



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO:

LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO AL DEBER PRECONTRACTUAL DE
INFORMACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS, BAJO EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

ROBERTO RÍOS OSSA

DIRECTOR: PROFESOR DR. MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO

SANTIAGO DE CHILE, JULIO 2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

PRIMERA PARTE

EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS Y SU INOBSERVANCIA

CAPÍTULO I. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN EL SEGURO DE DAÑOS.....	7
--	---

1. MARCO CONCEPTUAL Y JURÍDICO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS.....	7
1.1. Naturaleza jurídica del deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños. Teorías.....	8
1.1.1. Teoría Clásica	8
1.1.2. Teorías Post Codificación.....	11
1.1.3. La teoría de la <i>Obliegenheit</i>	15
1.1.4. Recepción de la teoría de la <i>Obliegenheit</i> en Italia	17
1.1.5. Recepción de la teoría de la <i>Obliegenheit</i> en Chile	18
1.2. El deber precontractual de declaración del riesgo en el Código de comercio chileno.....	20
1.2.1. Régimen jurídico del artículo 556 número 1° del Código de comercio anterior a la modificación del año 2013	20
1.2.2. Régimen jurídico de los artículos 524 número 1° y 525 del Código de comercio posterior a la modificación del año 2013.....	22
1.3. La buena fe y el deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños	25
1.4. La asimetría de información y el deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños	32
1.4.1. La asimetría de información como justificante del deber de declarar el riesgo	32
1.4.2. El deber precontractual de información del riesgo, los denominados productos de seguros y la contratación electrónica.....	36

1.5. El deber de colaboración del asegurador en la ejecución del deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños.....	38
2. FORMA Y CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS.....	41
2.1. La forma de la declaración del riesgo.....	41
2.1.1. La declaración espontánea.....	41
2.1.2. La declaración guiada por cuestionario.....	45
2.2. El contenido del deber precontractual de declaración del riesgo.....	50
2.2.1. Circunstancias relevantes.....	50
2.2.2. Conocimiento de las circunstancias relevantes.....	52
2.2.3. Circunstancias objetivas y subjetivas.....	53
3. DETERMINACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN EL SEGURO DE DAÑOS.....	55
3.1. La determinación técnica del riesgo. Selección, análisis y clasificación de los riesgos.....	55
3.2. La determinación jurídica del riesgo.....	59
3.2.1. La individualización del riesgo.....	59
3.2.2. La delimitación del riesgo.....	62
3.2.2.1. Delimitación cualitativa.....	63
3.2.2.2. Delimitación cuantitativa.....	65
4. LA COBERTURA Y LA PRESTACIÓN DEL ASEGURADOR EN EL SEGURO DE DAÑOS.....	67
 CAPÍTULO II. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO.....	 71
1. LA RELACIÓN OBLIGATORIA EN LA PERSPECTIVA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO.....	72
1.1. Carga, deber de prestación y relación obligatoria.....	72
1.2. Deuda (<i>Schuld</i>) y responsabilidad (<i>Halftung</i>).....	73

2. SUJETO PASIVO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO	74
3. NOCIÓN Y PRESUPUESTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO.....	76
3.1. Noción del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo	76
3.2. Presupuestos del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo	78
3.2.1. La divergencia del riesgo	78
3.2.2. Descubrimiento de la divergencia.....	79
3.2.3. La culpa, dolo o mala fe del declarante, contratante o tomador en el incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo	82

SEGUNDA PARTE

LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO AL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO, EN EL SEGURO DE DAÑOS

INTRODUCCIÓN DE LA SEGUNDA PARTE	87
CAPÍTULO I. RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR A LA MODIFICACIÓN DEL AÑO 2013	91
1. EL ARTÍCULO 557 NÚMERO 1° DEL CÓDIGO DE COMERCIO CHILENO.....	92
1.1. Fuentes legales y doctrinarias	93
1.1.1. Fuentes legales	93
1.1.2. Fuentes Doctrinarias.....	95
1.2. La rescisión del artículo 557 Código de comercio.....	96
1.2.1. Revisión de la doctrina chilena.....	96
1.2.2. Nuestra tesis.....	99

1.3. La nulidad relativa del artículo 557 número 1° del Código de comercio	100
1.3.1. Causales de nulidad contempladas en el artículo 557 número 1° del Código de comercio	100
1.3.1.1. Declaraciones erróneas: el error como vicio del consentimiento	101
1.3.1.2. Declaraciones falsas: El dolo	104
1.3.1.3. La reticencia	106
1.3.2. Titular de la acción de nulidad relativa del artículo 557 número 1° del Código de comercio	110
1.4. La confirmación de la nulidad relativa en el contrato de seguro	111
1.5. El efecto de la nulidad relativa en el contrato de seguro ...	113
1.5.1. La regla general: el efecto retroactivo de la nulidad.....	113
1.5.1.1. El término del contrato de seguro.....	113
1.5.1.2. Las prestaciones mutuas	115
1.5.2. El efecto irretroactivo del artículo 558 del Código de comercio.....	119
2. EL EFECTO LIBERATORIO CONVENCIONAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR DE INDEMNIZAR.....	122
2.1. La integración del deber legal de declaración del riesgo al contrato de seguro	122
2.2. El pacto sobre los efectos del incumplimiento al deber precontractual de declarar el riesgo, frente a la ley de protección del consumidor	125
2.3. El efecto de la liberación del asegurador frente a la nulidad relativa del artículo 557 número 1° del Código de comercio chileno. ¿Alteración del efecto legal, coexistencia o improcedencia de la regla convencional?	127
2.3.1. Preliminar.....	127
2.3.2. La imperatividad de las normas que regulan la nulidad en el derecho chileno	128

CAPÍTULO II. RÉGIMEN JURÍDICO SOBRE LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO AL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARAR EL RIESGO, POSTERIOR A LA MODIFICACIÓN DEL AÑO 2013.....	135
1. LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA NUEVA NORMATIVA. JUSTIFICACIÓN Y FUENTES.....	135
1.1. Los efectos de la imperatividad del artículo 542 del Código de comercio en regulación de la declaración del riesgo incompleta o defectuosa.....	137
1.2. Justificaciones y fuentes de la modificaciones introducidas en materia del deber precontractual de declaración del riesgo asegurado.....	141
2. LA NUEVA REGULACIÓN FRENTE A LA DISCIPLINA COMÚN SOBRE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO	143
3. EL SISTEMA DE REMEDIOS DE LOS ARTÍCULOS 525 Y 539 DEL CCMCH	146
3.1. Generalidades.....	146
3.2. La unidad de supuesto básico: el incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo asegurado	149
3.3. La declaración errónea, reticente o inexacta, unidad de supuesto básico del artículo 525 del Ccmch.....	151
3.3.1. Tipos de incumplimiento.....	152
3.3.1.1. La inexactitud en la declaración.....	152
3.3.1.2. La reticencia	153
3.3.2. Supuestos complementarios de la declaración errónea, reticente o inexacta.....	156
3.3.2.1. El supuesto de ocurrencia del siniestro.....	157
3.3.2.2. La inexcusabilidad del artículo 525 del Código de comercio.....	158
3.4. La declaración a sabiendas sustancialmente falsa, unidad de supuesto básico del artículo 539 del Ccmch	165
4. LOS REMEDIOS O EFECTOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 525 Y 539 DEL CÓDIGO DE COMERCIO	168
4.1. La rescisión	168
4.1.1. Los supuestos complementarios de la rescisión.....	168

4.1.2. El significado del vocablo rescisión del artículo 525 del Ccmch	172
4.2. La mantención del contrato de seguro (<i>Favor contractus</i>).....	173
4.2.1. El aumento de la prima o la modificación de la cobertura.....	173
4.2.2. La rebaja proporcional de la indemnización	175
4.2.2.1. Fundamentos de la rebaja proporcional de la indemnización	176
4.2.2.2. Inconvenientes de la rebaja proporcional de la indemnización	178
4.3. La nulidad	179
4.3.1. Titulares de la acción de nulidad.....	181
4.3.2. Efectos de la nulidad del contrato de seguro.....	182
4.3.3. El efecto irretroactivo del artículo 539 del Código de comercio.....	182
5. EL SANEAMIENTO DEL CONTRATO: REGLA DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	184
5.1. Generalidades.....	184
5.2. El allanamiento y la aceptación expresa o tácita del asegurador a los defectos derivados de la declaración del riesgo incompleta o defectuosa no dolosa o falsa	186
CONCLUSIONES.....	189
BIBLIOGRAFÍA	193
NORMAS CITADAS	211
JURISPRUDENCIA CITADA.....	215
PÓLIZAS REGISTRADAS EN LA S.V.S. CITADAS.....	219

Dedico esta tesis doctoral a mi padre Eugenio Ríos Jaramillo, quien me enseñó, con sus sabias palabras, pero sobre todo con su ejemplo, el valor del trabajo, la fortaleza, la dedicación y la perseverancia.

Dedico además este trabajo a mi querido hijo Joaquín, mi ángel custodio, que me acompaña día a día, me guía y me alienta.

AGRADECIMIENTOS

Es obligado agradecer en primer lugar a la Pontificia Universidad Católica de Chile, a su Facultad de Derecho, que me ha acogido en su programa de Doctorado en Derecho. Extiendo mi agradecimiento a nuestro decano, profesor Roberto Guerrero, y a nuestro vicedecano, profesor Carlos Frontaura, quienes han sido un apoyo constante durante mi investigación.

Un especial agradecimiento a mi Director de tesis profesor Dr. Marcelo Barrientos Zamorano, a quien considero coautor del contenido de esta tesis doctoral. Su pensamiento, rigurosidad y guía han sido el camino delineado en esta investigación en todo momento.

Es insoslayable dar gracias a la octogenaria Universidad de Salamanca, al profesor Lorenzo Bujosa, quien me acogió durante mi estadía de investigación el año 2011 y principios del 2012. Sin duda, el exuberante fondo bibliográfico de Salamanca facilitó esta investigación. Fueron las calles Salmantinas, las que me permitieron reflexionar con tiempo y mesura los conocimientos adquiridos.

Agradezco además, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Trento, a los profesores Gianni Santucci y Massimo Miglietta, quienes me recibieron en su fantástica Facultad, permitiendo mi primer acercamiento al mundo jurídico europeo.

Agradezco, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, y en especial a la profesora Clara Asúa González, por sus precisas observaciones y consejos.

Finalmente, agradezco a Dios y a mi familia, mi mujer Magdalena y mis hijos Benjamín, Federico, Raimundo y Magdalena, por su constante presencia.

ABREVIATURAS

ASS	Assicurazioni
BGB	Código civil alemán
CCFR	Código de comercio francés de 1807
CCMCH	Código de comercio chileno
DFL 251	Decreto con Fuerza de Ley número 251 sobre Compañía de Seguro
D.O	Diario oficial
LCS	Ley de Seguros española
LPC	Ley chilena de protección al consumidor
NCG 124	Norma de carácter general número 124
PELC	Principios Europeos de Derecho de Contratos
PDECS	Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro
RDCM	Rivista di Diritto Commerciale
RGDA	Revue Gènèrale des Assurances Terrestres
S.V.S.	Superintendencia de Valores y Seguros
UE	Unión Europea
VVG	Ley de Seguros alemana

“Sed si suspicio periculum ut des pecuniam”

SANTERNA

“Una nueva ley no se aplica de inmediato y sin choques. Ella debe ser limada. No es voluntariamente acatada en tanto los sujetos de derecho no estén habituados a su aplicación”.

RIPERT

INTRODUCCIÓN

Los individuos en sus diversas actividades, recreativas o productivas, se ven amenazados permanentemente a diversos riesgos. Ello es propio de la vida humana. Sin embargo, las personas no lo sienten como un problema. Sólo y luego de reflexionar o experimentar un daño, buscan resguardo.

Hoy vivimos en una sociedad aversa al riesgo. La tendencia de las personas apunta a traspasar las consecuencias negativas del evento de peligro a otro que, en principio, no conoce la real magnitud del evento posible y dañoso, ignorancia que puede provocar diversos problemas jurídicos si no se cumplen con determinados parámetros de información tanto por quien debe entregarla como por quien la necesita para evaluar el evento peligroso, decidir si lo asume y fijar un precio por ello. Esta dinámica de entrega y requerimiento de información sobre un evento susceptible de causar un daño (el riesgo) y los efectos que acarrea la falta de datos sobre el riesgo asegurado es lo que motiva nuestra investigación.

Si observamos el desarrollo de actividades riesgosas como la circulación vehicular, por ejemplo, sea de transporte de pasajeros o carga, veremos la existencia clara de un riesgo. Constantemente recibimos información sobre accidentes de tránsito con lamentables consecuencias, y revisados los detalles del hecho vemos que un automóvil cualquiera, conducido por un individuo sin la práctica, ni la capacitación requerida, desarrollaba una actividad de transporte de pasajeros. La impericia del conductor causó la muerte de varias personas. Sin embargo, el tomador del seguro, al momento de contratar con un asegurador entregó información incompleta o defectuosa, o simplemente omitió datos relevantes para la compañía aseguradora sobre su actividad asegurable o sobre las cualidades de sus conductores.

En operaciones económicas sofisticadas, vemos como los ejecutivos y directores de empresas toman decisiones que pueden

causar daños considerables a los socios y a terceros. Puede haber ocurrido que la sociedad o los propios ejecutivos, omitieron información sobre juicios o reclamaciones pendientes, al momento de contratar con el asegurador un seguro que de cobertura por el riesgo de responsabilidad civil que pueda surgir de sus actuaciones.

Idéntica situación podemos observar en el contratante que celebra con un asegurador un seguro con cobertura de incendio omitiendo, por ejemplo, que la propiedad materia del seguro deslinda con una bodega de productos químicos altamente inflamables. Ocurrido el siniestro de incendio, el asegurado lo comunica al asegurador, quien durante el proceso de liquidación o ajuste de daños descubre una divergencia entre el riesgo declarado y el real, originada en una declaración del evento de peligro incompleta o defectuosa. El asegurador preguntó sobre posibles peligros de incendio que pueden originarse por actividad de vecinos y el asegurado con claro conocimiento de los datos relevantes sobre el almacenamiento de sustancias tóxicas e inflamables, simplemente no respondió o no fue veraz.

Hemos observado, que las personas contratan con un asegurador para asegurar riesgos cuya ocurrencia pueden provocar un daño en su patrimonio, en su solvencia, en su salud, en su integridad física, en su vida, en fin, podríamos enumerar una serie de eventos que tienen como común denominador el provocar una necesidad económica.

Nuestra investigación se limitará a ciertos parámetros que estimamos necesarios advertir. El análisis lo centraremos en la fase *in contrahendo* de la formación del seguro, excluyendo, en consecuencia, la carga informativa sobre el estado del riesgo en su fase contractual que da lugar al denominado deber de comunicación de agravación del riesgo asegurado. Por otra parte, los objetivos de nuestra investigación, considerando la amplitud del vocablo riesgo, se limitarán al ámbito del seguro de daños. Se justifica esta contextualización, por cuanto hemos observado una diversidad de pólizas que comprenden un complejo tejido difícil de desmadejar, donde cada tipo de condicionado contiene clausulados propios, que comprenden a su vez riesgos o peligros diferentes.

En cuanto a los efectos que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, se observaban diferencias relevantes entre los seguros de daños y los seguros de vida, por ejemplo. Estos últimos contemplan la cláusula de incontestabilidad o indisputabilidad, ausente en los seguros de daños.

En la primera parte de nuestra investigación abordaremos el deber precontractual de información del riesgo asegurado, su regulación legal, naturaleza jurídica, evolución histórica y los supuestos de inobservancia. En este sentido, observamos que este deber de información se trataría de una carga *in contrahendo* de origen legal. Esta particularidad de carga podría determinar tanto el incumplimiento, como los efectos derivados de la inejecución del deber precontractual de declaración del riesgo.

En la segunda parte de nuestra investigación nos abocaremos al análisis de los efectos que se derivan de la inejecución o incumplimiento de este deber de información. Veremos cómo durante el desarrollo histórico del contrato de seguro los remedios que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa van desde la rígida sanción de la nulidad, hasta la mantención del contrato.

Con todo, nuestra investigación pretende demostrar que nuestro ordenamiento jurídico posee una regulación especial, que se aparta de la disciplina común sobre vicios del consentimiento, si de efectos que acarrea un incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo asegurado se trata. Esta particularidad queda reflejada en la existencia de remedios distintos a la nulidad del contrato, sanción que bajo el nuevo régimen introducido por la Ley 20.667 (modificatoria del Título VIII del Libro II del Código de comercio chileno) quedaría reservada sólo para los casos de dolo o mala fe del tomador del seguro.

PRIMERA PARTE

EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN
DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS Y SU
INOBSERVANCIA

CAPÍTULO I

EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN EL SEGURO DE DAÑOS

Un examen sobre las consecuencias de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa en el contrato de seguros de daños, resulta incomprensible si no revisamos, al menos, dos aspectos. En primer lugar, el deber de declaración del riesgo, y luego, su incumplimiento o inobservancia. Sobre lo primero nos abocaremos en este capítulo.

1. MARCO CONCEPTUAL Y JURÍDICO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS

Nuestro plan de exposición en este título comprende, un examen sobre la naturaleza jurídica del deber de declarar el riesgo asegurado en su fase *in contrahendo*¹ y su régimen legal bajo el ordenamiento jurídico

¹ Nuestra investigación queda circunscrita a la etapa de formación del contrato, fase que se desarrolla desde el inicio de las tratativas – si las hay – o al contacto negocial entre asegurador y asegurado, hasta la perfección del negocio jurídico (seguro) que surge producto del encuentro recepticio de la oferta y la aceptación. Es nuestro parecer, que el deber precontractual de declaración del riesgo se sitúa en el *iter* formativo del negocio jurídico; en los tratos preliminares (*trattative* para los italianos, *Vertragsverhandlungen* para los alemanes, *pourpalers* para los franceses). Sobre los tratos previos ver por todos ALONSO (1971) pp. 860 y ss. Por otro lado, precisamos que la relación jurídica precontractual que surge entre el asegurador y el asegurado, al producirse lo que la doctrina alemana califica como contacto negocial (*geschäftlichen Kontakts*), se distancia del *iuris vinculum* que puede provocar la oferta. Véanse ALONSO (1971) p. 863; ASUA (1989) p. 60; GÓMEZ CALLE (1994) p. 11. Es nuestra opinión, que en esta relación oferta contractual y deber precontractual de declarar el riesgo, el asegurado no está en condiciones de formular una oferta al asegurador, tan sólo puede solicitar información a fin de recibir una proposición de la compañía. A juicio de VEIGA, “a la invitación pública que formulan los aseguradores al futuro tomador, se requerirá una solicitud concreta. Tal requerimiento o solicitud dará lugar a una auténtica oferta del asegurador, siendo poco frecuente que se invierta la secuencia señalada”. En consecuencia, a juicio del citado autor, “la solicitud no es ni una oferta en firme ni

chileno, y un análisis de la buena fe, la asimetría de información y el deber de colaboración del asegurador, todo, de frente al deber precontractual de información sobre el riesgo asegurado.

1.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS. TEORÍAS

Las teorías que la doctrina ha formulado sobre la naturaleza jurídica del deber precontractual de declaración del riesgo son diversas y oscilantes. De las diferentes posturas, observamos dos líneas de pensamiento que dominarán y provocarán un influjo relevante en la regulación del deber precontractual de declaración del riesgo. Por una parte, los que siguen la estructura del derecho común en la formación del consentimiento viciado o defectuoso, y por la otra, los que siguen la estructura de la carga informativa *in contrahendo*.

Hemos agrupado las teorías sobre la naturaleza jurídica del deber precontractual de declaración del riesgo, de la siguiente manera: Teoría clásica, Teorías post codificación y Teoría de la *Obliegenheit*.

1.1.1. TEORÍA CLÁSICA

En los comienzos del contrato de seguro, lo central en materia de conocimiento del riesgo apuntaba a los valores de las mercaderías transportadas por mar². Más adelante, en los inicios del siglo XIX, con la dictación del Código de comercio francés de 1807 (en adelante CCFR) se produce un cambio considerable, al extenderse el ámbito de este deber a todos aquellos datos que influían en la decisión del asegurador de asumir el riesgo asegurado o no³. Esta transformación introducida por

tampoco una simple oferta, es lo que es, la antesala y medio para una auténtica oferta por parte de otro. En un momento ulterior, la aceptación de tomador de la proposición hecha por la aseguradora perfecciona el contrato de seguro”. VEIGA (2009) p. 188; en el mismo sentido BESSON (1933) pp. 14 y ss.; SÁNCHEZ CALERO (2005) p. 145.

² En tal sentido, véanse: la Ordenanza de Barcelona 1435 y sus posteriores modificaciones, en concreto la del año 1484, que refunde los textos anteriores; la Ordenanza de Burgos de 1537; la Ordenanza de Bilbao de 1737; la Ordenanza de Amberes de 1570, la *Ordonnance de la Marine* de 1681.

³ Lo relevante según el texto del artículo 348 del CCFR, son los datos que disminuyan o cambien la opinión sobre el riesgo (*qui diminuent ou changer l'opinion*

la norma decimonónica francesa, apuntaba a la protección del asegurador frente al error⁴, quedando inserto el deber precontractual de declaración del riesgo, de este modo, en la disciplina de vicios del consentimiento que regula el derecho común.

La teoría que circunscribe el deber precontractual en las reglas comunes sobre la formación del contrato defectuoso o ineficaz, por estar viciado el consentimiento, considera que el asegurador se encuentra en una posición de debilidad frente al conocimiento de los datos que integran el riesgo. El asegurador está a merced del asegurado⁵. En consecuencia, toda declaración falsa, errónea o reticente, provoca una apreciación errada del evento peligroso, asintiéndose en un contrato del cual se hubiera abstenido de celebrar o habría impuesto condiciones diferentes, en el caso de haber conocido el verdadero estado del riesgo. Ello, se resuelve en el ámbito de los vicios del error y el dolo, que acarrea la nulidad del contrato de seguro, según la doctrina clásica.

A nuestro juicio, el origen de la teoría que hemos referido está en POTHIER, autor que señala que el consentimiento debe recaer sobre los riesgos que carga o asume el asegurador, debiendo las partes regirse por

sur le risque). La regla del artículo 348 del CCFR, aplicable a los seguros marítimos, se inspira fundamentalmente en el principio de buena fe y en la necesidad de un conocimiento completo del riesgo, que permita al asegurador consentir en la celebración del contrato. Se trata de un consentimiento limpio, exento del error al que se puede ver enfrentado el asegurador por la ignorancia absoluta del estado del evento de peligro que asumirá. Se trata de una norma que busca proteger al asegurador en la mirada del legislador francés del siglo XIX. Ver RIPERT (1954) pp. 383-384. La norma citada será aplicada por analogía a los seguros terrestres por la jurisprudencia francesa. Esta aplicación analógica no se conciliará del todo con la práctica mercantil. Con el tiempo, se desarrollará una ardua crítica a esta regla, la que será considerada como excesivamente rigurosa e inflexible, al no distinguir si el contratante había actuado de buena o mala fe y contemplar como única sanción la nulidad del contrato. Frente a ello, la práctica mercantil reaccionará mediante la incorporación de cláusulas de estilo que contendrán la distinción entre buena y mala fe del asegurado en la declaración del riesgo, e incorporarán otras sanciones distintas de la nulidad. Este proceso de transformación culminará con la dictación de la Ley sobre seguros terrestres de 1930. Véanse BRIÈRE (1973) p. 73; LAMBERT-FAIVRE Y LEVENEUR (2005) p. 266

⁴ Nos referimos al error en un sentido amplio, esto es, aquella equivocación que puede provenir de los vicios del error o el dolo.

