUGLAS R., «Emerging conflicts of interest in insurance defense practice» en *Tort and Insurance Law Journal*, vol. 32 n.° 1 (1996), pp. 69-86.

SCHMIDT, REIMER, *Die obliegenheiten*, Verlag-Versicherungwirtshaft, Karlsruhe, 1953.

SOTO, HÉCTOR MIGUEL, «La carga de observar las instrucciones del asegurador y la "dirección del proceso" en el seguro de responsabilidad civil» en *Derecho de seguros*, Barbato, N., (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 209-218.

STIGLITZ, RUBÉN S., «Cargas, caducidad, diferencias con la prescripción» en *Contratos. Teoría general*, Stiglitz, Rubén (dir.), Depalma, Buenos Aires, 1990, v. 1, pp. 751-770.

— *Cargas y caducidades en el derecho de seguros*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1973, p. 25.

TARR, JULIE-ANN, «The insured's reasonable expectations» en *Insurance Law Journal*, 12 (2001), pp. 258-270.

TARR, PAULA B., «Duty to settle» (chapter 137), en HOLMES, ERIC MILLS, *Holme's Appleman on Insurance Law and Practice*, West, 2.ª edic., St. Paul (Minn.), 1996, v. 22, pp. 258-270.

WARE, STEPHEN J., «A critique of the reasonable expectations doctrine» en *The University of Chicago Law Review*, 56 (1989), pp. 1461-1493.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de Fernández Ciudad, S. L.
en el mes de noviembre de 2006