⁵ LETTA (1997) p. 179.

la buena fe, evitando, en consecuencia, el ocultamiento o disimulación de todo lo que conozca el asegurado sobre las cosas objeto del contrato, dando lugar a una causal de nulidad en el caso de falsas declaraciones, que buscan obtener mejores condiciones en el monto de la prima de modo fraudulento⁶.

La teoría que hemos analizado, conlleva una serie de dificultades, que la doctrina italiana y francesa post *Code de commerce* se encargarán de observar, según veremos de inmediato.

⁶ POTHIER (1948) pp. 80 y ss. QUENAUT señala que el Código de comercio contempla una serie de situaciones de *nullité* en el caso de fraude de una o de ambas partes, o del error sobre la sustancia misma del objeto asegurado. Luego, este autor, en su análisis de la regla contenida en el artículo 348 del CCFR, señala que aquellas declaraciones erróneas o simples reticencias no dan lugar a la nulidad, a menos que se trate de circunstancias que influyan considerablemente en la opinión sobre el riesgo que el asegurador asume. Se trata de un error sobre la sustancia del contrato, cuyo efecto es el mismo que el contemplado en el artículo 1.110 del *Code civil*. QUENAUT (1828) pp. 271. La tesis de POTHIER será recogida en la doctrina italiana por VIVANTE, autor que sostiene que “la teoría inscrita en el artículo 429 del Código de comercio no tiene nada de excepcional: contempla la teoría del error consagrada por el Código civil”. Queda, en opinión de VIVANTE, contextualizado el deber *in contrahendo* de declarar el riesgo en el régimen común sobre vicios de la voluntad. VIVANTE (1922) p. 175. El artículo 429 del Código de comercio italiano de 1882 señalaba lo siguiente: “*Cualquier declaración falsa o errónea y cualquier reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, son causa de nulidad del seguro, cuando la declaración o la reticencia sean de tal naturaleza, que el asegurador no hubiere dado su consentimiento al contrato o no lo hubiere dado en las mismas condiciones, si hubiera conocido el verdadero estado de la cosa. El seguro es nulo aunque la declaración o la reticencia afecten circunstancias que en efecto no han influido sobre el daño o sobre la pérdida de la cosa asegurada. Si de parte del asegurado se ha estado de mala fe, el asegurador tiene derecho a la prima*” [La traducción es nuestra]. Es opinión de VIVANTE, que la “construcción jurídica del artículo 429 es idéntica a la que rige en la mayoría de las legislaciones, para la aseguración terrestre y marítima”. Alude el autor al artículo 348 de CCFR; al artículo 251 del Código de comercio holandés de 1838; a los párrafos 808 y 809 del Código de comercio alemán de 1897; al artículo 9° de la Ley belga sobre seguros terrestres; al artículo 557 del CCMCH de 1865. Agrega este mismo autor, que en una revisión de los trabajos preparatorios del mencionado Código, el artículo 429 sigue la doctrina de Pothier. VIVANTE (1883) p. 126.

1.1.2. TEORÍAS POST CODIFICACIÓN

Con posterioridad a la entrada en vigencia de diversos Códigos decimonónicos⁷, surgieron tesis que buscaban apartar la regulación del deber *in contrahendo* de declaración del riesgo de la disciplina general sobre vicios del consentimiento, de modo de justificar la existencia de una regulación especial.

Algunos autores recurrieron a la figura de la culpa *in contrahendo* como mecanismo que ataja las conductas negligentes y los vicios del consentimiento en la formación del contrato de seguro, sobre la base de una auténtica obligación jurídica de diligencia a cargo del tomador⁸. En la doctrina alemana, es opinión de HAYMANN, que las normas comunes sobre vicios del consentimiento que rigen todos los contratos bilaterales, no son aplicables al seguro. Este apartarse del régimen general que regula los vicios de la voluntad tiene, a juicio del autor, una primera justificación en la confrontación de los § 19⁹ y siguientes de la Ley de seguros alemana (en adelante VVG 1908), con los § 1.109 y siguientes del Código civil alemán¹⁰ (en adelante BGB). La primera de estas normas se trata de una ley especial, que excluye la aplicación de la segunda normativa, a juicio de HAYMANN¹¹.

⁷ Códigos de comercio francés de 1807, italiano de 1882, español de 1885.

⁸ Ver RUBIO (2003) p. 21. En este sentido, en la doctrina italiana ver VALERI (1950) p. 108.

⁹ *El tomador del seguro debe señalar al asegurador, al momento de la celebración del contrato, todas las circunstancias por el conocidas, que sean relevantes para aceptar el riesgo. Son circunstancias de riesgo relevantes aquellas que son idóneas para influir en el asegurador sobre la celebración del contrato o sobre su contenido. Una circunstancia por la que el asegurador haya preguntado en forma concreta y por escrito, es considerada, en caso de duda, como relevante (Der Versicherungsnehmer hat bei der Schliessung des Vertrags alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind, dem Versicherer anzuzeigen. Erheblich sind die Gefahrumstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu dem vereinbarten Inhalt abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben. Ein Umstand, nach welchem der Versicherer ausdrücklich und schriftlich gefragt hat, gilt im Zweifel als erheblich)* [La traducción es nuestra].

¹⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch*.

¹¹ HAYMANN (1934) pp. 332 y ss.

A la tesis descrita con anterioridad, se une la denominada teoría obligacionista. Según esta tesis, la regulación del deber precontractual de declaración del riesgo y los efectos de su incumplimiento lo hace la ley de manera especial, independiente de los elementos constitutivos del consentimiento. En este sentido, en la doctrina italiana es opinión de BRUNETTI, que la rígida exactitud que se requiere a los efectos del adecuado conocimiento del riesgo, impone al asegurando una “obligación de garantía”, que no excluye las exigencias que el legislador impone sobre el error, sino que las complementa. Opina BRUNETTI, que “si el asegurador ha contratado ha sido porque la declaración – se refiere a la declaración del asegurando sobre el riesgo – fue admitida por él como una función de garantía”, cuya violación “tiene suficiente fuerza para impedir que el contrato produzca sus efectos”¹². Lo que señala el autor, da muestra del intento de buscar una semejanza de tratamiento con los vicios ocultos en la compraventa, que provocan una disconformidad entre lo real y lo declarado, acarreado la resolución del contrato.

Hemos observado, además, autores que han sostenido que es posible traer los conceptos de *misrepresentation* y *non-disclosure* del *Common law* inglés al derecho continental en materia de declaración del riesgo asegurado. De este modo, se asimila el estado de *fraudulent misrepresentation* con la declaración inexacta de mala fe, el estado de *innocent misrepresentation* con la declaración inexacta de buena fe, y el estado de *non-disclosure* con la simple reticencia. Esta aplicación analógica se justificaría en la aplicación en el derecho continental del concepto *uberrimae bona fidei*, que tendría su origen en el derecho anglosajón. Según TEDESCHI, “el origen mercantil cosmopolita de los remedios en torno al seguro permitirían la aplicación analógica formulada”¹³.

¹² BRUNETTI (1950) pp. 404-405.

¹³ TEDESCHI (1958) pp. 479 y ss. En cuanto a lo que nos propone TEDESCHI, a lo menos sobre los efectos derivados del incumplimiento del deber precontractual de declarar el riesgo, no vemos diferencia en relación a lo formulado por la doctrina tradicional, ya que este autor mantiene la tesis de la nulidad. Las diferencias apuntan más bien al tratamiento de la reticencia o el llamado dolo omisivo.

En este periodo que hemos denominado como post codificación, se observan autores que incorporan planteamientos más precisos, que permiten esbozar una corriente doctrinaria que refuerza la idea de estar regulada la carga de declarar el riesgo por una regla especial. Una de las razones que justifica apartarse de la regulación tradicional sobre vicios del consentimiento¹⁴, está reflejada en el *dolus incidens* como causal de nulidad relativa del contrato¹⁵. El dolo incidental o no determinante, por lo general no constituye causal de nulidad¹⁶. Este supuesto de dolo

¹⁴ En este sentido en el derecho español, ver por todos RUBIO (2003) p. 43.

¹⁵ Véanse DE GREGORIO (1934) p. 66; VITERBO (1948) p. 319. Esta tesis será confirmada por la jurisprudencia italiana en sentencia dictada por la *Corte di Cassazione del Regno* el 30 de noviembre de 1937, que señala que “la disposición, así redactada, representa una manifiesta derogación, en el sentido de un mayor rigor al principio del artículo 1.115 del Código civil, ya sea porque no exige el extremo del engaño, ya sea porque contempla como causa de nulidad del contrato el dolo incidental, sin el cual el asegurador hubiera dado su consentimiento en condiciones diversas (*la disposizione, così como è redatta, rappresenta una manifesta deroga, nel senso di un maggior rigore, al principio dell’art. 1115 cod. civ., sia perchè non esige l’estremo del raggio, sia perchè contempla come causa, anche di nullità del contratto, il dolus incidens, senza del quale l’assicuratore avrebbe dato il suo consenso a condizione diverse*)” [La traducción es nuestra]. Ver en *Assicurazioni* (en adelante *Ass.*), 1935 p. 236. Similar criterio, observamos en parte de la doctrina francesa. Opinan PICARD y BESSON, que el artículo 348 del CCFR, se aparta de la disciplina general de vicios del consentimiento, ya que contempla la posibilidad de nulidad en el caso de dolo incidental, que no constituye causal de nulidad bajo la óptica de las normas generales sobre vicios de la voluntad. PICARD y BESSON (1964) p. 112.

¹⁶ El *dolus incidens* es aquel que la doctrina diferencia del dolo principal. Se trata, en consecuencia, del engaño que no ha sido determinante en la contratación, y sólo busca la obtención de una ventaja por uno de los contratantes. En la doctrina francesa, JOSSERAND, a propósito de los requisitos que debe reunir el dolo como vicio del consentimiento, señala que “es preciso también que el dolo haya sido determinante, es decir, que haya inducido a la víctima a contratar; debe ser evidente que, sin las maniobras empleadas, la otra parte no hubiera contratado. Es éste el que se acostumbra llamar dolo principal, por oposición al dolo incidental, que tiene como único efecto el de modificar el contenido de la convención, el equilibrio de la operación, pero sin decidir su conclusión”. JOSSERAND (2008) p. 59. GAUDEMET, identifica el *dolus incidens*, con aquel “que no ha tenido por efecto sino obtener mejores condiciones”. GAUDEMET (2000) p. 89. Por su parte, en la doctrina italiana, STOLFI señala, que “se aplica al dolo el principio general establecido en materia de error, que debe ser motivo determinante para dar paso a la impugnación del acto; a cuya regla, sin embargo, escapa el contrato de seguro que puede ser anulado por dolo, en los casos que pruebe que el asegurador no hubiera dado su consentimiento o no lo habría dado en las mismas condiciones si hubiera conocido el verdadero estado de las cosas”. STOLFI (1959) p.

incidental se da en aquellos casos en los que el asegurador puede impetrar la nulidad relativa del contrato cuando, conociendo el vicio hubiera contratado pero en otras condiciones¹⁷.

Con todo, a nuestro parecer, será la doctrina alemana la que, al introducir el concepto de *Obliegenheit* (carga) permite argumentar que el deber precontractual de declaración del riesgo está regido por una regla especial, apartada del régimen común sobre vicios de la voluntad. Ello responde, al recogimiento que hace la doctrina de los requerimientos del tráfico mercantil del seguro, que se manifiesta con fuerza en las pólizas como contratos estandarizados, y a la gestación y desarrollo doctrinario de los llamados deberes precontractuales de información¹⁸. Sobre esta tesis nos abocaremos de inmediato.

193. Sobre el dolo en la doctrina italiana véanse: DE RUGGERIO (1934) pp. 254-255; SANTORO-PASSARELLI (1954) pp.152-152; GALGANO (1988) p.285.

¹⁷ Ello se ajusta a diversas normas legales, como el artículo 557 número 1 del CCMCH (norma decimonónica) cuyo texto señalaba “o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones”; el artículo 429 del Código de comercio italiano de 1882 cuyo texto señalaba “o no lo hubiere dado en las mismas condiciones”.

¹⁸ Será en la doctrina alemana, donde encontraremos un inicio y profundo debate sobre la relevancia del periodo precontractual y donde se esbozarán una serie de tesis sobre la génesis de los deberes precontractuales de información. En nuestra opinión, son dos los autores cuyas doctrinas darán un impulso inicial al estudio y elaboración dogmática de este tipo de deberes *in contrahendo*. IHERING, el primero y quien lo sigue, LEONHARD. La relevancia de la fase *in contrahendo* del negocio jurídico, la muestra por primera vez el notable IHERING, en su obra “*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*”. La preocupación de IHERING por la fase de formación del contrato, surge de la teoría del error, los problemas que tal vicio del consentimiento involucra, y la imposibilidad de encontrar, según este autor, una respuesta satisfactoria. Ver IHERING (1969) pp. 7 y ss. Luego, nos encontramos con la obra de LEONHARD, *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse*. Este autor planteó considerar la culpa de uno de los contratantes antes y durante la celebración del contrato (*vor und bei dem Vertragsschlusse*), lo que amplía el espectro de análisis al formulado por IHERING, que se centraba en el momento mismo de la conclusión del acuerdo. LEONHARD desarrolló su tesis sobre la base del silencio culposo en las deficiencias o defectos de la mercancía en la compraventa. En nuestra opinión, el análisis central de la tesis de LEONHARD está en el cuestionamiento sobre la obligatoriedad (*Verbindlichkeit*) que puede existir antes de la celebración del contrato. Se trata de una obligatoriedad relacionada con el cumplimiento de determinados deberes (*Pflichten*) del vendedor, destinados a evitar la conducta dolosa o culposa en la ocultación de vicios de la cosa (*verschweigen von mängeln*). La conclusión de LEONHARD es la siguiente: la

1.1.3. LA TEORÍA DE LA *Obliegenheit*

Sobre el deber precontractual de declaración del riesgo¹⁹ es opinión de KISCH, que este deber de información constituye una *Obliegenheit*²⁰, coincidiendo con la doctrina que dominará desde los

justificación de los deberes (*Pflichten*) del vendedor está en su conducta negligente, ello es un principio jurídico general, no sólo de aplicación exclusiva para el contrato de compraventa. En consecuencia, todo contratante está obligado al cumplimiento de determinados deberes de informar antes de la conclusión del contrato, debiendo responder de los daños que cause en el caso de incumplimiento. Ver LEONHARD (1898) pp. 5 y ss. Más adelante, LARENZ, sostiene que todo proceso de tratativas preliminares se inicia por un contacto negocial (*geschäftlichen Kontakts*) el que da origen a una relación jurídica preparatoria que contiene especiales deberes de consideración entre los contratantes. Las partes deben actuar en consideración a los intereses de la otra, según este autor. Es opinión de LARENZ, que el contacto negocial preparatorio (*geschäftlichen Kontakts*), provoca en las partes una expectativa de lealtad y honradez recíprocas. Es esta expectativa la que merece protección del ordenamiento jurídico. Señala además, este autor, que el *geschäftlichen Kontakts* crea una conexión jurídica especial (*rechtliche Sonderverbindung*), que aunque no conlleve ninguna prestación, si contiene deberes de comportamiento específicos. Estos deberes, en consecuencia, existen de manera previa y con independencia de la realización final del contrato. LARENZ (1979) pp. 92 y ss. Véanse: GÓMEZ CALLE (1994) p. 11; CUADRADO (2003) p. 33; BARROS (2006) pp. 1001 y ss.; BARRIENTOS (2008) pp. 7-47; DE LA MAZA (2010) pp. 59 y ss.; GARCÍA RUBIO y OTERO (2010) p. 23.

¹⁹ (*Die Anzeigepflicht*).

²⁰ KISCH (1922) p. 179. CABANILLAS, nos ilustra de forma clara en materia de cargas en el contrato de seguro. Según este autor será REINER SCHMIDT quien sostendrá que el concepto de carga adquiere un significado relevante en el derecho sustantivo, y agrega que “la palabra *Obliegenheit*, como dice REINER SCHMIDT ha adquirido en el lenguaje jurídico un significado técnico preciso. Especialmente en el derecho del seguro privado, el término *Obliegenheit* es utilizado como concepto de ordenación jurídica (*juristischen Ordnungsbegriff*)”. Continúa señalando CABANILLAS, que para SCHMIDT, el término *Obliegenheit* “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 al cumplimiento (*Erfüllungsklage*), ni tampoco una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios”. Finalmente, destaca CABANILLAS, que SCHMIDT, en el ámbito del derecho de obligaciones se refiere a varios tipos de *Obliegenheit*, entre ellos los de información. CABANILLAS (1988) p. 23. En nuestra doctrina, ver en el mismo sentido LAGOS (2005) p. 20.

inicios del siglo XX en adelante, al considerar que estamos frente a un deber de naturaleza precontractual y no una obligación²¹.

Más adelante surge la *Voraussetzungstheorie* elaborada por BRUCK. Según esta teoría, el cumplimiento de la *Obliegenheit* constituye un requisito previo para exigir el cumplimiento de la obligación del asegurador²².

BRUCK califica el deber precontractual de declaración del riesgo como una *Obliegenheit* (*Die vorvertragliche Anzeigepflicht ist eine Obliegenheit*), y sostiene que el incumplimiento de este deber o carga puede provocar el incumplimiento del contrato por parte de la aseguradora²³. El fundamento de la tesis enunciada está, a juicio de BRUCK, en la necesidad del asegurador de conocer el riesgo con el fin de poder apreciarlo en sus aspectos jurídico y técnico, cuidando, en definitiva, la comunidad de riesgos²⁴.

A nuestro parecer, BRUCK adiciona un argumento relevante. El deber precontractual de declarar el riesgo, es una declaración de conocimiento o entrega de información y no una declaración de voluntad²⁵ - al referirnos a una declaración de voluntad lo hacemos en la perspectiva de los presupuestos de validez del negocio jurídico - cuyo

²¹ Véanse FIORENTINO (1941) p. 61; CASTELLANO (1971) p. 180; RUIZ (1991) p. 18; MENICHINO (2001) p. 875; RUBIO (2003) p. 23; ELGUERO (2004) p. 63; BATALLER, LATORRE Y OLAVARRÍA (2007) p. 194; HARTEN (2007) p. 46; CAMPUZANO (2008) p. 105; DIEZ-PICAZO (2008) p.135; SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 286.

²² BRUCK (1930) p. 283. Según nos ilustra CABANILLAS, esta teoría de BRUCK (*Voraussetzungstheorie*), va más allá de la tesis de REIMER SCHMIDT (*Rechtswangstheorie*), ya que para este último, una *Obliegenheit* mantiene el elemento de la coercitividad, pero en menor intensidad que la obligación. Para BRUCK, simplemente el factor coercitivo desaparece, ya que la *Obliegenheit*, sólo mira el interés del tomador del seguro, en consecuencia el cumplimiento no interesa al asegurador, ya que la infracción resta eficacia a la prestación de este último. CABANILLAS (1988) pp. 256-257. Por su parte, A juicio de KÖNIG, el incumplimiento al deber de informar sobre el estado del riesgo, afecta la obligatoriedad del contrato (*Unverbindlichkeit*). KÖNIG (1967) pp. 131-133.

²³ BRUCK (1930) p. 180; Ver EICHLER (1966) p. 85.

²⁴ BRUCK (1930) p. 282.

²⁵ BRUCK (1930) p. 180; en el mismo sentido: DONATI (1954) p. 71; BATALLER, LATORRE Y OLAVARRÍA (2007) p. 194; SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 289; RUIZ TAGLE (2011) p. 88.

fin es proporcionarle al asegurador información sobre el riesgo asegurado. En consecuencia, la falta de voluntad no puede ser un factor a considerar en la ejecución o inejecución de este deber²⁶. En tal sentido, el acto de materialización del deber de declaración del riesgo corresponde a un simple suministro de información, destinado a ilustrar al asegurador sobre el riesgo. Por lo tanto, no podemos calificarlo como una declaración unilateral de voluntad cuyo fin sea proponer la celebración de un contrato, en términos tales que la simple aceptación del asegurador nos lleve al término del proceso de formación del seguro²⁷.

A nuestro parecer, la tesis de BRUCK constituirá el argumento central para apartar el deber precontractual de declaración del riesgo asegurado y las consecuencias de su incumplimiento del régimen general de vicios del consentimiento. Esta propuesta permitirá incorporar, frente a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, efectos distintos a la nulidad relativa del contrato de seguro.

1.1.4. RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA *Obliegenheit* EN ITALIA

La doctrina alemana influirá con fuerza en los italianos. Sobre la *Voraussetzungstheorie* se inclina FIORENTINO, al sostener que “la actividad informativa impuesta al asegurando, no constituye una verdadera y propia obligación jurídica, ya que tal actividad no está considerada para la satisfacción del interés de otro (el asegurador). En consecuencia, debe ser observada para satisfacer el interés propio, consistente en la estipulación de un contrato válido”. Se trata de una carga (*onere*), de una actividad necesaria, no debida²⁸. Coincide con el autor citado PELAGGI, al señalar que es posible encontrar en la exacta y completa declaración del riesgo, un comportamiento positivo impuesto

²⁶ BRUCK (1930) p. 180. Véanse en el mismo sentido: DONATI (1954) p. 306; GARRIGUES (1982) p. 89; BATALLER (1997) p. 12; SOLIMANDO (2001) p. 31; LAMBERT-FAIVRE Y LEVENEUR (2005) p. 918; SÁNCHEZ CALERO (2005) p. 290; BATALLER, LATORRE Y OLAVARRÍA (2007) p. 194.

²⁷ Ver BESSON (1933) pp. 21 y ss.

²⁸ FIORENTINO (1941) p. 59. Véanse en el mismo sentido: CASTELLANO (1971) p. 180; MENICHINO (2001) p. 875.

al contratante; una carga, cuya observancia hace que el contrato sea plenamente válido y eficaz²⁹.

A nuestro juicio, la tesis de la doctrina italiana no agrega elementos diferenciadores relevantes en relación a la doctrina tradicional, al situar el deber precontractual de declarar el riesgo y las consecuencias de su inejecución en el derecho común, contemplando la nulidad como único remedio frente a la inobservancia de esta carga informativa.

1.1.5. RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA *Obliegenheit* EN CHILE

En nuestra doctrina, los autores en su análisis del deber precontractual de declaración del riesgo, lo asimilan a una carga, cuya inejecución acarrea la nulidad del contrato por aplicación del artículo 557 número 1° del Código de comercio chileno (en adelante CCMCH)³⁰.

En nuestra opinión, la tesis enunciada se contradice con el correcto sentido técnico jurídico que elaboró la doctrina alemana sobre

²⁹ PELAGGI (1967) p. 235; en el mismo sentido VISINTINI (1971) p. 451.

³⁰ Véanse BAEZA (2001) p. 114; ACHURRA (2005) p. 50; SANDOVAL (2007) pp. 208 y ss.; BARROILHET (2007) p. 37. Se aparta de la tesis dominante en la doctrina chilena VALERA, quien considera que el artículo 556 número 1° del CCMCH, contempla una obligación legal, cuya inejecución provoca una situación de culpa *in contrahendo* que se sanciona con la rescisión del seguro. VARELA (1960) p. 40. En este mismo sentido, en la doctrina italiana VALERI, señala que “la ley impone a quien contrata un seguro la *obbligo* de declarar al asegurador las circunstancias relevantes del riesgo; la inobservancia de esta obligación, la cual puede manifestarse en la declaración inexacta como reticente, determina su responsabilidad *in contrahendo*”. VALERI (1952) p. 108. Por su parte, LAGOS sostiene que la doctrina chilena “ha incorporado la extendida idea de que el contrato de seguros contiene cargas para el asegurado”. Luego, el autor sostiene que hay falta de claridad y que, al parecer, nuestros autores “lo que proponen es que las obligaciones pueden ser pactadas como cargas. 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”. LAGOS (2006) p. 142. RUIZ-TAGLE señala lo siguiente: “discrepamos de esta forma de calificar este deber precontractual, ya que sin perjuicio de que la ley las califique de obligaciones, estos deberes precontractuales no presentan la estructura de las obligaciones”. RUIZ-TAGLE (2011) p. 229.

los efectos que se derivan de la inejecución de la carga, pues, la consecuencia que surge de la inobservancia del deber consiste en la pérdida del derecho del asegurado a exigir del asegurador la prestación debida, y no la nulidad del contrato, necesariamente³¹. Ello, es lo que ocurre en el derecho español, que abandonó el remedio de la nulidad para los casos de una declaración del riesgo inexacta, contemplando una facultad de desistimiento del contrato, ajustándose de manera más precisa a la *Voraussetzungstheorie*³².

Para terminar nuestro análisis sobre la naturaleza jurídica del deber precontractual de declaración del riesgo, es nuestra opinión, que este deber constituye una carga *in contrahendo* de origen legal, impuesta al contratante o tomador del seguro, y tiene por objeto dar a conocer al asegurador los datos sobre el riesgo, con el fin de poder evaluar y definir si lo asume o no, y en caso afirmativo fijar un valor. Es una carga de comunicación, cuya inejecución provoca la pérdida del derecho del asegurado a la indemnización³³. Sobre lo anterior, ahondaremos en la segunda parte de nuestra investigación, al tratar los efectos del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo en el Ordenamiento jurídico chileno. No obstante, anunciamos que nuestras pretensiones apuntan a determinar si el régimen legal decimonónico y el que entrará en vigencia el 01 de diciembre del 2013³⁴, permiten formular si este deber precontractual de información se trataría de una carga informativa en el sentido técnico jurídico o no. Ello, será relevante en nuestro análisis sobre los efectos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa.

³¹ En tal sentido, ver BRUCK (1930) p. 283.

³² En este sentido, ver por todos SÁNCHEZ CALERO (2010) pp. 284 y ss.; 300-301.

³³ Este es el criterio que ha seguido nuestra jurisprudencia al referirse de modo general a las cargas en el contrato de seguro. Véanse: *Luis Barrera González con La Interamericana Compañía de Seguros de Vida S.A.* (2009); *JL Asociados Limitada con Compañía de Seguros Cruz del Sur S.A.* (2011).

³⁴ El Código de comercio chileno fue modificado mediante la Ley 20.667 publicada en el Diario oficial (en adelante D.O) el 09 de mayo del 2013. La referida ley tiene una vacancia legal. El artículo transitorio de esta ley señala: “*La presente ley comenzará a regir el primer día del séptimo mes siguiente al de su publicación*”. Advertimos que durante nuestra exposición trataremos como régimen actual el introducido por la Ley 20.667.

1.2. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO CHILENO

Las modificaciones introducidas el año 2013 al Título VIII del Libro II del CCMCH, que trata del Seguro en general y de los Seguros Terrestres en particular (artículo 512 al 601), nos obligan a incorporar en nuestro examen sobre el régimen legal del deber precontractual de declaración del riesgo, tanto la normativa que rige los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, como esta última. En consecuencia, analizaremos la norma contenida en el artículo 556 número 1 del CCMCH (que denominaremos como decimonónica), por una parte, y por la otra, revisaremos los artículos 524 número 1° y 525 vigentes del citado Código. Lo que hemos apuntado obedece a la regla general sobre los efectos de la ley que rige en nuestro derecho³⁵.

1.2.1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARTÍCULO 556 NÚMERO 1° DEL CÓDIGO DE COMERCIO ANTERIOR A LA MODIFICACIÓN DEL AÑO 2013

Nuestro Código de comercio establecía el deber *in contrahendo* de declaración del riesgo en el artículo 556 número primero, que señalaba:

“El asegurado está obligado:

1° A declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos”.

Nuestro examen comprenderá una perspectiva histórica y una dogmática, con el fin de contextualizar correctamente la norma frente al tráfico del negocio del seguro.

En la génesis de la norma legal citada se observa el influjo que sobre el redactor del CCMCH produjo ALAUZET³⁶. No obstante, y si bien

³⁵ Sobre los efectos de la ley en el Derecho chileno, ver por todos ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVICH (1998) pp. 222 y ss.

³⁶ La obra de ALAUZET es la fuente epigonal doctrinaria que inspiró a José Gabriel Ocampo en la redacción del artículo 556 número 1 del CCMCH en su texto original. Lo relevante para este autor, es que el asegurador sea puesto en la situación o posibilidad de apreciar correctamente el riesgo, al asentir en la asunción del

este autor es contemporáneo al CCFR, es nuestra opinión que la norma contenida en los borradores del proyecto y en el artículo 556 numeral 1° del CCMCH, se trata de una norma original en su texto literal.

Nuestra formulación, es el resultado de una revisión de la normativa que rigió previo al proceso de codificación y determinadas disposiciones legales contenidas en las codificaciones del siglo XIX, en las que no encontramos textos cuya redacción se ajusten a la contenida en nuestro Código³⁷. El mérito de la norma redactada por OCAMPO, está en imponer una obligación (carga o deber en el sentido más técnico) concreta y específica que pesa sobre el asegurado o contratante, y que en el cuerpo definitivo del Código se agrupa junto a una serie de otras obligaciones del asegurado, según reza el artículo 556 del CCMCH. Como hemos señalado, OCAMPO sistematiza este deber fijando en una sola norma la carga de información y los efectos de su incumplimiento³⁸, sin embargo el texto definitivo sigue otra estructura³⁹.

evento de peligro. Por esta razón, es que el asegurado debe informar al asegurador del verdadero estado y valor de la cosa asegurada. Sobre esta declaración o suministro de información, ALAUZET señala “que no basta que la declaración sea exacta en cuanto a las circunstancias materiales del objeto asegurado y del valor que representa, es necesario que todas las circunstancias que permitan al asegurador apreciar el riesgo, sean enumeradas”. ALAUZET (1844) p. 379. Este autor, sigue los criterios de autores que le preceden como EMERIGÓN, POTHIER, VALIN, y GRÜN y JOLIAT, según él mismo refiere.

³⁷ Nuestra revisión de fuentes comprende desde la Ordenanza de Barcelona de 1484, la Ordenanza de Burgos de 1537, la Ordenanza de Amberes de 1570, la *Ordonnance de la Marine de 1681*, la Ordenanza de Bilbao de 1737, el CCFR y el Código de comercio holandés de 1838. A ello, agregamos las obras de LOCCENNI, *Scriptorum de Iure Nautico et Maritimo* (1540); STYPMANNUS, *Scriptorum de Iure Nautico et Maritimo*, (1540); SANTERNA, *Tractatus de Assecurationibus et Sponsionibus Mercatorum* (1552); DE ANSALDIS, *Commercio et Mercatura* (1718); CASAREGIS, *Discursus Legales de Commercio* (1719).

³⁸ El texto del primer borrador del CCMCH, elaborado por Ocampo, señala: “El asegurado está obligado a declarar todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y puedan influir en la apreciación del riesgo”. “Las declaraciones falsas o inexactas y las reticencias de aquellas circunstancias que conocidas pudieran impedir la celebración del contrato o producir alguna modificación en las condiciones anulan el seguro aun cuando no provengan de la mala de [sic] del asegurado (Holanda 251 Alauzet N^a 676)”. Ver en BRAHM (2000) pp. 262-456-554.

³⁹ En tal sentido nos apartamos de la opinión de GARRIGUES, quien señala “que las codificaciones decimonónicas no formulan expresamente el deber precontractual

Por su parte, en nuestra doctrina hay autores que, al abordar el artículo 556 número 1° citado, lo tratan a propósito de las obligaciones (o cargas) del asegurado o contratante al momento de celebrar el contrato⁴⁰. Otros, en cambio, se refieren a esta norma a propósito de la formación del consentimiento⁴¹. No hay, por lo general, un análisis completo de fuentes históricas⁴².

Terminamos nuestro examen del artículo 556 número primero del CCMCH, apuntando que la citada norma contemplaba un deber de declaración del riesgo asegurado que podía materializarse de modo espontáneo. Así lo consideró el legislador decimonónico. No obstante, y anunciando nuestra posición sobre la forma de declarar el riesgo, en el *iter* formativo del contrato, a nuestro juicio, la práctica mercantil del negocio del seguro introduce el sistema de declaración mediante un cuestionario, que debiera ser considerado, a lo menos, como indiciario de aquellos datos que requiere el asegurador y considera relevantes a efectos de celebrar o no el contrato y fijar el monto de la prima.

A continuación, analizaremos las modificaciones introducidas el año 2013 al Título VIII, Libro III del CCMCH, que regulan el deber precontractual de declaración del riesgo.

1.2.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARTÍCULOS 524 NÚMERO 1° Y 525 DEL CÓDIGO DE COMERCIO POSTERIOR A LA MODIFICACIÓN DEL AÑO 2013

Nuestro Código de comercio establece el deber *in contrahendo* de declaración del riesgo en el artículo 524 número primero, que señala:

Obligaciones del asegurado. El asegurado estará obligado a:

de declaración exacta, sino que se limitan a fijar las consecuencias de una declaración inexacta o reticente”. GARRIGUES (1973) p. 60.

⁴⁰ Ver por todos BAEZA (2001) p. 114.

⁴¹ Ver CONTRERAS (2011) pp. 1178 y ss.

⁴² En nuestra investigación, hemos observado que sólo LAGOS aborda el análisis de la historia de la ley. No obstante y como el mismo autor advierte, es incompleta ya que no tuvo a la vista todas las fuentes. Ver LAGOS (2006) pp. 146 y ss.

1º Declarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos.

Consideramos que la norma legal que hemos citado, debe ser leída complementándola con los siguientes textos legales del CCMCH:

Artículo 524 inciso 4º:

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, corresponde al tomador el cumplimiento de las obligaciones del contrato, salvo aquellas que por su naturaleza deben ser cumplidas por el asegurado.

Artículo 524 inciso final:

Las obligaciones del tomador podrán ser cumplidas por el asegurado.

Artículo 525:

Declaración sobre el estado del riesgo. Para prestar la declaración a que se refiere el número 1 del artículo anterior, será suficiente que el contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo.

Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración sobre el estado del riesgo, éste no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud.

La nueva regulación sobre el deber precontractual de declaración del riesgo, mantiene el texto decimonónico del artículo 556 número 1º en el sentido de imponer de modo expreso un deber de informar. No obstante, se incorporan innovaciones relevantes, en especial, al recoger

la práctica del uso de formularios de preguntas, circunscribiendo de este modo el contenido de este deber a lo que solicite (requiera o pregunte) el asegurador.

De esta manera, a nuestro juicio, el artículo 524 número 1° citado impone al contratante la carga de declarar las circunstancias que “solicite” el asegurador. Este límite de exigencia o contenido de la carga precontractual de declarar el riesgo, queda nuevamente asentado en el artículo 525 del CCMCH, que indica que el contratante debe informar “*al tenor de lo que solicite el asegurador*”⁴³. En consecuencia, esta carga se transforma en un deber responder, siguiendo con ello la tesis de la doctrina española que califica esta carga informativa como un deber de respuesta⁴⁴.

En cuanto a la naturaleza jurídica del deber precontractual de declaración del riesgo, si bien el legislador mantiene el uso de la palabra obligación, a nuestro parecer, esta exigencia subsiste, pero en calidad de carga. Ello queda reforzado además, por la incorporación de remedios distintos a la nulidad del contrato, siguiéndose de esta manera la tendencia de diversas legislaciones extranjeras que apartan la regulación del deber precontractual de declarar el riesgo de la

⁴³ A nuestro parecer, las citadas normas chilenas tienen su fuente directa en el derecho francés, en concreto en el artículo L113-2 del Código de seguros, que dispone: “*El asegurado está obligado: 2° A responder exactamente a las preguntas planteadas por el asegurador, especialmente en el formulario de declaración del riesgo, mediante el cual el asegurador le interroga en el momento de la conclusión del contrato, sobre las circunstancias cuya naturaleza permiten al asegurador apreciar los riesgos que toma a su cargo*” (*L'assuré est obligé: 2° De répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire d'éclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge*). [La traducción es nuestra]. Sobre esta norma, a juicio de la doctrina francesa, se suprime la declaración espontánea, por el sistema cuestionario. Ver por todos en este sentido, LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR (2011) pp. 269 y ss.

⁴⁴ Ver por todos SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 282. En nuestra doctrina, ver en este sentido RUIZ-TAGLE (2012) p. 27.

disciplina común sobre vicios del consentimiento, estableciendo una regla especial⁴⁵.

1.3. LA BUENA FE Y EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS

La buena fe, rige toda relación de derecho⁴⁶. En el ámbito del negocio jurídico este principio adquiere un rol fundamental, tanto en la etapa de formación como en la ejecución del contrato. Si bien nuestro ordenamiento jurídico se refiere de modo expreso a la *bona fides* en el artículo 1546 del Código civil, a propósito del cumplimiento contractual, este principio rector opera en toda la fase del negocio jurídico, por consiguiente, abraza su etapa formativa⁴⁷. En el *iter* formativo del

⁴⁵ En este sentido, es correcta la indicación formulada por el Senador Lagos en el segundo trámite constitucional de la Ley 20.667, al proponer en el artículo 524, reemplazar la palabra obligación por “*deberes*”, sólo en cuanto al numeral 1°, ya que, en el artículo citado hay casos claros de obligación en el correcto sentido jurídico (sabemos que esta indicación tiene su origen en un informe del profesor OSVALDO LAGOS, a quien atribuimos su autoría). Ver: Informe de indicaciones del Senado, 11.06.12, formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula el contrato de seguro.

⁴⁶ Véanse DE LOS MOZOS (1965) pp. 25 y ss.; DIEZ-PICAZO, ROCA Y MORALES (2002) pp. 155 y ss.; GARCÍA RUBIO y OTERO (2010) pp. 5 y ss.

⁴⁷ Este es el criterio asentado en nuestra jurisprudencia al señalar, que “*como lo ha comprendido la doctrina y la jurisprudencia en nuestro medio jurídico, la buena fe contractual que exige el artículo 1546 del Código Civil, ha de estar presente en todas las etapas de desenvolvimiento del contrato, esto es, desde las negociaciones preliminares, pasando por la celebración y ejecución del mismo, hasta las relaciones posteriores al término del contrato inclusive. La buena fe exige, pues, que al momento de negociar el contrato, las partes hablen claro (como dice el profesor López Santa María), lo que implica que se abstengan de hacer afirmaciones inexactas o de guardar silencio sobre aspectos que puedan conducir a la otra parte a una errada representación de los elementos del contrato. La expectativa es que, en esa etapa, los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad*”. *Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A (2008)*. Similar criterio aparece en otro fallo del mismo tribunal que señala que “*el principio de la buena fe impone a las partes de un contrato el deber de lealtad y corrección frente a la otra durante todo el iter contractual. O sea, desde las conversaciones preliminares o fase precontractual, pasando por la celebración, hasta la ejecución del contrato y las relaciones post contractuales*”. *Testar y Compañía Limitada con BBVA Banco BHIF (2011)*. En el mismo sentido véanse *Urrea Fuentes, Cristina con CorpBanca (2012)*; *Castro Vásquez Cristina con Mapfre Seguros Generales (2005)*. Nuestra jurisprudencia

contrato, observamos como la buena fe impone a los contratantes especiales deberes de conducta⁴⁸, dentro de los cuales quedan circunscritos los deberes de información y, en este contexto, el deber *in contrahendo* de declarar el riesgo en el caso del contrato de seguro.

Han sido arduas las disensiones doctrinarias sobre el rol de la buena fe en la imposición a los contratantes del deber de informar⁴⁹. Oscilan entre las tesis que consideran que en todo proceso de formación del contrato se impone *ex bona fide* un deber de informar sobre el objeto del negocio⁵⁰, y las tesis que sostienen que la buena fe no impone de modo general un deber de suministrar información durante las tratativas⁵¹.

arbitral ha confirmado la relevancia de la buena fe en la formación de todo negocio jurídico. *Sentencia árbitro Urrejola Mönckeberg, Sergio* (2004).

⁴⁸ Véanse en este sentido LARENZ (1979) p. 92; GÓMEZ CALLE (1994) pp. 14-86; LLOBET (1996) p. 38; DIEZ-PICAZO (2007) p. 312; BARRIENTOS (2008) p. 29; GARCÍA RUBIO y OTERO (2010) p. 5.

⁴⁹ En la doctrina chilena ver BARROS (2007) pp. 1001 y ss. En la doctrina española véanse: GARCÍA RUBIO y OTERO (2010) p. 23 y ss.; PANTALEÓN (2011) pp. 898 y ss.

⁵⁰ MUSY, sostiene que su investigación pretende demostrar sobre la base de la buena fe y la corrección un nuevo paradigma teórico: *El contratto informato*. Señala el autor, en su análisis de la doctrina y la jurisprudencia italiana, que “el deber de *buona fede e correttezza*, impone un deber de información totalizante, que no encuentra ningún obstáculo teórico serio”. Para este autor, la doctrina y jurisprudencia italianas vienen imponiendo un modelo de contrato informado, que establece como premisa que “las partes no deben tener recíprocamente secretos respecto a los motivos, a la causa, al objeto, al precio o a la cualidad del bien o servicio”. Ello permitiría, a juicio del autor, una mayor justicia contractual o un mejor modelo sistemático. MUSY (1999) pp. 3-6. Por su parte, nuestra jurisprudencia ha sentado el criterio de imponer la buena fe un estándar de conducta a los contratantes durante los tratos previos. *Jiménez Mira con Armijo Cerda* (2011).

⁵¹ Sobre este punto, MORALES MORENO, formula dos interrogantes: ¿Cuándo surge el deber? ¿A qué extremos se refiere? Ello dependerá, nos dice el autor, de la concepción que se tenga del contrato. Ver MORALES MORENO (1982) pp. 229 y ss. Por su parte, DE LA MAZA, observa una distinción entre lo que denomina como deberes precontractuales de información típicos, que serían aquellos supuestos en los que “el legislador ha tipificado ciertos deberes precontractuales de información, es decir, ha concretado las exigencias que formula la buena fe a los negociantes durante la etapa precontractual en lo que se refiere al suministro de información”, y los deberes precontractuales atípicos, esto es, “aquellos que no han sido establecidos por el legislador”. Ver DE LA MAZA (2010) pp. 29-30-67-177. Sobre la

Con todo, nuestras pretensiones son menores, sólo buscamos determinar el rol de la buena fe en la extensión o contenido del deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños⁵². Como señala CUADRADO, “el *standard* de conducta que ha de observarse durante la fase de los tratos preliminares varía, en función de la naturaleza del contrato que se pretende concluir y la cualificación profesional de quienes participan en aquéllos. Con el término buena fe se alude, en abstracto, al comportamiento del operador serio y leal, que será diverso según el tipo de contratación que contemplemos y según la época en que nos hallemos”⁵³. En este sentido, observamos que la buena fe cumple un rol determinante en el contrato de seguro, y con énfasis en el deber precontractual de información sobre el riesgo asegurado, según veremos de inmediato⁵⁴.

Precisamos que, si bien la buena fe es el cimiento del deber de información *in contrahendo* sobre estado del riesgo, a diferencia de lo que ocurre en otros negocios jurídicos, en el seguro esta carga está impuesta expresamente por nuestro legislador en el artículo 524 número 1° del CCMCH⁵⁵. Ello nos permite, a los intereses de nuestra investigación, sostener que se hace innecesario profundizar sobre el debate doctrinario en cuanto a si la buena fe impone o no un deber general de información en la fase de formación del contrato de seguro, por cuanto este deber existe *a priori*⁵⁶, o como señala DE LAS RIVAS, existe antes de la celebración del contrato⁵⁷.

Nuestro examen sobre el rol de la buena fe en el proceso de

tendencia de tipificar los deberes en la fase precontractual del negocio jurídico, ver GARCÍA RUBIO y OTERO (2010) p. 5.

⁵² Sobre la buena fe en el contrato de seguro ver por todos RUIZ-TAGLE (2011) pp. 55 y ss.

⁵³ CUADRADO (2003) p. 46.

⁵⁴ En la doctrina colombiana, a juicio de JARAMILLO, si bien la buena fe *in contrahendo* está presente en todo negocio jurídico, en el seguro este principio tiene una relevancia singular. JARAMILLO (2011) p. 663. En el mismo sentido, en la doctrina chilena ver ARELLANO (2013) p. 17.

⁵⁵ Del mismo modo ocurre en el caso del derogado artículo 556 numeral 1° del CCMCH.

⁵⁶ En este sentido ver Meyer Flores, *Norma Herminia y otros, contra Seguros de Vida Security Previsión Vida S.A.* (2009).

⁵⁷ DE LAS RIVAS (1976) p. 273.

declaración del riesgo asegurado, resulta difícil de entender sin revisar previamente la especial calificación que la doctrina, en general, hace del contrato de seguro en relación a la *bona fides*. Hemos observado que los autores sostienen que el contrato de seguro es un negocio jurídico de máxima buena fe (*uberrimar bonae fidei*)⁵⁸, calificación que se justificaría, ya que tanto el asegurador como el asegurado descansan en

⁵⁸ Véanse SALANDRA (1942) p. 3; BRUNETTI (1951) p. 587; DURANTE (1979) p. 22; GARRIGUES (1982) p. 46; RUIZ (1991) pp. 13 y 14; LETTA (1997) p. 179; BATALLER (1997) p. 10; MENICHINO (2001) p. 874; RUBIO (2003) p. 7; SÁNCHEZ CALERO (2005) p. 227; LAMBERT-FAIVRE Y LEVENEUR (2005) p. 257; BARROILHET (2007) p.37; RUIZ-TAGLE (2011) pp. 95 y ss.; ARELLANO (2013) pp. 17 y ss. Esta expresión no ha sido ajena a nuestra jurisprudencia, al señalar que “la obligación del artículo 556 N° 1 del Código de Comercio que pesa sobre el asegurado es un deber de sinceridad y máxima buena fe en contratos aleatorios como el seguro”. *Cia. de Seguros Sud América con Joaquín Contreras Canto*. (1904); *Torres Ruíz Carmen con Banco de Crédito e Inversiones y AXA Seguros de Vida S.A.* (2001). Esta calificación de máxima buena fe (*utmost good faith*), fue enunciada como tal en una decisión de Lord MANSFIELD en 1766. Véanse HARDY (1970) p. 87; COLINVAUX (1970) p. 8. La regla general en materia de contratación bajo la mirada de los sistemas regidos por el *Common law*, no exige mayores cuidados de las partes en materia de entrega de información, ya que los contratantes deben estar atentos, y cuidadosos en la protección de sus intereses (*caveat emptor*). Es opinión de BEATSON, que “la regla general en el *Common law* dice que cuando una persona entra en contacto con otra no tiene el deber de entregar información”. Luego, este autor señala que las partes deben cuidar sus propios intereses y procurarse la información necesaria para contratar; habrá, sin embargo excepciones, en particular en aquellos contratos calificados como de *urberrimae fidei*, contratos de máxima buena fe (*utmost good faith*), como el caso de los contratos de seguro, en el cual la violación al deber de declaración (*duty to disclose*) provoca la nulidad del contrato. BEATSON (2002) p. 236. Ver en el mismo sentido COLINVAUX (1970) pp. 7-85. Es nuestro parecer, que en materia de deber de información, en especial en contrato de seguro, tanto el derecho continental como el *Common law*, seguirán excepcionalmente un mismo criterio, al considerar la buena fe como principio rector de este negocio jurídico, el que tendrá una injerencia notoria en el caso del *duty of disclose*, carga que en definitiva exige a las partes entregarse toda la información necesaria para llevar a término el contrato. Sobre esta calificación de máxima buena fe nos preguntamos ¿Hay contratos de poca, mediana y máxima buena fe? ¿Admite la buena fe una especie de graduación, como ocurre a propósito de la culpa contractual? Estimamos que la *bona fide* que se observa en el contrato de seguro, no se trata de una regla especial. Resaltar la buena fe como *uberrimar bonae fidei*, busca en nuestra opinión asentar de manera clara que en este tipo de contratos no cabe la posibilidad de negociar sobre la base del *dolus bonus*, esto es, aquella artimaña permitida en el comercio con el fin de obtener algo de ventaja. Ver en este sentido, RUIZ-TAGLE (2011) p. 113.

la veracidad de la información que recíprocamente se traspasan⁵⁹. Por un lado, el asegurador confía en la información que sobre el riesgo le entrega el asegurado⁶⁰, y por el otro, este último confía en las condiciones de cobertura que se le ofrecen, las que quedan en definitiva expresadas en el contrato, en concordancia con los deberes de corrección y buena fe impuestos al asegurador⁶¹. Es esta especial relación de confianza recíproca, la que justifica tal calificación.

El conocimiento exacto del riesgo cuyo traspaso podría asumir el asegurador, permitirá a este último definir si asiente o no en el contrato y fijar la prima adecuada⁶². Lo anterior supone, en consecuencia, situar

⁵⁹ Véanse DURANTE (1979) p. 223; VIANELLO (1991) p. 283; BATALLER (1997) p. 11; HALPERIN y BARBATO (2001) pp. 45 y ss.; MONTI (2003) p. 167.

⁶⁰ Ver SÁNCHEZ CALERO (1965) p. 59.

⁶¹ MONTI (2003) pp. 168-169. Nuestro legislador ha propiciado una serie de modificaciones tanto a la legislación sobre seguros, como en otros cuerpos legales que provocan, a nuestro juicio, un cambio relevante si de deberes de información a cargo del asegurador en el contrato de seguro, se trata. Representativas de estas modificaciones son las introducidas a nuestra Ley de protección al consumidor mediante la Ley 20.555, y las contenidas en la Ley 20.667 sobre modificación al Título VIII del Libro II de nuestro Código de comercio. Las normas contenidas en el CCMCH, son las siguientes: Artículo 514, que señala: *Propuesta. La proposición de celebrar un contrato de seguro deberá expresar la cobertura, los antecedentes y circunstancias necesarios para apreciar la extensión de los riesgos. Para estos efectos, el asegurador deberá entregar al tomador, por escrito, toda la información relativa al contenido del contrato que se celebrará. Esta deberá contener, al menos, el tipo de seguro de que se trata, los riesgos cubiertos y las exclusiones; la cantidad asegurada, forma de determinarla y los deducibles; la prima o método para su cálculo; el período de duración del contrato, así como la explicitación de la fecha de inicio y término de la cobertura.* Por su parte, el Artículo 529, señala: *Obligaciones del asegurador. Además de la contemplada en el artículo 519, el asegurador contrae las siguientes obligaciones: 1) Cuando el seguro fuere contratado en forma directa, sin intermediación de un corredor de seguros: prestar asesoría al asegurado, ofrecerle las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses, ilustrarlo sobre las condiciones del contrato y asistirlo durante toda la vigencia, modificación y renovación del contrato y al momento del siniestro. Cuando el seguro se contrate en esta forma, el asegurador será responsable de las infracciones, errores y omisiones cometidos y de los perjuicios causados a los asegurados.* Las normas que hemos referido, en especial el artículo 514 apuntan a solucionar no sólo la falta en la entrega de información. La ley se ocupa de la forma en la que se suministra la información. Ello, apunta a resolver la otra cara de la problemática de la asimetría, la racionalidad imperfecta, esto es, la imposibilidad del consumidor de comprender la información que recibe. Ver DE LA MAZA (2011) pp. 115 y ss.

⁶² JARAMILLO (2011) pp. 650 y ss.

en el punto exacto de equilibrio la magnitud del riesgo a cubrir y la cantidad de prima a abonar. Será la correcta descripción del riesgo la que permitirá lograr los objetivos señalados, y ello es consecuencia directa de la buena fe⁶³. La mala fe del asegurado busca mostrar un riesgo aparente, divergente del que se da en la realidad, con el fin de obtener la cobertura de parte de asegurador. Ello, no admite tolerancia.

En la relación precontractual del contrato de seguro, y en concreto sobre el deber de información del estado del riesgo, la buena fe interviene en su faz objetiva.⁶⁴ En este sentido, a juicio de GARRIGUES, “la buena fe objetiva, como la que invoca el artículo 57 del Código de comercio, se habla precisamente en el contrato de seguro y se llega a consecuencias extremas. Se trata no de una creencia, ni de una ignorancia. No puede el asegurado decir: yo no sabía, yo ignoraba, yo creía que”⁶⁵. Agrega el autor, que “la ley del contrato de seguro, enfoca la buena fe desde el punto de vista negativo, es decir, desde el punto de vista de la mala fe o del dolo. Porque si la buena fe es el espejo en que se reflejan las normas del contrato de seguro, la mala fe será, por así decirlo, el reverso de ese espejo”⁶⁶.

En nuestro sistema jurídico, si bien nuestro Código de comercio

⁶³ ELGUERO (2004) p. 63. Por su parte, VIANELLO sostiene que “la regla de buena fe está destinada a desarrollarse en orden a la individualización misma de la circunstancia influyente sobre la representación del riesgo y que el asegurando debe declarar para consentir que la otra lo asuma”. VIANELLO (1991) p. 283. Véanse LAMBERT-FAIVRE Y LEVENEUR (2005) p. 257; CONTRERAS (2008) p. 191. Véanse en nuestra jurisprudencia, *Laser Medicine Technology S.A. con Royal and Sun Alliance Seguros Chile S.A.* (2009); *María Inés Quintero Pérez con Chubb de Chile Compañía de Seguros Generales S.A.* (2010).

⁶⁴ BATALLER, en su análisis del deber precontractual de declaración del riesgo, señala que “el concepto de buena fe que debe imperar es el objetivo y no el subjetivo, ya que nos enfrentamos a una adecuación a la conducta común”. BATALLER (1997) p. 10. A juicio de DE LOS MOZOS, la buena fe objetiva, tiene su campo de desarrollo en el Derecho de las obligaciones y en la teoría general del negocio jurídico. Se trata de un comportamiento de fidelidad ajustado al plano de los usos y de la ley (disposición normativa); es objetiva ya que no se haya basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. DE LOS MOZOS (1965) p. 45.

⁶⁵ GARRIGUES (1982) pp. 46-47.

⁶⁶ GARRIGUES (1982) pp. 46-47.

no se refiere de manera expresa a la buena fe, ya sea como una clausula general – como la que se establece en el artículo 57 del Código de comercio español, en el artículo 1337 del *Codice civile*⁶⁷ o en el § 242 del BGB – o de manera específica al consagrar el deber de declaración del riesgo en el CCMCH, la presencia de este principio en el cumplimiento de este deber no es discutible.

Sobre la buena fe y el contrato de seguro, nuestra jurisprudencia ha señalado, que *“la buena fe es un principio angular que aparece en cualquier contrato de seguro, de cualquier tipo que este sea, lo que significa que el contrato debe ser celebrado y ejecutado por las partes con el máximo de honradez contractual, traduciéndose en la rectitud de intención, la honorabilidad comercial, la actitud consistente en desenvolverse en el ámbito del contrato sin el propósito de perjudicar a la contraparte, tal como se consagra en el artículo 1546 de la Codificación Civil. Por ello, en el contrato de seguro la aplicación de dicha premisa reviste la máxima importancia al proteger el asegurado el interés asegurado sobre la base de creer en lo que éste le ha expresado sobre la naturaleza y características de la cosa asegurada y la magnitud del riesgo que le afecta, y a su vez, el asegurado contrata el seguro en el entendido de que el asegurador honrará la palabra empeñada y cubrirá los riesgos que ha querido amparar y que están especificados en el contrato”*⁶⁸.

En consecuencia, el asegurado, contratante o tomador del seguro debe informar al asegurador todo aquello que sabe y se le pregunta, evitando incurrir en errores, engaños o reticencias que provoquen una errada representación del riesgo asumido por el asegurador. Como señala RUIZ-TAGLE, las declaraciones que los contratantes entregan al asegurador deben estar imbuidas de la buena fe, por lo que deben ser realizadas de manera correcta, veraz y sin reticencias⁶⁹.

La imposición de la *bona fide* sobre la extensión de lo que debe

⁶⁷ Véanse D'AMICO (2003) pp. 335 y ss.; TARDIA (2004) p. 727; SCHIAVONE (2008) p. 74.

⁶⁸ *Inversiones Aéreas Patagonia Ltda con Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur S.A.* (2012).

⁶⁹ Ver RUIZ-TAGLE (2011) pp. 80-81.

suministrar el contratante al asegurador, dependerá si la carga de informar se materializa de modo espontáneo, o por medio de un cuestionario. La carga de información precontractual que pesa sobre el contratante o tomador, se atenúa o limita, cuando el asegurador entrega un cuestionario, por un lado, y por el otro, cuando los datos que integran el riesgo son conocidos por el asegurador o debieran ser conocidos por él en razón de su actividad profesional. Según veremos más adelante, este criterio fue impuesto por nuestro legislador en las modificaciones introducidas el año 2013 al CCMCH en el artículo 525, que sustituye la forma de declaración del riesgo espontánea por un sistema cuestionario.

En consecuencia, la buena fe, al provocar un influjo en el contenido o extensión del deber precontractual de declarar el riesgo asegurable, será determinante al momento de verificar si hay o no incumplimiento de la carga informativa, para dar lugar a la aplicación de remedios que pueden ser la nulidad relativa del contrato, la rescisión del seguro o su mantención, en este último caso, mediante un aumento de la prima, una adaptación de las condiciones de la cobertura pactada, o una rebaja proporcional de una indemnización, según veremos durante nuestra investigación.

1.4. LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN Y EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS

1.4.1. LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN COMO JUSTIFICANTE DEL DEBER DE DECLARAR EL RIESGO

La asimetría representa una falta de correspondencia exacta entre dos cosas u objetos, que en el caso de la contratación conceptualizaremos como la falta de correspondencia entre los contratantes, provocada por el desconocimiento de uno de ellos de determinados datos esenciales en vista al otorgamiento del consentimiento⁷⁰. Esta falta de información sitúa al contratante que la posee en una posición de ventaja, y al otro, en una posición de debilidad

⁷⁰ A juicio de DE LA MAZA, la asimetría provoca una situación de desventaja, que en términos de información posee una de las partes sobre la otra. DE LA MAZA (2010) p. 113.

o vulnerabilidad⁷¹.

Esta falta de simetría presente en la fenomenología de la contratación estandarizada, es lo que justifica la implementación de instrumentos de protección en favor del sujeto calificado como contratante débil⁷². Se trata de una tutela que busca reequilibrar la relación negocial⁷³. En este contexto, hemos observado durante nuestra investigación como los deberes de información se han transformado en un instrumento eficaz de protección y corrección del desequilibrio existente durante el proceso formativo del contrato⁷⁴.

En el caso del contrato de seguro, los legisladores del siglo XIX y la doctrina, consideraban que el asegurador era quien se encontraba en una posición de desigualdad en relación a los datos que integran el riesgo⁷⁵, por lo que era necesario fijar normas que lo protegieran⁷⁶. La

⁷¹ En nuestra doctrina, es opinión de BARROS, que “la información está distribuida asimétricamente, pero de ello no se sigue *per se* que sea ilegítimo que cada parte la utilice en su favor. Por eso, la pregunta esencial reside en saber cuándo una parte entrega información a su contraparte; o, lo que es lo mismo, cuándo no es lícito conservarla como propia”. BARROS (2003) p. 1015.

⁷² Sobre la denominada tipología del contratante débil, ver por todos ZIMMERMANN (2008) p. 186.

⁷³ Ver FALCO (2010) p.69. GALLO señala, que el deber de informar en la fase de formación del contrato constituye una renuncia a la posición de ventaja de uno de los contratantes. GALLO (2007) p. 649.

⁷⁴ Desde una perspectiva jurídico-económica, parte de la doctrina abordará la problemática de la asimetría y deberes de información, en la dimensión de los costos de adquisición de datos. GÓMEZ CALLE, señala que “en la fundamentación del deber de información en la fase precontractual creemos que se ha de tener en cuenta otro criterio, aparte del principio de la buena fe. Criterio doblemente importante porque nos servirá, además, para establecer los límites de este deber, pues aunque más arriba hayamos defendido el alcance amplio de la buena fe en la formación del contrato, amplio no ha de significar, ni mucho menos, ilimitado. El criterio parte de un análisis económico del derecho”. Ver GÓMEZ CALLE (1994) pp. 18 y ss.; en el mismo sentido DE VERDA Y BEAMONTE (1998) p. 205.

⁷⁵ A juicio de BARRIENTOS, “el origen del deber de información precontractual del riesgo, claramente proviene de la existencia de informaciones asimétricas entre las futuras partes en un contrato de seguro”. BARRIENTOS (2008) p. 92. Por otra parte, la asimetría que posicionaba al asegurador como contratante débil, durante el proceso de formación del contrato, se reflejaba en la imposibilidad del asegurador de procurarse por sus propios medios, la información necesaria para apreciar la entidad del riesgo asegurable. Véanse en este sentido FIORENTINO (1941) pp. 52-53;

tesis descrita se refuerza, especialmente considerando que en esa época las compañías de seguro no contaban con los instrumentos y medios técnicos de medición de riesgo, que hoy sí existen.

En la actualidad, observamos que la contratación del seguro ha cambiado. Los aseguradores poseen una mayor calificación técnica, y han implementado sofisticados sistemas de apreciación o medición del riesgo asegurable. Como señala VEIGA, hoy en día “quien conoce la técnica del seguro, quien utiliza y emplea mecánicas y métodos cuando no hipótesis de probabilidades en base a estudios, en base a tablas actuariales, a índices de siniestralidad etc., es la entidad aseguradora”⁷⁷. En consecuencia, quien queda en posición de desventaja o debilidad es, más bien, el asegurado⁷⁸.

En la perspectiva del deber precontractual de declaración del riesgo asegurado, este nuevo escenario permite formular que los datos que el asegurador conoce o debiera conocer en razón de su especialidad o profesionalismo, tienden a atenuar la problemática de la asimetría de

BUTTARO (1962) pp. 745-746; PICARD Y BESSON (1964) p. 112; CALZADA (1989) p. 160; LETTA (1997) p. 179; SOLIMANDO (2001) p. 22.

⁷⁶ SALANDRA (1942) p. 3. Por su parte, es opinión de SÁNCHEZ CALERO, que “en los códigos y las leyes del siglo XIX referentes al contrato de seguro el legislador se preocupaba de modo especial de proteger al asegurador de los fraudes diversos de los que podía ser víctima por parte de asegurados poco escrupulosos: falsa descripción del riesgo a la hora de la contratación del seguro, sobreseguro, declaraciones de siniestros falsos, provocación del siniestro, etc., ya que tales comportamientos habían aparecido desde los primeros tiempos del seguro y el fraude en el seguro permanece como un problema importante en la época contemporánea; frente a esta preocupación surge la contraria, como se ha dicho, a principios de siglo de tutela del asegurado”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p.81.

⁷⁷ VEIGA (2008) p. 3.

⁷⁸ En este sentido PEÑAS (1999) p. 9. Por su parte, en la doctrina colombiana, señala JARAMILLO, que “es menester acotar que, aun cuando la locución *protección del asegurado* tiene como propósito poner el acento en uno de los extremos de la relación asegurativa, no debe perderse de vista que, en sana lógica, el otro extremo, vale decir, el asegurador, igualmente es pasible de tutela legislativa, administrativa y judicial. No por ser un profesional, a menudo asimilado a la parte dominante de la relación asegurativa, efectivamente, debe quedar en la absoluta orfandad y, en tal virtud, desprovisto de toda protección o, incluso, expuesto a cualquier agresión — provenga de quien proviniera—, so pretexto de su referida condición que, equivocadamente, parece autorizar su satanización”. JARAMILLO (2011) p. 574.

información, que en la visión del legislador decimonónico justificaba la tutela del asegurador. En consecuencia, se restringe el grado de exigencia en el cumplimiento del deber precontractual de información por parte del contratante del seguro, por lo que las consecuencias derivadas de la falta de información, debieran afectar también al asegurador⁷⁹.

En nuestra opinión, en la implementación de instrumentos de tutela, especialmente mediante la imposición de deberes de información, lo relevante está en determinar quién tiene mayor proximidad con el dato que integra el riesgo asegurable. Ello determinará la situación de ventaja o desventaja en el proceso de contratación, y quien deberá soportar y en qué grado las consecuencias de la declaración incompleta o defectuosa sobre el riesgo asegurado.

En consecuencia, si por las características del riesgo, su grado de complejidad y especialización, es el asegurado quien está en mejores condiciones de conocer los datos que lo integran y su relevancia, la exigencia en su declaración deberá ser mayor, y seguramente este deber precontractual de información del riesgo pesará con fuerza en el contratante o tomador⁸⁰. Ello es lo que ocurre en el caso de los denominados grandes riesgos, como los seguros marítimos, aéreos, responsabilidad civil por daño medio ambiental⁸¹, entre otros⁸². Por otro

⁷⁹ En este sentido, RUBIO opina que “aunque es cierto que el asegurado se encuentra más próximo al riesgo y es el que mejor conoce ciertas circunstancias subjetivas y objetivas que determinan su existencia, no lo es menos también el hecho de que la mayor experiencia y cualificación profesional del asegurador puede contribuir en gran medida a concretar con mayor certeza, de entre todas ellas, las que verdaderamente influyen en su apreciación a efectos de una eventual asunción y consiguiente disposición de las particulares condiciones de contratación”. RUBIO (2003) p. 35; en el mismo sentido VEIGA (2008) p. 3. Por su parte, a juicio de SOLIMANDO, hoy el asegurador aparece como un contratante fuerte, no sólo porque su compleja organización le permite con anticipación y precisión evaluar el riesgo, sino por la lógica del equilibrio sinalagmático. SOLIMANDO (2001) p. 25. Por su parte, es opinión de VIANELLO, que “el asegurador en base a su experiencia profesional, es capaz de sustraerse de los juicios objetivos del asegurado”. VIANELLO (1990) p. 150.

⁸⁰ LETTA (1997) p. 180.

⁸¹ Sobre la responsabilidad civil ambiental y la tipología de grandes riesgos ver HEBRERO (2002) pp. 238 y ss.

⁸² Revisada la historia de la Ley 20.667, que modificó el Título VIII, Libro II del

lado, si es el asegurador quien por su experiencia está en mejores condiciones de conocer los datos que integran el riesgo, será éste quien tendrá una mayor exigencia en la obtención de la información que considera necesaria o relevante.

1.4.2. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN DEL RIESGO, LOS DENOMINADOS PRODUCTOS DE SEGUROS Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Si observamos el desarrollo de la actividad aseguradora, vemos cómo los aseguradores están en constante estudio de fenómenos sociológicos y económicos que muestran las diversas necesidades del individuo medio y los riesgos que subyacen en las numerosas actividades, no solo productivas, sino de diversa índole – recreativas, por ejemplo - orientadas a la satisfacción de tales necesidades. El resultado de estos estudios se traduce, en ocasiones, en la elaboración de contratos estandarizados (pólizas tipo) que son ofrecidos masivamente. Esta oferta o comercialización de lo que denominaremos como productos de seguros⁸³, son el resultado de un conocimiento del riesgo que el asegurador adquiere a *priori* al proceso de contratación con el individuo particular, lo que demuestra, a juicio de GRISI, que las compañías de seguros “tienen la posibilidad de evaluar anticipadamente los riesgos”⁸⁴.

CCMCH, observamos la intervención de OSVALDO CONTRERAS, en el siguiente sentido: *“Los Seguros de Grandes Riesgos se definen por el especial carácter de los tomadores del seguro. Se trata de contratantes que, por verificar ciertos parámetros definidos en las regulaciones, se consideran en un pie de igualdad con la empresa aseguradora al momento de contratar el seguro. La Ley presume que los tomadores de los Seguros de Grandes Riesgos tienen una entidad económica tal que los excluye de la consideración como parte débil del contrato de seguro. En los Seguros de Grandes Riesgos el mercado asegurador adquiere una mayor libertad de contratación y más amplia autonomía de la voluntad. Las partes del contrato de seguro optan por el derecho contractual aplicable a la póliza. Pueden modificar las soluciones legales, en forma favorable o desfavorable al asegurado”*. Ver Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

⁸³ En el mismo sentido ver BECKMANN (2009) p. 21.

⁸⁴ Véanse GRISI (1990) p. 771; SÁNCHEZ CALERO (2005) p. 204-205; VEIGA (2008) pp. 127-128. En el sistema de aseguramiento chileno, un ejemplo de lo que hemos denominado como productos de seguros, queda ejemplificado en los siguientes condicionados: Cláusula adicional para robo de cartera, bolso o mochila, adicional a: seguro de protección integral, código Pol 1 09 008; Póliza de seguro para vehículos motorizados, código Pol 1 98 022; Póliza de seguro de equipos

Faltarán, sin duda, algunos datos mínimos, pero en general, la decisión del asegurador de asumir el riesgo ya está determinada, será casi inmediata al contacto negocial con el futuro tomador⁸⁵.

En esta línea de análisis, es insoslayable detenernos frente al fenómeno de la denominada contratación electrónica o vía internet⁸⁶. Tanto la web como otros medios tecnológicos se han transformado en un instrumento no sólo de utilidad para la contratación masiva, sino un medio de obtención de información de parte del asegurador. En este sentido, las nuevas tecnologías de la información intervienen en el proceso de determinación del riesgo asegurado, en la elaboración de la póliza de seguros y la posterior oferta del contrato que los aseguradores

electrónicos móviles o portátiles, código Pol 1 09 019; Póliza de seguro de asistencia jurídica penal, código Pol 1 08 019; Póliza de seguro sobre seguro individual protección total para clientes de instituciones bancarias, financieras y/o comerciales, código Pol 1 06 056. Ver en depósito de pólizas www.svs.cl. Si revisamos estos contratos o clausulados tipo, sólo nos cabe concluir que el asegurador en la elaboración de estos productos de seguro, realizó a *priori* un exhaustivo análisis y selección del riesgo asegurable, determinado mediante una específica descripción del evento de peligro de daño e incorporando conceptos que para un lego – no profesional o técnico – son absolutamente desconocidos, por lo general. Además, el asegurador determinó también a *priori* las circunstancias relevantes o significativas que integran el riesgo asegurado.

⁸⁵ Revisada la historia de la Ley 20.667, observamos la opinión del Superintendente de Valores y Seguros, en el siguiente sentido: “*Siguiendo las tendencias modernas, precisó que es el asegurador quien debe consultar al pequeño asegurado las circunstancias necesarias para evaluar y suscribir el riesgo. Esto parte del supuesto que es el asegurador quien en realidad conoce, más que el asegurado, los antecedentes necesarios para evaluar el riesgo*”. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro, intervención del Superintendente de Valores y Seguros.

⁸⁶ Es opinión de CAMACHO, que “internet es el marco de la contratación en un mercado en el que las nuevas tecnologías permiten la desmaterialización del soporte del consentimiento contractual, la superación de las distancias físicas entre los contratantes y la generalización universal de las transacciones económicas”. CAMACHO (2006) p. 435. Por su parte, el CCMCH, define en el artículo 513 letra t), lo siguiente: “*Seguro celebrado a distancia: aquél que se ha convenido entre las partes mediante cualquier sistema de transmisión y registro digital o electrónico de la palabra escrita o verbal*”. Ver Directiva comunitaria 2002 /CE. Nos referiremos a nuevas tecnología para todos los casos en que se observa un proceso de contratación electrónica, esto es, un proceso de formación del contrato por medios no tradicionales.

formulan al público de modo generalizado⁸⁷. Si observamos la práctica mercantil, vemos que los futuros tomadores o asegurados entregan los primeros datos sobre el riesgo al completar un formulario contenido en la web, por ejemplo. En otros casos, la contratación del producto será casi inmediata o de forma automática⁸⁸. Qué duda cabe de la relevancia de las nuevas tecnologías en el proceso de elaboración de productos de seguros, posible por la información que por estos medios obtiene el asegurador. Se satisface, la necesidad de información sobre el riesgo asegurado, por un lado, y por el otro, la información de cómo queda amparado el tomador.

En consecuencia, es nuestro parecer, que frente al deber precontractual de declaración del riesgo la tutela del asegurador por situaciones de asimetría frente al conocimiento de la información sobre el evento de peligro, no se justifica en los términos que consideran las legislaciones y doctrinas tradicionales⁸⁹. La protección deberá centrarse, más bien, en el contratante o tomador⁹⁰ especialmente sobre aquellos datos que se relacionan con el conocimiento de la cobertura obtenida. El cómo queda amparado o protegido por el seguro el asegurado.

1.5. EL DEBER DE COLABORACIÓN DEL ASEGURADOR EN LA EJECUCIÓN DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS

El *statu quo* del deber precontractual de información sobre el

⁸⁷ Ver ARELLANO (2013) p. 167.

⁸⁸ Como señala CAMACHO, “en determinados contratos, como es el caso de los seguros de vida y asistencia sanitaria, junto con la solicitud del seguro el usuario cumplimenta un cuestionario de salud en el que se incluyen una serie de preguntas que permiten que la entidad aseguradora delimite y valore el riesgo”. CAMACHO (2006) p. 463.

⁸⁹ En este sentido, en nuestra doctrina, TAPIA al abordar la problemática de los contratos de adhesión, hace referencia al “abuso de poder del redactor; poder que se funda en la información acabada sobre el objeto del contrato y que es utilizada para perseguir una ventaja excesiva, no justificada. TAPIA (2008) p. 495.

⁹⁰ En la doctrina italiana, es opinión de MENICHINO, que “la exigencia de tutela del asegurado como contratante débil, se relaciona con su calidad de destinatario de productos de seguros”. MENICHINO (2001) p. 879. Por su parte, en la doctrina española, PAGADOR, opina que en el contrato de seguro es patente la desigualdad entre las partes, siendo dominante el asegurador. PAGADOR (2012) pp. 367 y ss.

riesgo asegurado tiene como contrapartida el deber de colaboración del asegurador en la obtención de información. Ello, compensa la exigencia impuesta al tomador en cuanto al suministro de información sobre el riesgo asegurado⁹¹. A juicio de MENICHINO, los cambios en el contexto social y de mercado han desplazado la atención del legislador del deber de información a cargo del asegurado, a un deber de cooperación a cargo del asegurador⁹².

Este deber de colaboración en la obtención de la información que pesa en el asegurador tiene, de frente al deber precontractual de declaración del riesgo, una doble dimensión, según veremos de inmediato.

Por una parte, al ser el asegurador quien maneja bases de datos y posee los conocimientos técnicos y la experiencia sobre los diversos tipos de riesgos asegurables, es éste quien debe desplegar una conducta diligente⁹³, buscando y procurándose información a fin de evitar el error

⁹¹ Es opinión de GÓMEZ CALLE, que la información es un instrumento esencial de la parte que se encuentra en situación de inferioridad respecto de la otra. Como contraposición a ello, existe el deber de auto informarse, que consiste en la adquisición de la información que cualquier interesado en contratar, ha de obtener empleando un grado de diligencia medio. En contraposición a este deber de auto informarse, encontramos la imposibilidad o gran dificultad en la obtención de datos, que justifica la ignorancia e impone en consecuencia a la otra parte el deber de suministrar la información necesaria para llevar a término el negocio. Advierte eso sí, esta autora, que tal ignorancia de información debe ser conocida por su contraparte. GÓMEZ CALLE (1994) pp. 87 y ss. En el mismo sentido, véanse GARCÍA VICENTE (1997) p. 83; DIEZ-PICAZO (2007) p. 312. En el caso del contrato de seguro, es opinión de VIANELLO, que el asegurador tiene una carga de buscar la información de los hechos que le permitan apreciar el riesgo objeto de la cobertura, y el asegurado tiene la carga de proporcionarlo. VIANELLO (1991) p. 150.

⁹² MENICHINO (2001) p. 879. En el derecho italiano, el deber de colaboración del asegurador en la obtención de información sobre el riesgo asegurado ha sido impuesto por la doctrina y la jurisprudencia, aplicando extensivamente el deber de transparencia que viene impuesto en materia de contratos de seguros en las Directivas comunitarias 92/96CEE y 92/94/CEE, incorporadas al *Codice della assicurazioni* en sus artículos 182 y siguientes. Sobre los deberes de colaboración en la doctrina chilena ver por todos BARROS (2006) pp. 1005 y ss.

⁹³ A juicio de POLOTTI, se le impone al asegurador una carga de comportamiento positivo en la determinación del riesgo asegurado, que requiere de una diligencia normal. POLOTTI (1988) p. 3.

y contratar respaldado⁹⁴. Ello, permite apreciar correctamente el riesgo que asumirá el asegurador o será objeto de amparo o cobertura y fijar el monto de la prima⁹⁵. Dicho de otra manera, la imposición del deber de autoinformarse en el contrato de seguro, se refleja en que este deber de adquirir información para luego entregarla a quien será la contraparte, no sólo recae en el asegurado, sino también en el asegurador. Confluyen, a nuestro juicio, este deber de colaboración del asegurador – que como veremos más adelante está fielmente representado en la imposición del uso del cuestionario de preguntas sobre el riesgo – y el principio de autorresponsabilidad, en su perspectiva del deber de autoinformarse⁹⁶. Esta es, la intención de nuestro legislador al excluir del objeto de la declaración en el artículo 525 inciso final de CCMCH, no sólo aquello que conoce el asegurador, sino lo que debe conocer en razón de su *expertise*.

Por otra parte, este deber de colaboración del asegurador se ve reflejado en la determinación de los datos que son relevantes o significativos, tanto para la asunción del riesgo como para la fijación del valor de la contraprestación del tomador del seguro. En tal sentido, en la doctrina italiana, es opinión de SANGIOVANNI, que “se puede afirmar la existencia de un deber de colaboración entre las partes en la identificación del riesgo objeto del contrato de seguro: el deber del asegurador consiste en individualizar en abstracto el riesgo que considera relevante y de formular en el cuestionario las específicas preguntas que permitan a la otra parte reconocerlo correctamente; el deber del contratante consiste en responder con la verdad y sin reticencia, a todas las preguntas contenidas en el cuestionario”⁹⁷.

⁹⁴ RUIZ-TAGLE (2007) p. 596.

⁹⁵ VIANELLO (1991) p. 150.

⁹⁶ Sobre el principio de autorresponsabilidad, es opinión de DE LA MAZA, que a consecuencia de este principio surge el deber de todo contratante de procurarse información relevante para tomar la decisión de contratar. DE LA MAZA (2010) p. 327.

⁹⁷ SANGIOVANNI (2011) p. 286. En tal sentido, en la doctrina española, CAMPUZANO sostiene, que “en el caso de la contratación masiva de seguros se produce una especial situación, ya que, el cumplimiento del deber de declaración del riesgo por parte del tomador queda condicionado al correlativo deber de diligencia por parte del asegurador consistente en la presentación de un cuestionario detallado donde

A continuación, veremos de qué manera se materializa este deber de colaboración del asegurador, tanto en una dimensión práctica como legal. Este análisis sólo se comprende si abordamos la forma y el contenido del deber precontractual de declaración del riesgo.

2. FORMA Y CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE DAÑOS

La forma o modo de declarar el riesgo tiene una incidencia directa en la determinación del contenido del deber precontractual de información del riesgo asegurado. Permiten ambas, forma y contenido, establecer en qué casos nos enfrentamos a una hipótesis de inobservancia de esta carga *in contrahendo* de información, que haga procedente la aplicación de diversos remedios como la nulidad del contrato, la liberación del asegurador de cumplir con su obligación de indemnizar o una adaptación del contrato mediante un cambio en las condiciones de cobertura, un aumento de la prima o una rebaja de la indemnización ocurrido el siniestro.

2.1. LA FORMA DE LA DECLARACIÓN DEL RIESGO

Podemos encontrar dos formas de declarar el estado del riesgo: la declaración espontánea y la declaración guiada por un cuestionario.

2.1.1. LA DECLARACIÓN ESPONTÁNEA

La declaración espontánea, que contemplan la mayoría de las legislaciones decimonónicas⁹⁸, impone al asegurado un deber de declaración del riesgo extenso, casi ilimitado. Esta declaración libre sobre el riesgo asegurado, a juicio de VIVANTE, es el resultado de la imposición al asegurado de dos obligaciones: “La primera consiste en ser

se recojan de forma clara y precisa los datos requeridos”. CAMPUZANO (2008) p. 111; Ver DE LAS RIVAS (1976) pp. 274-275.

⁹⁸ En este sentido, ver artículo 348 del CCFR de 1807, artículo 429 del Código de comercio italiano de 1882 y artículo 381 del Código de comercio español de 1885.

exacto y preciso en lo que declara o dice, y la segunda en decir o declarar todo lo que sabe”⁹⁹.

Los sistemas jurídicos del siglo XIX, apoyados en la máxima buena fe que caracteriza al contrato de seguro, imponían un deber de declaración de todo aquello que el contratante conocía sobre el riesgo asegurado. Recordemos que el asegurado era considerado como el *dominus* del riesgo, y de él dependía exclusivamente la entrega de la información que requería el asegurador para determinar si asumía o no el evento de peligro.

En la doctrina alemana bajo la vigencia de la VVG de 1908¹⁰⁰, es opinión de BRUCK que la forma de la declaración era libre o espontánea¹⁰¹. No obstante, este mismo autor advierte, que “para facilitar el cumplimiento del deber de declarar es normalmente usual – con excepción del seguro de transporte marítimo, seguro de transporte terrestre y reaseguro – que el asegurador entregue a quien tiene el deber de declarar un cuestionario con un mayor o menor número de preguntas específicas”¹⁰². Lo que sostiene BRUCK, se ajusta a la realidad de otros ordenamientos jurídicos, incluido el chileno, donde podemos observar el uso constante de formularios de preguntas sobre el riesgo asegurado.

¿Qué efectos provoca el uso del cuestionario en la determinación de la extensión o contenido del deber *in contrahendo* de declaración del riesgo? Hemos observado autores que no consideran determinante el

⁹⁹ VIVANTE (1922) pp. 176-177. Así lo confirma la jurisprudencia italiana en sentencia de la *Corte D’appello di Perugia* del 2 de junio de 1924. Ver en *Rivista di Diritto Commerciale* (en adelante RDCM) 1924, p. 506.

¹⁰⁰ En su comentario sobre la legislación de seguros en Alemania, BECKMANN señala que la fuente jurídica más importante del derecho del seguro privado fue hasta el 31 de diciembre del 2007 la ley sobre el contrato de seguro (*Versicherungsvertragsgesetz – VVG*) del 30 de mayo de 1908 (RGBl boletín oficial imperial). La referida ley, en opinión de este autor es la primera codificación jurídico-imperial del derecho de contrato de seguro. La *VVG a.F.* de 1908 fue reemplazada por la nueva ley del 2008 (BGBl I, boletín oficial federal). Esta nueva normativa, no se trata de una complementación o modificación de la existente, sino más bien de una completa y nueva regulación. Ver BECKMANN (2009) p. 2.

¹⁰¹ *Spontane Anzeigepflicht*. BRUCK (1930) p. 181.

¹⁰² BRUCK (1930) p. 187.

cuestionario en la delimitación del contenido o extensión del deber de declaración del riesgo¹⁰³. Otros, apuntarán al valor indiciario del formulario de preguntas sobre el riesgo a fin de determinar qué dato es relevante o significativo en la decisión del asegurador de asumir el evento de peligro y fijar un valor¹⁰⁴.

En nuestra opinión, bajo la mirada del legislador decimonónico chileno, y en el contexto del artículo 556 número 1 del CCMCH, hoy sustituido, que contemplaba un sistema libre o espontáneo de la declaración, el uso del cuestionario de manera constante y generalizada por parte de los aseguradores delimita el contenido del deber. Se trata de una cuestión de *onus probandi* que deberá ponderarse caso a caso, pues, no debemos olvidar que la buena fe impone al contratante del seguro informar todo aquello que conoce sobre el riesgo asegurado. Lo

¹⁰³ En tal sentido, a juicio de BRUCK, “la pregunta como tal no le confiere el carácter de relevante a la circunstancia”. BRUCK (1930) p. 187. Por su parte, es opinión de GIERKE que “si el tomador del seguro debe informar sobre la base de un cuestionario, su carga de información se limita a las preguntas establecidas expresamente (excepto en el caso de dolo, según el § 17 II VVG)”. Advierte eso si este autor, que si bien en la práctica en la mayoría de las aseguradoras desarrolla un papel importante el cuestionario, la obligación de información subsiste aun cuando el asegurador no haga uso de tal instrumento para obtener la información relevante. GIERKE (1947) p. 160.

¹⁰⁴ En el derecho italiano, bajo el vigor del artículo 429 del Código de comercio de 1882, el uso del cuestionario tendrá un valor probatorio relevante, especialmente en miras a determinar conductas reticentes del asegurado o contratante. Así se puede verificar de la opinión de la jurisprudencia, específicamente en sentencia de la Corte de Casación de 18 de marzo 1929, que se pronuncia sobre un hecho no declarado por el asegurado requerido en el cuestionario. Según el criterio de la Corte basta para dar lugar a la nulidad la divergencia entre el riesgo real y el declarado, según se deduce de la letra y el espíritu de la ley. Ver en RDCM 1929, p. 453. Observamos, que con la entrada en vigencia del Código civil italiano de 1942, cuyos artículos 1892 y 1893 regulan el deber precontractual de declaración del riesgo asegurado, no habrá cambios, al mantener el legislador el sistema espontáneo. Sobre ello, SANGIOVANNI, señala que la eficacia del cuestionario, está condicionada a que el asegurador predisponga un formulario detallado, exigencia que nace de una decisión de la Corte de Casación del 23 de noviembre del 2003, que estima que la no inclusión de determinados requerimientos de información que interesan al asegurador, suponen su falta de relevancia a efectos de la valoración del riesgo, lo que impide a la compañía alegar inexactitud o reticencia del asegurado o contratante. SANGIOVANNI (2011) p. 286. Véanse en el mismo sentido CASTELLANO (1970) pp. 182-183; POLOTTI (1988) p. 2; SOLIMANDO (2001) p. 47.

relevante está entonces, en determinar qué debe declarar el tomador sobre aquello que conoce y se le pregunta. Con todo, nuestra jurisprudencia ha estimado que no hay reticencia si no se le pregunta o advierte al asegurado sobre los datos que son relevantes¹⁰⁵.

De nuestras indagaciones sobre la práctica mercantil chilena, hemos podido observar una realidad que se aparta de la norma legal escrita del artículo 556 número 1° del CCMCH, que contemplaba un sistema de declaración espontánea. Esta práctica se refleja en que los aseguradores o intermediarios presentan al contratante o tomador del seguro, por lo general, un cuestionario o formulario con preguntas relacionadas con el riesgo cuyo traspaso asumirá el asegurador¹⁰⁶.

En consecuencia, tanto la práctica mercantil del seguro como nuestra jurisprudencia se inclinan por imponer un rol relevante del asegurador en el cumplimiento del deber de declaración del riesgo asegurado que pesa sobre el tomador. Este rol queda representado en la correcta confección y uso de formularios de preguntas sobre el riesgo.

Veremos de inmediato, cómo la modificación introducida por nuestro legislador en los artículos 524 número 1° y 525 incisos primero y segundo del CCMCH, sustituyen la espontaneidad por un sistema cuestionario, haciéndose cargo la ley de una práctica común y del valor indiciario que le han conferido nuestros tribunales de justicia al uso del formulario de preguntas sobre el riesgo asegurado.

¹⁰⁵ Plácido Argomedo Letelier con Cía. De Seguros La Defensa (1948). En CONTRERAS (1998) p. 127.

¹⁰⁶ ACHURRA (2005) p. 20; en el mismo sentido BARRIENTOS (2008) p. 90. En el derecho francés, bajo el rigor de la Ley de seguros de 1930, es opinión de BRIÈRE que la nueva ley, a diferencia de lo que ocurre en algunos ordenamientos extranjeros que imponen un sistema cuestionario, estableció un sistema de declaración espontánea, el que en su opinión presenta el inconveniente de dejar en el asegurado la incertidumbre de determinar qué circunstancia debe declarar. Luego, a juicio del citado autor, esta imperfección se soluciona en la práctica con el uso que hacen los intermediarios y aseguradores de cuestionarios o formularios presentados a los asegurados. BRIÈRE (1973) p. 73; en el mismo sentido PICARD Y BESSON (1964) p. 117. Por su parte, LAMBERT-FAIVRE, opina que las preguntas y las declaraciones contenidas en el formulario constituirán un instrumento importante de interpretación de la intención de las partes, en el caso de conflicto o litigio entre el asegurado y el asegurador. LAMBERT-FAIVRE (1973) p. 139.

2.1.2. LA DECLARACIÓN GUIADA POR CUESTIONARIO

Hemos observado que la declaración espontánea no sólo se aleja de la práctica mercantil del seguro, sino que conlleva una serie de dificultades en orden a la determinación del contenido o límite del deber de declaración del riesgo asegurado. Por otra parte, el uso del cuestionario es fruto de la necesidad de los propios aseguradores en la obtención correcta y completa de la información sobre el riesgo¹⁰⁷. Lo

¹⁰⁷ El artículo 4° de la Ley de seguros privados de suiza de 1908, impone por primera vez la forma de declaración del riesgo mediante un cuestionario. Por su parte, en el derecho español, el cuestionario es introducido en la Ley de contrato de seguro de 1980, específicamente en el artículo 10 que establece que el tomador tiene el deber de declarar de acuerdo un cuestionario que le entrega el asegurador, por lo que, “en lugar de concebir de una forma general y abstracta los límites del deber del tomador de declarar todas las circunstancias por el conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, ha acotado este deber limitándolo a la contestación del cuestionario”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 291; en el mismo sentido LATORRE (2002) p. 167. En el derecho francés, el cuestionario fue introducido por la ley número 89-1014 del 31 de diciembre de 1989, que modifica el Código de seguros. Sobre el sistema cuestionario que impone la nueva normativa, la jurisprudencia francesa en una sentencia de la Corte de Casación del 7 de diciembre de 1982, ha señalado que “la sinceridad y exactitud de la declaraciones del asegurado se deben apreciar en función de las preguntas formuladas” (*la sincérité et l’exactitude des déclarations faites par un assuré doivent s’apprécier en fonction des questions posées*). [La traducción es nuestra] Ver en RGDA 1983, p. 349. Similar criterio podemos observar en sentencia de la Corte de Casación del 7 de enero de 1997, señala que comete reticencia intencional al momento de la declaración del riesgo, que justifica la nulidad del contrato de seguro, el asegurado que se abstiene de responder a las preguntas del asegurador (*commet une réticence intentionnelle lors de la déclaration du risque, justifiant la nullité du contrat d’assurances, l’assuré qui s’abstient de répondre à la question de l’assureur*). [La traducción es nuestra]. En RGDA 1997, p. 120. Pareciera entonces, que queda asentado el nuevo mecanismo de declaración, el que en nuestra opinión, y atendido el carácter imperativo de las normas contenidas en el Código de seguros, pasa a ser un sistema que obliga a responder, desplazando por completo la declaración espontánea. Ver ABRAVANEL-JOLLY (2007) p. 818. Sobre el sistema de declaración bajo la mirada de los artículos 1892 y 1893 del Código civil italiano de 1942, el sistema contemplado es el de la espontaneidad. No obstante, una reciente doctrina argumenta la existencia de una carga impuesta al asegurador en cuanto a obtener la información que considere relevante, por medio de un cuestionario. Esta carga de colaboración, tendría un origen legal, en concreto en el artículo 183 1, b) del Código de seguros sobre reglas de comportamiento del asegurador. Esta norma impone al asegurador el deber de adquirir del contratante la información necesaria para valorar la exigencia asegurativa. Si bien esta normativa tiene por objeto proteger al asegurado, y que este último cuente con toda la información relacionada con el amparo obtenido al contratar (de qué manera queda cubierto),

anterior, se puede advertir claramente en algunas cláusulas contenidas en los condicionados generales depositados en la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante S.V.S.)¹⁰⁸.

En nuestra opinión, la imposición del cuestionario a rango legal en el ordenamiento jurídico chileno, provocará un cambio relevante si de declaración del riesgo asegurado se trata. El uso del formulario ya no constituye una simple práctica mercantil, sino una exigencia legal¹⁰⁹.

Las modificaciones introducidas por nuestro legislador en la forma de declarar el riesgo asegurado¹¹⁰, se contienen en los artículos 524

se hace necesario que el asegurador obtenga, conozca y pueda así determinar el riesgo asegurable, que permite finalmente fijar los límites de cobertura. Esta exigencia del artículo 183 1 b) citado, dificultaría la posibilidad de los aseguradores de alegar inobservancia del asegurando de los artículos 1892 y 1893 del Código civil. Ver en este sentido SANGIOVANNI (2011) p. 281 y 286. La Ley de seguros alemana (*Versicherungsvertragsgesetz/VVG*) de 2008, introduce el sistema cuestionario, eliminando toda posibilidad de declaración espontánea de parte del tomador, siguiendo con ello la línea del ordenamiento español y francés, que ya hemos analizado. Es opinión de BECKMANN, que el deber de información del tomador “solo existe, siempre y cuando el asegurador pregunte”. En consecuencia, según este autor, la obligación de información se limita a la obligatoriedad de responder las preguntas del asegurador. Lo que plantea este autor, se deduce de la misma norma, que fija una condición a la carga informativa del tomador, el acto de preguntar, o como indica el §19 “que ya hayan sido preguntados mediante un formulario”. BECKMANN (2009) p. 711.

¹⁰⁸ Un ejemplo de ello lo encontramos en el párrafo segundo de la cláusula primera de la póliza de seguro sobre todo riesgo de montaje, que señala lo siguiente: “*La observancia y el estricto cumplimiento de las cláusulas y condiciones de esta póliza, en la medida que afecten a los trabajos a ejecutar por el asegurado, y la exactitud de declaraciones y respuestas que figuran en los cuestionarios que forman parte de la propuesta del seguro, son condiciones que deben ser respetadas para que el asegurado tenga derecho a indemnización*”. Ver en www.svs.cl, registro de pólizas, POL 1 96 005.

¹⁰⁹ Sobre la imposición legal del uso de un cuestionario en el derecho español, es opinión de BATALLER, que “el asegurador es un profesional, por lo que la carga de tener que remitir un cuestionario al tomador no es excesiva, se trata de un presupuesto del incumplimiento del deber de información o de respuesta del tomador”. BATALLER (1997) p. 18. En el mismo sentido RUBIO (2003) p. 34.

¹¹⁰ Por su parte, observamos que la moción parlamentaria de la Ley 20.667, al abordar el asunto sobre la declaración del riesgo, señala que “*siguiendo tendencias modernas, es el asegurador quien debe consultar al pequeño asegurado las circunstancias necesarias para evaluar y suscribir el riesgo*”. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O el

número 1° y 525 incisos primero y segundo, ambos del CCMCH, que señalan lo siguiente:

Artículo 524. Obligaciones del asegurado. El asegurado estará obligado a:

1° Declarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos.

Artículo 525. Declaración sobre el estado del riesgo. Para prestar la declaración a que se refiere el número 1 del artículo anterior, será suficiente que el contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo.

Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración sobre el estado del riesgo, éste no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud.

Es nuestro parecer, que en el contexto de los artículos 524 número 1° y 525 incisos primero y segundo citados, el deber precontractual de declaración del riesgo asegurado se transformó, más bien, en un deber responder aquello que pregunta o solicita el asegurador. Este es el sentido del referido artículo 525, al señalar que “será suficiente que el contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador”¹¹¹. Se refuerza esta categorización del deber precontractual

09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro, intervención del Superintendente de Valores y Seguros, y la intervención del Presidente de la Asociación de Aseguradores de Chile.

¹¹¹ En las indicaciones del Ejecutivo durante el primer trámite constitucional de la Ley 20.667, se observa lo siguiente: e) *Sustitúyase el artículo 525, por el siguiente: “Art. 525. Declaración del estado del riesgo. Al celebrar el contrato de seguro, el contratante debe declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste disponga, las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete al cuestionario*

de declaración del riesgo como un deber de respuesta, en el inciso segundo del citado artículo 525, que establece el efecto derivado de la

o cuando, aún sometiéndolo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en forma específica en dicho cuestionario". Sobre estas indicaciones, OSVALDO CONTRERAS, interviene en el siguiente sentido: *"Las indicaciones del Ejecutivo reemplazan este artículo por otro denominado Declaración del estado del riesgo. El texto del proyecto original contemplaba todas las situaciones posibles en la información (o declaración) de los riesgos, partiendo por separar los casos en que existe un formulario proporcionado por el asegurador para que el contratante lo llene, de aquéllos en que tal formulario no existe, situación que es muy corriente, así como el caso de omisiones de información o inexactitudes inexcusables, aún cuando exista el formulario"*. Por su parte, durante el segundo trámite constitucional, el inciso segundo del artículo 525 fue modificado, eliminando la frase final *"salvo que sean inexcusables"*, recogiendo de este modo una indicación del Senador Lagos (sabemos que esta indicación tiene su origen en un informe del profesor OSVALDO LAGOS, a quien atribuimos su autoría). El texto original es el siguiente: *"Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración del estado de riesgo, éste no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud, salvo que sean inexcusables"*. En cuanto a la interrogante sobre qué sentido se debía darse a la frase *"salvo que sean inexcusables"* contenida originalmente en la parte final del inciso 2° del artículo 525 citado, a nuestro juicio, lo que quiso expresar el legislador apuntaba, más bien, a contemplar una excepción a la regla general de quedar limitado el contenido del deber precontractual de declarar el riesgo a lo que se pregunta. En consecuencia, en aquellos casos en los que el contratante o tomador conoce determinados datos y tiene clara conciencia de su relevancia en la determinación del riesgo asegurado, la fijación del monto de la prima y la decisión final del asegurador de asumir el riesgo, no pueden callar. Si bien, hemos señalado que la regla general es quedar circunscrito el deber de declarar sobre el riesgo a lo que pregunta el asegurador, a nuestro parecer, la excepción quedaba asentada por aquello que conoce y sabe relevante el tomador (salvo que sean inexcusables). Ello sería una exigencia de la buena fe que pretendía recoger nuestro legislador de modo especial en la norma citada. En relación a lo que hemos apuntado, es posible que nuestro legislador pretendiera hacer extensiva la regla que en esta materia rige para el seguro marítimo. En este sentido, el artículo 1176 del CCMCH dispone que *"[...] se presume conocida del asegurado toda circunstancia que no pueda ignorar en el curso ordinario de sus negocios. La obligación de informar no está limitada a responder los cuestionarios del asegurador. La reticencia, inexactitud o falsedad de información que se juzgue importante para determinar la naturaleza y extensión del riesgo, produce la nulidad del seguro"*. Con todo, la norma del inciso segundo del artículo 525 que analizamos en su frase *"salvo de que sean inexcusables"*, a nuestro juicio, se desajustaba de los criterios que hemos referido en concreto en los casos de contratación estandarizada en los que confluyen por un lado el deber de responder del asegurado o contratante, y por el otro, el deber de colaboración del asegurador.

inejecución de la carga de preguntar impuesta al asegurador¹¹². Si este no solicita información sobre el riesgo asegurado, pierde el derecho a invocar una infracción al deber de declaración del riesgo del tomador del seguro.

La imposición normativa del cuestionario conlleva consecuencias relevantes frente al deber precontractual de declaración del riesgo asegurado. El formulario de preguntas sobre el evento de peligro se transformó en un presupuesto de cumplimiento del deber de declaración¹¹³. Ello, condicionará la determinación del incumplimiento de la carga de informar sobre el riesgo¹¹⁴, y en consecuencia, la procedencia de remedios como la nulidad, una adaptación del contrato mediante un cambio en las condiciones de cobertura, un aumento de la prima, una rebaja proporcional de la indemnización o la liberación del asegurador de cumplir con su obligación de indemnizar o reparar.

¹¹² A nuestro juicio, esta norma tiene su fuente en el artículo 10 de la LCS. Sobre la norma española, es opinión de SÁNCHEZ CALERO, que “aparece así una carga que pesa sobre el asegurador sobre la redacción del cuestionario, ya que éste ha de determinar el deber del futuro contratante”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 293.

¹¹³ En sentido contrario ver ARELLANO (2013) pp. 121-123.

¹¹⁴ En la doctrina española, señala SÁNCHEZ CALERO, que “la Ley de Contrato de Seguro ha querido seguir, con relación al deber de declaración de riesgo por parte del tomador del seguro, una concepción por completo diversa, no sólo en lo relativo a las consecuencias de la infracción de ese deber, sino muy especialmente en que se ha abandonado la idea de que el contratante del seguro debe tomar la iniciativa en esta declaración, que debe hacerla de modo espontáneo. Es más, el artículo 10 ha concebido más que un deber de declaración, un *deber de contestación o respuesta* del tomador de lo que se le pregunta por el asegurador, ya que éste -por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo- debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos. Concepción que se ha aclarado y reforzado, si cabe, con la modificación introducida en el apartado primero de este artículo 10, al añadirse el último párrafo del mismo que dice que quedará exonerado de tal deber (el tomador del seguro) si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 282.

2.2. EL CONTENIDO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

La necesidad de conocimiento por parte del asegurador del estado del riesgo, que se satisface por medio de un acto de comunicación o de suministro de información que denominamos como deber precontractual de declaración del riesgo, no puede ser ilimitada. Debe circunscribirse.

Veremos, que tanto la ley como la doctrina nacional y extranjera, al abordar el contenido del deber precontractual de declaración del riesgo¹¹⁵ distinguen, entre circunstancias relevantes y aquellas que no son significativas en la decisión del asegurador de asumir el riesgo y fijar el monto de la prima, y el carácter objetivo o subjetivo del dato que integra el riesgo asegurable.

2.2.1. CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

Sobre la relevancia de la información, la doctrina dominante, tiende a identificarla con aquellos datos capaces de provocar un influjo en la decisión del asegurador de llevar a término el contrato, a celebrarlo, y fijar por ello un valor¹¹⁶. Son estas las razones o presupuestos que caracterizan las circunstancias que componen el riesgo como significativas.

La significación de las circunstancias que deben ser objeto del deber de declaración del riesgo, a nuestro juicio, está determinada por consideraciones que rodean el riesgo en su perspectiva técnica, ya que determinada la posibilidad de asegurar un evento de peligro desde el

¹¹⁵ *Der Gegenstand der Anzeigepflicht*, para los alemanes, *l'objet de la déclaration*, para los franceses.

¹¹⁶ Sobre la relevancia o significación (*erhiblich*, para los alemanes, *essenziale*, para los italianos e *influence*, para los franceses) de las circunstancias que componen el riesgo asegurable, véanse VIDARI (1892) p. 259; KISCH (1920) p. 194; BRUCK (1930) p. 186; FIORENTINO (1941) p. 53; GIERKE (1947) p. 160; EHRENZWEIG (1952) p. 85; BUTTARO (1962) p. 737; PICARD Y BESSON (1964) p. 113; EICHLER (1966) p. 78; PELAGGI (1967) p. 220; CASTELLANO (1970) p. 171; BROSETA (1971) p. 430; PRÖLSS-MARTIN (1973) p. 151; GARRIGUES (1973) p. 61; BRIÈRE (1973) p. 71; JACOB (1974) p. 85; LONGO (1978) p. 30; MARANO Y MARIOTI (1990) p. 944; GRISI (1990) p. 740; VIANELLO (1991) p. 283; MENICHINO (2001) p. 870; BECKMANN (2009) p. 713; SANGIOVANNI (2011) p. 288.

punto de vista jurídico, el asegurador se ajustará a un proceso que podemos calificar como extrajurídico, con el fin de determinar si finalmente cargará o no con el riesgo, y en caso afirmativo fijar el *quantum* de la prima. Por consiguiente, el dato que integra el riesgo puede tratarse de una circunstancia que obstaculiza la celebración del contrato o provocar una alteración en las condiciones que deben ser pactadas.

Por otro lado, la utilización de cuestionarios permite establecer bases de presunción de relevancia sobre aquellas circunstancias contenidas en el formulario elaborado por los aseguradores¹¹⁷. Este instrumento, en consecuencia, permite eliminar, o a lo menos aminorar la problemática sobre la significación de los datos que se deben suministrar al asegurador.

En la determinación de quién establece los datos del riesgo que son relevantes o no, es nuestra opinión, que el profesionalismo, la tecnificación y el *expertise* de los aseguradores en evaluación de riesgos, impone a estos la carga de determinar qué es esencial o significativo. Consecuencia de ello, los efectos que provoca una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, debieran alcanzar también al asegurador.

Por otro lado, los aseguradores - en especial en la contratación estandarizada - determinan *a priori* el riesgo asegurado al elaborar los condicionados generales que servirán de base para la contratación de diversos riesgos, según el ramo que se trate (incendio, robo, responsabilidad civil, entre otros casos). Esta determinación del evento de peligro, comprende la selección (o anti selección) de aquello que se considera significativo en la determinación del riesgo que asumirá el asegurador¹¹⁸.

¹¹⁷ Ver por todos MARANO y MARIOTI (1990) p. 944.

¹¹⁸ En la doctrina alemana, GIERKE, al tratar la extensión del deber precontractual de declaración del riesgo (*Umfang der Anzeigepflicht*), lo circunscribe a las circunstancias de peligro en sentido técnico (*Gefahrumsstände im Technischen*). GIERKE (1947) p. 160. Por su parte, es opinión de BECKMANN, que las circunstancias significativas son todas “aquellas necesarias para clasificar el riesgo concreto dentro de los grupos de riesgo y tarifas individuales, pre establecidas por el asegurador”. Y agrega el autor, que en consecuencia, “son relevantes todas

La fijación a *priori* de los datos relevantes o significativos del riesgo asegurable, que se contienen en el cuestionario o formulario de preguntas, guiará a los contratantes del seguro en la entrega de información que se requiere a fin de concluir el proceso de determinación del riesgo asegurado¹¹⁹. Luego, si hay conformidad en los contornos del evento de peligro, el proceso de negociación, inmediato o prolongado, llegará a término mediante la emisión de la oferta de parte del asegurador y la posterior aceptación del asegurando o contratante. Habrá finalmente contrato.

2.2.2. CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

En un sistema de declaración del riesgo asegurado guiado por cuestionario – que domina la contratación actual –, el contenido del deber tiene como límite lo que se pregunta o requiere por ser considerado relevante por el asegurador en la determinación del riesgo asegurado.

Una vez que se ha establecido lo significativo del universo de datos que integran el riesgo asegurable, será necesario determinar qué información es posible entregar o suministrar al asegurador.

La doctrina mayoritaria considera que el asegurado o contratante sólo tiene el deber de suministrar al asegurador aquellas circunstancias que conoce¹²⁰. En consecuencia, los datos solicitados que el tomador ignora y por consiguiente no entrega, se descartan como objeto de la declaración. Como señalan LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR, “si una circunstancia no es conocida por el asegurado, este no comete ninguna falta en la declaración”¹²¹.

aquellas circunstancias que, de haber tenido conocimiento el asegurador, no hubiese cerrado el contrato concreto o al menos lo habría hecho con un contenido diferente”. BECKMANN (2009) p. 713.

¹¹⁹ En este sentido ver artículo 2:201, número (3) de los PLCE.

¹²⁰ Véanse todos en el mismo sentido: KISCH (1920) p. 174; GIERKE (1947) p. 174; EHRENZWEIG (1952) p. 85; PICARD Y BESSON (1964) pp. 115-116; SÁNCHEZ CALERO (1965) p. 61; CASTELLANO (1970) p. 171; BRIÈRE (1973) p. 72; GARRIGUES (1973) p. 62; LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR (2011) p. 271.

¹²¹ LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR (2011) p. 271.

Finalmente, a nuestro juicio, se descarta del contenido u objeto de la declaración los datos que el asegurador conoce a *priori*, ya sea por tratarse de circunstancias notorias o de público conocimiento, o por ser el resultado de una labor de investigación del propio asegurador¹²². Este es el criterio que recoge nuestro legislador en el artículo 525 inciso final del CCMCH, al disponer que los remedios que proceden en el caso de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, “*no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido los errores, reticencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos*”.

2.2.3. CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS

Otros de los aspectos que se observan en la fijación del contenido del deber de declaración del riesgo son el carácter objetivo, y el subjetivo de los datos que integran el riesgo asegurado.

El asegurador en su análisis sobre los datos que componen el riesgo, deberá considerar los factores objetivos del evento, como el tipo de construcción de la propiedad, medidas de seguridad, tipo de carga que se transporta, según los casos. Se trata de aquellos elementos que se observan con abstracción de la conducta del asegurado. A nuestro juicio, en el caso de los seguros de daños, son estos los elementos que provocan un influjo determinante en la voluntad del asegurador de asumir un riesgo específico. Por otro lado, el asegurador en determinados casos, tomará en cuenta la conducta del asegurado frente al riesgo que pretende traspasar al asegurador. Para ello, este último podrá observar, por ejemplo, la siniestralidad del asegurado en un periodo anual de vigencia de la correspondiente póliza. Se trata de la dimensión subjetiva del dato que integra el riesgo.

En la doctrina española, es opinión de SÁNCHEZ CALERO, que “las circunstancias que pueden influir en la valoración del riesgo son hechos

¹²² Es común que frente a determinados riesgos, en los complejos sin duda, pero además aquellos que podríamos incluso situar en los denominados riesgos masivos, los aseguradores con el fin de obtener una mayor certeza en la recopilación de datos que integran el evento de peligro, realicen inspecciones de riesgo, ya sea por medio de agentes propios o externos. Estas inspecciones consisten en evaluaciones más o menos complejas de los bienes o actividad asegurada. En este sentido ver ELGUERO (2004) p. 10 y ss.

que permiten apreciarlo”. Luego, a juicio del autor, se debe distinguir entre hechos objetivos (como la clase de construcción de la casa, los inmuebles que están alrededor, el lugar en que se encuentra una cosa, la profesión y la salud de una persona, etc.) y los subjetivos (que están formados por el carácter y comportamiento del asegurado, la actuación que ha tenido en siniestros anteriores, que se haya rescindido el contrato por otras compañías aseguradoras por su elevada siniestralidad, etc.)¹²³.

Por su parte, en la doctrina francesa, es opinión de LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR que las circunstancias objetivas se relacionan con el objeto mismo del contrato, esto es, aquellos datos que permiten al asegurador medir la probabilidad e intensidad del riesgo y tarificarlo. Sobre las circunstancias subjetivas, las autoras citadas, señalan que son los datos que permiten al asegurador “testear la moralidad y la seriedad del asegurado y determinar su aceptación de contratar”¹²⁴.

Para terminar, podemos señalar que tanto las circunstancias objetivas como las subjetivas serán objeto de análisis o evaluación de parte del asegurador, con el fin de determinar si se hace cargo del riesgo y fijar el monto de la prima. Por lo general, respecto de las circunstancias objetivas, el asegurador tiene un estudio realizado a *priori* o en abstracto y una tarificación por la asunción del tipo de riesgo singular. En cuanto a las circunstancias subjetivas, el asegurador podría decidir no celebrar el contrato, a pesar de tratarse de un riesgo asegurable objetivamente, o fijar una prima especial. Un ejemplo lo podríamos ver en los seguros de vehículos. En este tipo de seguros los aseguradores tienen determinado a *priori* o en abstracto el riesgo asegurado sobre la base de datos objetivos. No obstante, durante el proceso de formación del contrato se podría detectar que el asegurado registra un exceso de siniestros durante un periodo anual, lo que

¹²³ SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 294.

¹²⁴ LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR (2011) p. 271. PICARD Y BESSON se refieren a riesgos subjetivos (*risques subjectifs*) que pueden llevar al asegurador a fijar primas más elevadas. Estos autores enuncian como ejemplo los seguros sobre circulación vehicular, donde la conducta de los asegurados (o conductores asegurados) tienen una notoria influencia en la decisión de tomar el riesgo y fijar la prima. Ver PICARD Y BESSON (1964) p. 114.

implicaría un ajuste de la prima ya tarificada, o que simplemente el asegurador decidiera no asumir el riesgo singular.

3. DETERMINACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN EL SEGURO DE DAÑOS

Para que el interés de resguardo patrimonial que pretende el asegurado o contratante del seguro sea eficaz, ocurrido el siniestro, es necesario que durante el proceso de formación del contrato el asegurador haya recibido toda la información relevante sobre el riesgo asumido¹²⁵. Se trata de un criterio recogido por nuestra jurisprudencia, al señalar que *“resulta de vital importancia que el asegurado suministre la información completa y sincera que permita al asegurador evaluar acertadamente el estado del riesgo”*¹²⁶.

El asegurador cargará solamente un riesgo determinado, correctamente circunscrito¹²⁷.

Este riesgo concreto que asume el asegurador, obedece a un proceso de determinación que comprende dos fases, una técnica, y otra jurídica, ambas autónomas conceptualmente, pero interdependientes funcionalmente.

3.1. LA DETERMINACIÓN TÉCNICA DEL RIESGO. SELECCIÓN, ANÁLISIS Y CLASIFICACIÓN DE LOS RIESGOS

La actividad del aseguramiento tiene viabilidad económica en la medida que el asegurador soporte sólo una fracción del total de los

¹²⁵ Véanse: SALANDRA (1942) p. 2; FIORENTINO (1962) p. 737; PICARD Y BESSON (1964) p. 112; MARANO Y MARIOTI (1990) p. 944; RUIZ (1991) p. 23; LATORRE (2002) p. 164; CAMPUZANO (2008) p. 108; SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 280; BEIGNIER (2011) p. 710.

¹²⁶ *Inversiones Aéreas Patagonia Ltda. con Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur S.A.* (2012). En este mismo sentido, ver *Castro Vásquez Cristina con Mapfre Seguros Generales* (2005).

¹²⁷ Véanse en este sentido, HÉMARD (1924) p. 75; DONATI (1954) p. 145; GARRIGUES (1982) p. 144; MENICHINO (2001) pp. 873 y ss.; RUBIO (2003) pp. 5 y ss.; VEIGA (2009) pp. 105 y ss.; RUIZ-TAGLE (2011) p. 124.

riesgos asumidos¹²⁸. En consecuencia, es necesario entender el aspecto puramente económico y técnico del seguro, o como señala GARRIGUES, revisar los “fundamentos extrajurídicos” de este contrato¹²⁹. Por su parte, y como señala RUBIO en la doctrina española, el buen funcionamiento del seguro pasa por una correcta selección y valoración del riesgo. Se protege la comunidad de riesgos, a la que subyace la masa de primas que conforma el fondo patrimonial que permite hacer frente a las indemnizaciones por la ocurrencia de siniestros cubiertos que afectan a la comunidad¹³⁰.

Este proceso técnico de determinación del riesgo asegurado comprende diversas etapas, según veremos de inmediato¹³¹.

Frente a la cantidad de riesgos que pueden asumirse, el asegurador, seleccionará cuáles cargar¹³². Esta operación de selección consiste en determinar técnica y comercialmente qué riesgos le interesa

¹²⁸ Señala DEL CAÑO, que el asegurador “debe perseguir en sus operaciones la seguridad de no experimentar jamás una pérdida considerable y de soportar sólo una fracción media sobre las pérdidas totales, sean cuales fueren en su conjunto. Una explotación prudente y racional del seguro obtiene estos objetos por la aplicación de tres principios, que constituyen ley fundamental en la materia: el de la selección de riesgos, el de la división de riesgos y el de la clasificación de riesgos”. DEL CAÑO (1983) p. 436.

¹²⁹ GARRIGUES (1982) p. 10. En este sentido, LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR, señalan que “el derecho de seguros nos revela sólo una cara jurídica de una actividad donde los aspectos técnicos y financieros son también complejos e importantes”, por lo que la definición jurídica de este contrato, a juicio de las citadas autoras, “sería poco significativa si no se completa con la definición técnica de la operación del seguros”. LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR (2005) p. 41. Por su parte, a juicio de PICARD y BESSON, la definición jurídica de contrato de seguro presenta el inconveniente de no considerar el aspecto técnico de la operación. Señalan además estos autores, que si bien el seguro se basa en un azar, la operación de la empresa aseguradora no es aleatoria; “su objetivo final es anti-aleatorio”. PICARD Y BESSON (1964) p. 1.

¹³⁰ RUBIO (2003) p. 15.

¹³¹ La perspectiva técnica del riesgo, se refiere al grado posibilidad de verificación del evento, esto es, su probabilidad. Esta probabilidad se obtiene mediante la operación comparativa entre la posibilidad de verificación en un número de casos en relación a un caso o situación particular. La primera hipótesis de comparación la darán los datos estadísticos, y la segunda el análisis de los elementos objetivos y subjetivos del riesgo individual.

¹³² Sobre la clasificación de los riesgos véanse: GARRIGUES (1982) p. 10; DEL CAÑO (1983) pp. 399 y s.s.; BATALLER, LATORRE Y OLAVARRÍA (2007) p. 154.

cubrir y cuáles no, lo que implica determinar lo favorable y desfavorable del evento peligroso desde una perspectiva económica¹³³. Si analizamos la actividad aseguradora, podemos observar que sobre la base de tales criterios de aceptación de riesgos, hay aseguradores que asumen riesgos masivos preferentemente (por ejemplo, seguros de vehículos motorizados, seguros de casa habitación asociados a créditos hipotecarios), otros que se concentran más bien en seguros especiales (por ejemplo, seguros de vida, seguros de crédito), y otros que asumen diversos tipos de riesgo, ya sean masivos o mayores, según la denominación que se da en base a su complejidad. Esta selección en la práctica se denomina como políticas de suscripción de riesgos¹³⁴.

Junto con la selección de riesgos, el asegurador pondrá en marcha los mecanismos de análisis del evento de peligro, que tienen por objeto evaluar sus aspectos objetivos y subjetivos¹³⁵. Este análisis del riesgo asegurable, permite al asegurador fijar determinadas condiciones técnicas de aseguramiento, como parámetros de prima¹³⁶, deducibles, franquicias, reaseguros, cláusulas de cobertura, entre otros¹³⁷.

Hecha la selección y análisis del riesgo, el asegurador lo clasificará siguiendo criterios de homogeneidad, conformando como resultado una comunidad. Luego, fijará un valor por la asunción de cada riesgo singular, sobre la base de un tipo de agrupación o clasificación

¹³³ Véanse DEL CAÑO (1983) p. 436; ELGUERO (2004) pp. 9-10.

¹³⁴ Ver HEBRERO (2002) p. 128.

¹³⁵ SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 294.

¹³⁶ La prima se clasifica en prima pura o neta y prima bruta. Prima neta es el valor que sobre la base de una serie de elementos técnicos, se calcula en relación al riesgo que se pretende asegurar. Prima bruta es aquella suma que incluye el valor de la prima neta más una serie de costos y recargos propios del comercio del seguro, además de los impuestos. Lo que interesa a los efectos de la relación prima-riesgo, es la denominada prima neta. Véanse GARRIDO Y COMAS (1954) p. 165; GARRIGUES (1982) p. 104; LATORRE (2000) p. 8. Por otra parte, precisamos que, si el contratante o tomador infringe el deber precontractual de declaración del riesgo, obstaculiza el proceso de medición, en cuanto a su probabilidad, por lo que el precio o prima que se fije no guardará la correcta proporción con el evento de peligro, provocando de esta manera un desequilibrio entre la prestación debida por el asegurador y la prestación del contratante. Ver SOLIMANDO (2001) p. 34.

¹³⁷ Ver ELGUERO (2004) p. 10.

determinada¹³⁸. Este criterio de agrupación por homogeneidad tiene una dimensión cualitativa que se relaciona con la “idéntica probabilidad de realización del riesgo” y una dimensión cuantitativa que apunta a “la igualdad desde el punto de vista del valor asegurado”¹³⁹. Finalmente, será la comunidad de riesgos análogos¹⁴⁰ la que soporta las consecuencias del evento de peligro¹⁴¹.

En la práctica, la operación de clasificación y tarificación existe a *priori*, por lo que cada riesgo singular será incluido dentro de la especie o ramo que corresponda (vehículos, incendio, robo, responsabilidad civil, entre otros).

Este proceso de determinación técnica del riesgo que hemos analizado, es posible sólo mediante el suministro de información a cargo del tomador del seguro, que como ya hemos señalado durante nuestra investigación, se materializa mediante un deber precontractual de información. En consecuencia, una declaración del riesgo incompleta o defectuosa provoca una alteración en el proceso de selección, análisis y agrupación del evento de peligro que el asegurador asume. No se trata de una mirada del contrato de seguro sólo en su dimensión particular o singular que rige la relación entre los contratantes, sino de todos los riesgos homogéneos que fueron agrupados y tarificados sobre la base de un criterio común. Se trastoca, por lo tanto, el precio del seguro finalmente, al incumplir el deber de informar sobre el riesgo asegurado.

¹³⁸ A juicio de VEIGA, “cuanto mayor sea la homogeneidad en la asunción de los riesgos, riesgos análogos, comunidad de riesgos, mejor será la cobertura y su tarificación, pues la probabilidad va unida a la globalidad, no al caso aislado o individual en el que no caben las compensaciones ni las leyes de los grandes números”. VEIGA (2009) p. 103.

¹³⁹ Sobre la homogeneidad cualitativa y cuantitativa, ver DEL CAÑO (1983) pp. 437 y ss.

¹⁴⁰ *Gefahrengemeinschaft*, para los alemanes. Ver en este sentido PRÖLSS-MARTIN (1973) p. 10. Esto demuestra que la actividad de aseguramiento, sigue los criterios mutuales del origen del seguro. Sobre la mutualidad o mutuas (*Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit*) véanse GIERKE (1974) pp. 21 y ss.; GARRIDO Y COMAS (1954) pp. 131 y ss.

¹⁴¹ PRÖLSS-MARTIN (1973) p. 10.

3.2. LA DETERMINACIÓN JURÍDICA DEL RIESGO

El proceso de determinación del riesgo, en su dimensión jurídica, comprende dos etapas: la individualización y la delimitación¹⁴². Sobre ello nos abocaremos a continuación.

3.2.1. LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL RIESGO

Individualizar el riesgo implica describirlo, con el fin de establecer si se trata de un evento posible, cuya verificación provoca un daño o menoscabo patrimonial. Los eventos imposibles o no susceptibles de causar un daño no son asegurables al no ser constitutivos de un riesgo¹⁴³. Como sostiene GARRIGUES, “nadie busca un seguro contra acontecimientos imposibles; nadie lo concede contra acontecimientos ciertos”¹⁴⁴.

¹⁴² DONATI (1954) p. 145; en el mismo sentido SOLIMANDO (2001) p. 22.

¹⁴³ Desde una perspectiva jurídica, en doctrina se define el riesgo como la posibilidad de surgir una necesidad (*Die Möglichkeit der Entstehung eines Bedarfs: Gefahr*) o la posibilidad de un evento dañoso. BRUCK en su análisis del riesgo (*Gefahr*) señala cómo uno de sus elementos la incertidumbre, que se relaciona con la posibilidad de ocurrencia de un evento futuro respecto del cual no se sabe si se producirá (incertidumbre absoluta/ *Ungewißheit absolut*), o la interrogante sobre su ocurrencia no está en su verificación sino en el cuándo (incertidumbre relativa/ *Ungewißheit relativ*). Eso sí, el evento debe ser posible. BRUCK (1930) p. 55. Al presupuesto o elemento de incertidumbre, agrega DONATI, el evento dañoso mismo DONATI (1954) p. 111. En cuanto al concepto de riesgo véanse: POTHIER (1945) p. 83 y ss.; LYON-CAEN Y RENAUT (1912) p. 252; BRUNETTI (1951) p.432; VIVANTE (1952) pp. 18 a 25; PICARD Y BESSON (1964) p. 33; URJA (1969) p.553; CASTELLANO (1970) p. 174; GARRIGUES (1982) pp. 13 y ss.; TIRADO (1992) p. 556; CONTRERAS (2002) p. 18; ELGUERO (2004) p. 4; SÁNCHEZ CALERO (2005) p. 117; REGLERO (2006) pp. 733 y ss.; BATALLER, LATORRE Y OLAVARRIA (2007) p. 174; BARRIOLHET (2007) p. 147; RUIZ-TAGLE (2011) p. 127. El artículo 513, letra r) del CCMCH, define riesgo como “*la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero*”. Por su parte, la norma decimonónica del artículo 513 definía el riesgo como “*la eventualidad de todo caso fortuito que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados*”. Esta definición fue objeto de críticas de parte de la doctrina nacional, al circunscribirse el evento de peligro únicamente al caso fortuito, excluyendo así la posibilidad de asegurar riesgos que provengan de conductas culposas del asegurado. Véanse BAEZA (2001) p. 70; CORRAL (2003) pp. 367 y ss.; ACHURRA (2005) pp. 26-27; SANDOVAL (2007) pp. 189-190.

¹⁴⁴ GARRIGUES (1982) p. 13.

El evento de peligro susceptible de ser asegurado debe ser descrito en detalle, esto es, dejar establecido claramente en qué consiste, ya sea un riesgo de incendio, robo, responsabilidad civil, entre otros. Con ello, el riesgo queda demarcado. Así, por ejemplo, en el seguro de incendio el riesgo comprende aquellos daños que sufre el bien o cosa asegurada (casa, industria, galpón etc.) que sean consecuencia directa o inmediata de un incendio, entendiéndose por tal única y exclusivamente el abrasamiento por el fuego de los objetos asegurados, así como los daños causados por el calor, el humo, el vapor, o los medios empleados para extinguir o contener el fuego; y las demoliciones que sean necesarias a consecuencia del incendio y que sean ordenadas en tal carácter por la autoridad competente¹⁴⁵. En el caso del seguro de robo, el riesgo comprende la apropiación de los objetos asegurados desde un edificio, local o recinto cerrado y techado, así como los daños que resulten por destrucción o deterioro de los objetos asegurados o de los recintos e instalaciones en que se encuentren, ocurrido durante cualquier etapa de ejecución del robo con fuerza en las cosas, todo en los términos del artículo 432 del Código Penal¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Ver Póliza de Incendio depositada en la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código Pol 1 90 006, cláusula primera sobre daños cubiertos, en www.svs.cl. El contenido de esta póliza coincide con lo dispuesto en el artículo 566 del CCMCH, que señala: “*Por el seguro contra incendio, el asegurador se obliga a indemnizar los daños materiales que sufran los objetos asegurados por la acción directa del incendio y los que sean una consecuencia inmediata del mismo, como los causados por el calor, el humo, el vapor o por los medios empleados para extinguirlo o contenerlo; y las demoliciones que sean necesarias u ordenadas por la autoridad competente. También podrán contratarse, como una extensión o ampliación a la cobertura de incendio, seguros adicionales que protejan al asegurado contra otros riesgos*”. Por su parte, la norma decimonónica del artículo 582 del CCMCH, hoy sustituida, señalaba lo siguiente: “*Son de cargo del asegurador: 1° Todas las pérdidas y deterioros causados por la acción directa del incendio, aunque este accidente proceda de culpa leve o levísima del asegurado, o de hecho ajeno del cual éste sería en otro caso civilmente responsable; 2° Las pérdidas y deterioros que sean una consecuencia inmediata del incendio, como los causados por el calor, el humo o el vapor, los medios empleados para extinguir o contener el fuego, la remoción de muebles y las demoliciones ejecutadas en virtud de orden de autoridad competente*”.

¹⁴⁶ Ver Póliza de robo depositada en la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código Pol 1 94 021, cláusula primera y segunda, sobre daños cubiertos, en www.svs.cl. El artículo 568 del CCMCH, extiende, a nuestro parecer, la concepción de riesgo asegurable al usar el término “*sustracción*” y acto que puede

Esta descripción en detalle del riesgo se materializa a través de dos vías distintas, pero interdependientes; una legal y otra convencional¹⁴⁷.

La descripción legal consiste en la individualización genérica del riesgo asegurable hecha por el legislador. Apunta a garantizar una cobertura mínima, evitando que los aseguradores en la confección de contratos estandarizados desnaturalicen el riesgo, al incorporar exclusiones que hagan inoperante la cobertura. Se controla y garantiza, al mismo tiempo, el contenido del contrato en favor del asegurado. Con todo, si a esta primera descripción del riesgo asegurable, adicionamos una norma que haga imperativas las disposiciones que regulen el contrato de seguro, la protección mínima contemplada por el legislador se hace inalterable por voluntad de los contratantes.

La descripción convencional es la contenida en los condicionados generales o pólizas *standar*¹⁴⁸ y en los condicionados particulares de la póliza¹⁴⁹. Los contratantes acuerdan¹⁵⁰ el amparo o cobertura por inclusión, al individualizar el evento en todos sus aspectos, y luego por exclusión, al precisar que variables del riesgo no estarán comprendidas

circunscribirse en “*la comisión de delitos u otras conductas ilegítimas que la póliza señale*”.

¹⁴⁷ Ver CHAGNY y PERDRIX (2009) pp. 150 y ss.

¹⁴⁸ En el sistema de aseguramiento chileno, observamos en diversos condicionados generales una descripción estándar del riesgo asegurado, como ocurre por ejemplo en la cláusula de responsabilidad civil patronal (adicional a la póliza de responsabilidad civil inscrita en el registro de pólizas bajo el código POL 1 91 086) inscrita en el registro de pólizas bajo el código CAD 1 93 051. Esta póliza tipo, en su cláusula letra a), número 1, señala: “*Las indemnizaciones en dinero que se vean obligados a pagar por la Responsabilidad Civil Extracontractual que sea declarada por sentencia judicial ejecutoriada, motivada por reclamo interpuesto por el trabajador, sus sucesores o beneficiarios, a causa de un accidente del trabajo del cual un trabajador del contratante ha resultado con lesiones corporales o le ha causado la muerte*”. En este caso, podemos observar que el riesgo descrito *a priori* en el condicionado citado, es la responsabilidad civil extracontractual declarada por una sentencia judicial, en favor de un trabajador o de las víctimas indirectas, en razón de una reclamación judicial iniciada por el ejercicio de una acción civil de indemnización de perjuicios por accidente del trabajo. Ver en www.svs.cl, depósito de pólizas.

¹⁴⁹ RUIZ-TAGLE (2011) p. 125.

¹⁵⁰ O como sostiene VEIGA “en cierto sentido, medio impuesto por la entidad aseguradora”. VEIGA (2009) p. 124.

dentro del denominado riesgo asegurado. Como señala VEIGA en la doctrina española, “a la descripción genérica que hace la ley, debe acompañarse su individualización – determinación del riesgo concreto – en cada caso particular, exigiendo concreción de hechos tanto en el sentido positivo como negativo, esto es, tanto por inclusión como por exclusión”¹⁵¹.

3.2.2. LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO

La delimitación del riesgo asegurado permite establecer o circunscribir la extensión o ámbito de la cobertura del riesgo ya individualizado. A ello subyace el límite o extensión de la prestación del asegurador, según veremos más adelante¹⁵².

El riesgo ha sido descrito, circunscrito, establecido claramente. Se trata de un riesgo de incendio, robo, responsabilidad civil. Corresponde ahora delimitarlo¹⁵³, o como sostiene GIERKE, reducirlo (*Gefahrbegrenzung*)¹⁵⁴. Esta delimitación quiere decir que las partes deberán acordar una causal de ocurrencia del riesgo, un lugar específico o determinable de verificación del evento y un espacio del tiempo en la realización del evento de peligro asumido por el asegurador¹⁵⁵.

¹⁵¹ VEIGA (2009) p. 116; Ver en el mismo sentido RUIZ-TAGLE (2011) p. 125.

¹⁵² A juicio de SÁNCHEZ CALERO, la perfecta delimitación del riesgo influye no sólo en el momento de la conclusión del contrato, sino también durante la vida de la relación jurídica que surge del seguro. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 45.

¹⁵³ Es opinión de GUIASOLA, que “primero debe definirse el riesgo y una vez definido éste, podrán existir cláusulas limitativas que lo reduzcan, o recorten, pero dentro del riesgo objeto de cobertura”. GUIASOLA (2000) p. 139. En nuestra doctrina, es opinión de RUIZ-TAGLE, que “el interés asegurable no puede amparar cualquier causa de siniestro. Se encuentra limitado por criterios de tiempo y espacio”. RUIZ-TAGLE (2011) p. 129.

¹⁵⁴ GIERKE (1947) p. 158. Como sostiene VEIGA, la delimitación del riesgo, consiste en fijar el “perímetro de garantía. Un perímetro que no puede abarcarlo todo”. VEIGA (2013) pp. 641 y ss.

¹⁵⁵ BRUCK hace referencia a la necesidad de limitación del riesgo en sus ámbitos de tiempo (*die zeitliche Gebundenheit*), causalidad (*die gegenständliche Gebundenheit*) y espacio (*die örtliche Gebundenheit*). BRUCK (1930) pp. 368 y ss. Este mismo criterio diferenciador sigue DONATI, quien se refiere a la *delimitazione causale, temporale e spaziale*. DONATI (1954) pp. 151 y ss. En la doctrina española véanse VEIGA (2011) p. 73; ELGUERO (2007) p. 1056. En la doctrina chilena, ver ACHURRA (2005) pp. 122 y ss.

A esta delimitación causal, espacial y temporal del riesgo asegurado, se le une una delimitación sobre el *quantum* de la prestación del asegurador, que determinará finalmente la extensión de su obligación.

En consecuencia, hemos observado que la delimitación del riesgo asegurado tiene una perspectiva cualitativa – causal, temporal y espacial –, y una cuantitativa, las que revisaremos de inmediato.

3.2.2.1. DELIMITACIÓN CUALITATIVA

La delimitación cualitativa busca determinar la causa del riesgo, su lugar de ocurrencia y el espacio de tiempo de extensión de la cobertura. Por ejemplo, definida la contratación de un seguro de incendio de una propiedad destinada a la habitación, el siniestro debe tener su causa en el abrasamiento del fuego, de una propiedad de ubicación específica y ocurrido dentro del plazo de vigencia del contrato, por lo general, un año. Este contrato no otorgará cobertura o amparo por aquellas pérdidas que sean consecuencia, por ejemplo, de un delito de robo perpetrado luego de ocurrido el riesgo de incendio, y cuya ejecución se facilitó por el abandono del inmueble.

La delimitación causal consiste en la necesaria relación que debe darse entre el evento cubierto y la causa del daño, o dicho de otro modo, el evento asegurado es el que debe provocar directamente el menoscabo patrimonial¹⁵⁶. Este es, a nuestro juicio, el sentido del inciso segundo del artículo 531 del CCMCH, que dispone lo siguiente: *“El asegurador puede acreditar que el siniestro ha sido causado por un hecho que no lo constituye en responsable de sus consecuencias, según el contrato o la ley”*. Del mismo modo que la descripción del riesgo asegurado, la delimitación causal tiene un origen legal y uno convencional. Este último, en razón de la imperatividad del artículo 542 del CCMCH, no puede restringir la extensión causal fijada por la ley, por lo general.

La delimitación temporal, se refiere a la duración del contrato, y es fijada de común acuerdo por los contratantes. Esta dimensión de la

¹⁵⁶ Véanse BRUCK (1930) pp. 368 y ss.; DONATI (1954) pp. 150 y ss.; SANDOVAL (2007) p. 190.

delimitación del riesgo determina, en opinión de VEIGA, “el periodo de cobertura del riesgo en el cuál ha de verificarse en su caso el siniestro”¹⁵⁷. La práctica del seguro nos muestra como regla general la anualidad. Esta delimitación temporal debe ser expresada de manera clara en el respectivo condicionado particular. Así lo exigen los artículos 514 y 518 número 5 del CCMCH¹⁵⁸, al enunciar dentro de los contenidos de este tipo de condicionados, la duración del seguro¹⁵⁹.

Finalmente, dentro de lo que hemos denominado como delimitaciones cualitativas observamos la delimitación espacial o territorial, aplicable en concreto a los seguros de daños o de interés, quedando excluidos de esta delimitación los seguros de transporte terrestre y marítimo¹⁶⁰. Delimitar espacialmente el riesgo significa circunscribir su ocurrencia a un lugar o territorio en específico, o a varios lugares o territorios. Así, por ejemplo, en el caso de un seguro de robo, la cobertura estará, por lo general, circunscrita a la apropiación ilícita de aquellos bienes o cosas que se encuentran al interior del recinto designado o singularizado por el contratante en la póliza, y no a otro lugar¹⁶¹. En el caso de un seguro de responsabilidad civil de una empresa que se dedica, por ejemplo, a construcción de caminos, lo aconsejable es que la delimitación espacial comprenda todo el territorio nacional, ya que la actividad no se realiza únicamente en un lugar

¹⁵⁷ VEIGA (2005) p. 214.

¹⁵⁸ Es nuestro parecer, que la NCG 124 dictada por la S.V.S. queda subordinada a las normas legales citadas. Por otra parte, confluye con los artículos 514 y 518 número 5 del CCMCH, el artículo 17B letra c) de la LPC.

¹⁵⁹ En la delimitación temporal de la cobertura, observamos dos situaciones especiales, que se reflejan, en la posibilidad de conceder un amparo de un riesgo ya ocurrido, y en la concesión de cobertura de riesgos verificados con posterioridad al término de vigencia del contrato. Estos supuestos constituyen una excepción a la regla general de estar delimitado el riesgo al periodo de vigencia del contrato, y son propias de los seguros de responsabilidad civil. Se materializan contractualmente mediante las cláusulas de cobertura retroactiva, y a través de las cláusulas de cobertura posterior o *post contractum*. Véanse REGLERO (2007) pp. 1078 y ss.; SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 1654.

¹⁶⁰ Ver en este sentido BRUCK (1930) pp. 369-370.

¹⁶¹ Es opinión de VEIGA, que en cuanto a la delimitación espacial o geográfica, “habrá que atender a la naturaleza del mueble o inmueble de la cosa asegurada, de su movilidad o no, de su ubicación inicial y final, sobre todo, si ha mediado o no consentimiento del asegurador para desplazar la cosa de un lugar a otro distinto del inicialmente declarado en el contrato”. VEIGA (2005) p. 318.

determinado, sino que depende del lugar de la obra u obras en las que se desarrolla el giro o actividad del asegurado.

3.2.2.2. DELIMITACIÓN CUANTITATIVA

Descrito el riesgo en concreto y delimitado a determinadas causas, a un determinado lugar o territorio y a un espacio de tiempo específico, podríamos señalar que estamos ya en presencia de un riesgo asegurado, esto es, de aquel evento de peligro cuyas consecuencias dañosas serán asumidas por el asegurador, en el supuesto de ocurrencia del siniestro.

Corresponderá luego, establecer cuál es la extensión de la prestación del asegurador en relación al valor de lo asegurado, que se relaciona con el *quantum* de la obligación condicional del asegurador.

La fijación del *quantum máximo* de la prestación del asegurador, se denomina suma asegurada, que en opinión de SÁNCHEZ CALERO, es “el importe máximo del interés asegurado cubierto por el asegurador”¹⁶², o como sostiene en nuestra doctrina ACHURRA “es el *máximum* de responsabilidad hasta cuya concurrencia el asegurador se obliga a pagar los perjuicios que puedan afectar a la cosa asegurada”¹⁶³.

La suma asegurada no es necesariamente equivalente a la prestación del asegurador. La primera, está representada por un monto

¹⁶² SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 626. La cuestión sobre la suma asegurada, ha llevado a la doctrina a distinguir entre valor asegurable y valor asegurado. Sobre ello, SÁNCHEZ CALERO, señala lo siguiente: “La suma asegurada es efectivamente el importe máximo del interés asegurado cubierto por el asegurador. La suma asegurada no representa, por tanto, el valor del interés asegurable, sino la cifra en que ese interés es asegurado como máximo en el contrato de seguro para el caso de siniestro. Aparece así la distinción entre valor asegurable, que se refiere al valor del interés del asegurado y que en línea de principio puede ser objeto de cobertura por parte del asegurador sin que la indemnización pueda superar ese valor, si se respeta el principio indemnizatorio, tal como exige el artículo 26 de la Ley; y valor asegurado que es, como se ha dicho, el importe que se fija en el momento de la conclusión del contrato por voluntad del contratante del seguro para la cobertura del interés por el asegurador. El valor asegurable tiene por consiguiente una entidad objetiva e independiente de la voluntad de las partes. El valor asegurado es, por el contrario, el valor que el tomador del seguro asigna al interés que quiere asegurar, y que se concreta en la suma asegurada”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 626

¹⁶³ ACHURRA (2005) p. 40. En el mismo sentido CORRAL (2013) p. 122.

claramente determinado o determinable a lo menos, del cual no podrá exceder la indemnización o indemnizaciones que proceden en razón del o los siniestros ocurridos durante el periodo de duración del contrato. En este sentido, el artículo 552 del CCMCH, sobre suma asegurada y límite de la indemnización, señala: *“La suma asegurada constituye el límite máximo de la indemnización que se obliga a pagar el asegurador en caso de siniestro y no representa valoración de los bienes asegurados. En los seguros reales la indemnización no excederá del valor del bien ni del respectivo interés asegurado al tiempo de ocurrir el siniestro, aun cuando el asegurador se haya constituido responsable de una suma que lo exceda. Si la cantidad asegurada consistiere en una cuota, se entenderá que ésta se refiere al valor que tenga el objeto asegurado al momento del siniestro. En los seguros patrimoniales la indemnización no podrá exceder, dentro de los límites de la convención, del menoscabo que sufra el patrimonio del asegurado como consecuencia del siniestro”*.

La obligación condicional del asegurador está representada por el *quantum* indemnizatorio que debe pagarse al asegurado, en cada siniestro singular o específico. Este monto o suma, por lo general de dinero, puede agotar o no la suma asegurada, dependiendo si la valoración del daño es superior o inferior al límite cuantitativo pactado en la póliza¹⁶⁴.

En la determinación de la suma asegurada, la información que el asegurado o contratante suministre o entregue al asegurador, permitirá a este último definir hasta cuánto se obliga, o dicho de otro modo, cumplida la condición que hace exigible la obligación del asegurador – nos referimos a la ocurrencia del riesgo – cuál será el monto que deberá pagar al asegurado. Precisamos, eso sí, que esta información sobre los valores tendrá mayor relevancia en el caso de los seguros sobre cosas (específicas o universalidades), ya que en el caso de determinados seguros patrimoniales como el de responsabilidad civil, el *quantum* máximo de la prestación del asegurador¹⁶⁵, no dependerá del valor total del patrimonio del asegurado, sino más bien de políticas de suscripción asociadas generalmente al estudio sobre las sumas indemnizatorias

¹⁶⁴ SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 626.

¹⁶⁵ Ver REGLERO (2007) pp. 115 y ss.

fijadas por los tribunales de justicia¹⁶⁶. Esta problemática se resolverá, en algunos ordenamientos jurídicos, mediante la imposición de baremos¹⁶⁷. No detallaremos sobre ello, ya que escapa de nuestros objetivos, basta con mencionarlo.

4. LA COBERTURA Y LA PRESTACIÓN DEL ASEGURADOR EN EL SEGURO DE DAÑOS

Concluido el proceso de determinación del riesgo, el asegurado podrá obtener el amparo que buscaba al traspasar las consecuencias del evento de peligro al asegurador, mediante la celebración del contrato. El riesgo cubierto es la cobertura¹⁶⁸.

La cobertura, la conceptualizamos como la garantía que beneficia al asegurado y que obliga condicionalmente al asegurador¹⁶⁹.

¹⁶⁶ En las modificaciones introducidas al Título VIII del Libro II del CCMCH el año 2013, se regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el seguro de responsabilidad civil. El artículo 570 señala: *“Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado, por un hecho y en los términos previstos en la póliza. En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado, en virtud de sentencia ejecutoriada, o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento”*.

¹⁶⁷ Sobre el sistema de baremos o de valoración de daños en el derecho español, ver por todos REGLERO (2003) pp. 963 y ss.

¹⁶⁸ En nuestra doctrina, RUIZ-TAGLE, señala que “determinado el riesgo arribará prontamente la cobertura”. Y sostiene además, que “los resultados de la declaración del asegurado deben reflejarse en la cobertura”. RUIZ-TAGLE (2011) pp. 125 y 159. En la doctrina italiana, es opinión de BUTTARO, que el riesgo cubierto es sólo aquel descrito en la póliza, por ello, cada vez que este no corresponda al evento que realmente grava el bien asegurado, el asegurador quedará sin duda liberado del contrato. BUTTARO (1962) p. 738.

¹⁶⁹ Sobre el significado o alcance de la voz cobertura (*Deckung* para los alemanes, *copertura* para los italianos, *couverture ou garantie* para los franceses) la doctrina no es pacífica. Hay autores que desde un punto de vista puramente jurídico, sostienen que la cobertura se identifica con el crédito resarcitorio que emana de este contrato. El acreedor de este crédito será el asegurado o beneficiario del seguro, y el deudor la compañía aseguradora. Ocurrido el siniestro, nace la obligación de esta última de cumplir con la prestación convenida, ya sea que se materialice en el pago de una suma de dinero o en la reparación o reposición del bien o cosa asegurada, según lo pactado por las partes. Con ello, como señala SÁNCHEZ CALERO, se satisface la necesidad de previsión del asegurado. SÁNCHEZ

Esta cobertura que obtiene el tomador del seguro, determina la prestación del asegurador, o como sostiene VEIGA, la cobertura permite “establecer el alcance de la prestación de la compañía, la condiciona”¹⁷⁰.

Ocurrido un siniestro, la prestación del asegurador se hace exigible¹⁷¹. El asegurado en su calidad de *creditor* está facultado para exigir del asegurador en su calidad de *debitor* el pago de la indemnización o la reparación *in natura*, según las estipulaciones contenidas en la respectiva póliza. Este es el sentido del artículo 529 del CCMCH, al señalar en su numeral 2 como obligación del asegurador, la de indemnizar el siniestro cubierto por la póliza.

Frente a la ocurrencia del riesgo¹⁷², nuestro sistema jurídico contempla un sistema especial denominado procedimiento de liquidación del siniestro que tiene por “*fin establecer la ocurrencia de un siniestro, determinar si el siniestro está cubierto en la póliza contratada en una compañía de seguros determinada, y cuantificar el monto de la*

CALERO (2005) pp. 38 y ss. Otros, en cambio, sostienen una tesis más amplia al considerar que la cobertura, no queda limitada al derecho de crédito, sino que contiene además un derecho de garantía. El contratante no sólo tiene el interés de quedar libre de las consecuencias dañosas del riesgo en el caso de su realización o materialización, le interesa obtener una garantía o seguridad de respuesta frente a la ocurrencia del siniestro, lo que implica una obligación *a priori* a la materialización del riesgo por parte del asegurador, consistente en contar con la solvencia económica necesaria para responder del siniestro. Véanse en este sentido, EMBID (2002) p. 57; PEÑAS (1999) p. 16.

¹⁷⁰ VEIGA (2009) p. 118. Es opinión de SÁNCHEZ CALERO, que “el asegurador, en el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, deberá pagar la prestación convenida. La cobertura del riesgo por el asegurador que hasta ese momento se encontraba, en una situación latente -que exigía la prestación del asegurador de predisponer los medios necesarios para el cumplimiento de la prestación convenida- en el caso de siniestro inicia su estadio agudo. Los que limitan la obligación del asegurador a la prestación del pago de la indemnización, consideran que hasta ese momento existe simplemente una situación de expectativa. En cualquier caso, debe quedar claro que el asegurador, al asumir un determinado riesgo, como posibilidad de un evento dañoso, lo efectúa precisamente con el fin de satisfacer una determinada prestación convenida si se produce el daño”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 46.

¹⁷¹ RUIZ-TAGLE (2011) p. 363.

¹⁷² Señala el artículo 513 del CCMCH, lo siguiente: “x) *Siniestro: la ocurrencia del riesgo o evento dañoso contemplado en el contrato*”.

pérdida y de la indemnización a pagar”¹⁷³. Es precisamente, durante este proceso de liquidación, denominado también de ajuste de pérdida, cuando se puede descubrir un incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo, que puede dar lugar a la aplicación de los remedios contemplados en los artículos 525 y 539 del CCMCH, o el artículo 557 número 1º sustituido, según el caso.

En el capítulo que sigue, nos abocaremos al análisis del incumplimiento o inobservancia del deber precontractual de declarar el riesgo, presupuesto necesario para adentrarnos en la segunda parte de nuestra investigación a los efectos jurídicos que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa.

¹⁷³ El artículo 19 del Decreto Supremo 1055 (en adelante D.S 1055), que aprueba nuevo Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros y Procedimiento de Liquidación de Siniestros, del 17 de Agosto del año 2012, señala: “*Denunciado un siniestro y cuantificada la pérdida, la compañía de seguros dispondrá el pago de la indemnización en los términos convenidos en la póliza respectiva, y, en caso de requerirse mayores antecedentes sobre su procedencia y monto, dispondrá su liquidación. La liquidación tiene por fin establecer la ocurrencia de un siniestro, determinar si el siniestro está cubierto en la póliza contratada en una compañía de seguros determinada, y cuantificar el monto de la pérdida y de la indemnización a pagar, todo ello de conformidad al procedimiento que establece el presente Reglamento. El procedimiento de liquidación es una sucesión de actos y gestiones vinculados entre sí, realizados por el liquidador designado con el fin de emitir un informe técnicamente fundado sobre la cobertura del riesgo, y el monto de indemnización que correspondiere por los daños sufridos a causa del siniestro denunciado*”.

CAPÍTULO II

EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

El cumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo asegurado busca de parte del asegurado (o contratante) la satisfacción de su propio interés, en concreto la obtención de un amparo o cobertura frente a la ocurrencia del riesgo¹⁷⁴. Ello, se traduce en la exigibilidad de la prestación del asegurador¹⁷⁵. En la perspectiva del asegurador, la correcta ejecución del deber de informar, permite a este dar inicio al proceso de determinación del riesgo asegurable, que culmina en la decisión de asumirlo y fijar por ello un valor. En consecuencia, en una mirada general, la inejecución de la carga de información sobre el estado del riesgo asegurable afecta o altera tanto el interés del asegurado, como el proceso de determinación del evento de peligro a cargo del asegurador¹⁷⁶.

Para una adecuada comprensión de los efectos que se derivan de la inejecución del deber precontractual de declaración del riesgo, en el seguro de daños, revisaremos dos aspectos. Primero, la relación entre carga, deber de prestación y relación obligatoria, y luego en qué casos hay incumplimiento de la carga de información sobre el riesgo asegurado.

¹⁷⁴ En este sentido ver RUIZ-TAGLE (2011) p. 125.

¹⁷⁵ En tal sentido, CABANILLAS, en su análisis sobre las cargas crediticias sostiene que “la carga es una conducta del acreedor que ha de observar en su propio interés, para que pueda ejercitar una facultad”. CABANILLAS (1988) p. 44.

¹⁷⁶ Ver CABANILLAS (1988) p. 45. Es opinión de PELAGGI, lo siguiente: “Se satisface con esta carga el interés del asegurador de obtener una exacta representación del riesgo asegurado; pero también se satisface el interés del contratante a la validez y eficacia del contrato”. PELAGGI (1967) p. 235.

1. LA RELACIÓN OBLIGATORIA EN LA PERSPECTIVA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

1.1. CARGA, DEBER DE PRESTACIÓN Y RELACIÓN OBLIGATORIA

Toda relación obligatoria de contenido patrimonial, está compuesta por diversos elementos: el deber de prestación del deudor, las facultades del acreedor y cargas que pesan sobre este último, entre otros componentes¹⁷⁷. Si bien existe una interdependencia entre estos elementos¹⁷⁸, cada uno de ellos detenta una autonomía conceptual. Cualquiera sea la denominación de la carga (*onere*, *obligations*, *Obliegenheit*), esta posee una independencia conceptual y estructural en relación al deber de prestación del deudor.

La carga de información en el contexto del deber precontractual de declaración del riesgo¹⁷⁹, constituye un comportamiento o conducta de entrega o suministro de los datos relevantes que permiten al asegurador poner en marcha el proceso de determinación del riesgo asegurado. No se trata de un deber jurídico, sino más bien, una conducta necesaria,

¹⁷⁷ Se trata de una nueva concepción sobre la obligación, que obedece, en opinión de DIEZ-PICAZO, a “una erosión en la teoría tradicional de las obligaciones”. DIEZ-PICAZO (2008) p. 73. En nuestra doctrina, FUEYO, al abordar la teoría clásica de Savigny sobre la obligación, señala: “Hemos de entender que la citada doctrina clásica puede estimarse hoy como obsoleta”. FUEYO (2004) p. 33. Por su parte, señala CABANILLAS: “Ha sido especialmente la doctrina alemana la que tiene el mérito de distinguir con rigor la carga del acreedor (*Obliegenheit*) del deber de prestación (*Leistungspflicht*), del deber accesorio (*Nebenpflicht*) y del deber de protección (*Schutzpflicht*), al configurar el contenido de la relación obligatoria”. CABANILLAS (1988) p. 46.

¹⁷⁸ En tal sentido, es opinión de LAGOS, que “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 deberes y cargas”. LAGOS (2006) p. 29. Ver en este sentido CORRAL (2003) pp. 382 y ss. Sobre las cargas en la relación obligatoria en la doctrina chilena ver por todos PEÑAILILLO (2003) pp. 79-80.

¹⁷⁹ Según señalamos en el capítulo anterior, la doctrina dominante hoy califica el deber precontractual de declaración del riesgo como una carga *in contrahendo*, de origen legal.

un tener que informar para poder exigir la indemnización¹⁸⁰. La carga permite al acreedor lograr un resultado o satisfacción de un interés propio.

Por su parte, el deber de prestación¹⁸¹ del asegurador se identifica con el pago de la suma asegurada o indemnización una vez ocurrido el riesgo. Con ello, se satisface el interés del asegurado de quedar liberado de las consecuencias dañinas del evento de peligro cubierto en la póliza.

1.2. DEUDA (*Schuld*) Y RESPONSABILIDAD (*Haftung*)

Otro de los aspectos que debemos abordar para comprender adecuadamente los efectos del incumplimiento del deber precontractual de declarar el riesgo, es la distinción que hace la doctrina sobre los elementos o componentes primarios de la relación obligatoria. El primero lo representa la prestación o deuda (*Schuld*), y el segundo, la responsabilidad (*Haftung*). La voz responsabilidad en el sentido de *Haftung* se refiere al poder o facultad de coacción del acreedor para exigir el cumplimiento¹⁸².

A nuestro juicio, la inejecución de la carga de información sobre el riesgo asegurado, afecta el elemento de responsabilidad de la relación obligatoria (*Haftung*). Al perder ésta la exigibilidad, queda enervada la facultad del asegurado-acreedor para exigir del asegurador-deudor el cumplimiento de la prestación o deuda (*Schuld*)¹⁸³.

¹⁸⁰ CABANILLAS (1988) p. 44

¹⁸¹ Señala CABANILLAS: “El deber de prestación es el deber central y primario del deudor, que se concreta en la adopción de un determinado comportamiento que ha de ajustarse a los rasgos descritos en el programa de prestación configurado en el acto de constitución de la relación obligatoria”. CABANILLAS (1988) p. 46. En nuestra doctrina, FUEYO, señala: “Es la actividad o conducta del deudor la que está comprometida, actividad o conducta que se debe desarrollar en dirección a una prestación o a una abstención”. FUEYO (2004) p. 29. Ver PEÑAILILLO (2003) p. 76.

¹⁸² Como señala DIEZ-PICAZO el vocablo responsabilidad, “ha de hacerse atribuyéndole un significado tecnicado, que exprese del mejor modo posible la idea de sometimiento de una persona al poder de agresión o coacción”. DIEZ-PICAZO (2008) p. 78. Véanse en este sentido LARENZ (1979) pp. 20 y ss.; FUEYO (2004) pp. 34 y ss.

¹⁸³ Como sostiene CABANILLAS, “la carga no implica una facultad, sino que constituye una conducta que opera como presupuesto para poder ejercitar la

Al momento del pago del siniestro (riesgo verificado) - concluido el proceso de liquidación o ajuste de pérdida que permite determinar el *quantum* de la indemnización - el asegurador podrá oponerse a cumplir con su prestación (*Schuld*) fundando su defensa negativa en la inobservancia de la carga de informar el verdadero estado del riesgo.

2. SUJETO PASIVO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

La determinación del sujeto pasivo del deber precontractual de declaración del riesgo asegurado, apunta al elemento personal de esta carga de información¹⁸⁴.

A nuestro juicio, esta carga debe cumplirla quien posee la calidad de contratante o tomador del seguro¹⁸⁵, que puede coincidir o no con la persona del asegurado¹⁸⁶. Así lo dispone expresamente el artículo 524 inciso tercero del CCMCH, al señalar que “*si el tomador del seguro y el*

facultad”. CABANILLAS (1988) p. 60. En la doctrina italiana, es opinión de SOLIMANDO, que la jurisprudencia ha reconducido la disciplina de los artículos 1892 y 1893 del Código civil, al incumplimiento de una carga de comunicación impuesta al asegurado, deber que es considerado como una obligación específica. En consecuencia, el incumplimiento de esta carga, legitima la excepción de incumplimiento del artículo 1460 del referido Código de parte del asegurador, que es demandado por incumplimiento del pago de la indemnización. Ello en base al “principio *inadimplenti non est adimplentum*”. SOLIMANDO (2001) pp. 31-32. Ver DURANTE (1979) 232.

¹⁸⁴ Ver SÁNCHEZ CALERO (2010) pp. 287 y ss.

¹⁸⁵ En el derecho alemán, bajo la vigencia de la VVG de 1908, a juicio de BRUCK, “el deber de declarar es del contratante del seguro, haya contratado para sí mismo o para un tercero y en el caso de varios contratantes cada uno de ellos hasta donde alcance su conocimiento. En caso de fallecimiento del contratante del seguro antes de la entrada en vigencia del seguro, sus herederos tienen el deber de declarar. En caso que se celebre el contrato a través de un representante legal o un mandatario o a través de un representante sin poder, el deber de declarar debe ser cumplido por el representante”. BRUCK (1930) p. 181. La nueva Ley de seguros alemana del 2008, no innova en relación a la norma anterior, salvo algunas precisiones. En tal sentido, es opinión de BECKMANN, que la carga de declarar el riesgo asegurado recae en el tomador del seguro y, en caso de haber varios, en cada uno de ellos. Si son varios los tomadores de seguro que aseguran intereses diferentes de una misma cosa, cada uno tiene la carga de declarar. BECKMANN (2009) p. 723.

¹⁸⁶ El artículo 513 del CCMCH, sobre definiciones, señala: “*a) Asegurado: aquel a quien afecta el riesgo que se transfiere al asegurador*”.

asegurado son personas distintas, corresponde al tomador el cumplimiento de las obligaciones del contrato, salvo aquellas que por su naturaleza deben ser cumplidas por el asegurado". Por su parte, el artículo 513 del referido Código define al contratante o tomador del seguro como aquel *"que celebra el seguro con el asegurador y sobre quien recaen, en general, las obligaciones y cargas del contrato"*¹⁸⁷.

De las normas legales que hemos referido, queda claro que la carga de declarar el riesgo recae siempre en el tomador, quien será a su vez asegurado, si contrató por cuenta propia¹⁸⁸. Es el tomador quien interviene directamente en el proceso de formación del contrato, por lo que, en general, es este quien debe dar cumplimiento a las cargas y obligaciones que surgen durante la formación y ejecución del seguro¹⁸⁹.

En los casos en que el tomador o contratante del seguro y el asegurado no son la misma persona, nos enfrentamos a ciertas complejidades representadas en concreto por la canalización de la información y las respuestas a las preguntas contenidas en el cuestionario, en especial las que se relacionan con la faz subjetiva del riesgo asegurado. En principio, quien contrata por cuenta de otro incumple si no entrega la información requerida que ignora, pero que conoce el asegurado. Ello es consecuencia de la extensión de la buena

¹⁸⁷ Por su parte, la norma decimonónica del artículo 519 del CCMCH establece que el seguro corresponde a quien lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero. No obstante, el artículo 556 número 1° establece que es obligación del asegurado declarar sinceramente todas las circunstancias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos.

¹⁸⁸ Sobre la contratación del seguro por cuenta ajena en el derecho chileno, ver por todos BAEZA (2001) pp. 51-52. El análisis de este autor se circunscribe a las normas decimonónicas. Las modificaciones introducidas mediante la Ley 20.667 el año 2013 al CCMCH en materia de contrato de seguro, señalan lo siguiente: artículo 516. *"Modos de contratar el seguro. Seguro por cuenta ajena. El seguro puede ser contratado por cuenta propia, o por la de un tercero en virtud de un poder especial o general, y aún sin su conocimiento y autorización. Se entiende que el seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta o a favor de un tercero. En los seguros por cuenta ajena, si el tomador se encuentra en posesión de la póliza, tiene el derecho a cobrar la indemnización, pero el asegurador tiene derecho a exigir que el tomador acredite previamente el consentimiento del asegurado o demuestre que obra por mandato de éste o en razón de una obligación o interés legal"*.

¹⁸⁹ En tal sentido BAEZA (2001) p. 113.

fe, principio que abraza el contexto completo del proceso de formación del contrato de seguro, y que sin duda, subsiste siempre en el ámbito del deber de informar en el asegurado, aunque actúe representado. En este sentido, en la doctrina italiana, es opinión de LONGO, que “la separación admitida en la ley entre contratante y asegurado, no debe transformarse en una pantalla de la cual este último pueda servirse para evitar la sanción por falta de entrega de información”¹⁹⁰.

Con todo, lo que hemos formulado no impide que la carga *in contrahendo* de declarar el riesgo asegurado sea ejecutada por el asegurado no contratante o tomador¹⁹¹, según lo dispone expresamente el artículo 524 inciso final del CCMCH¹⁹², en especial en los casos en los que este deber de información se cumple por medio de un cuestionario que generalmente responde o completa el mismo asegurado. Asimismo, no hay impedimento para que este deber lo cumpla un tercero.

3. NOCIÓN Y PRESUPUESTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

3.1. NOCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

Hay incumplimiento del deber precontractual de declarar el riesgo en todos aquellos casos en los que el sujeto pasivo de esta carga, llámese asegurado, contratante o tomador del seguro, no ejecuta la conducta o comportamiento¹⁹³ destinado a suministrar información relevante sobre el riesgo asegurado, provocando una divergencia o

¹⁹⁰ LONGO (1978) p. 49. Este mismo autor, distingue entre el concepto de representación general, que tiene por objeto una declaración de voluntad, y la representación para la declaración de hechos, que se da en el contrato de seguro cuando el declarante no es el asegurado. LONGO (1978) p. 48.

¹⁹¹ En tal sentido véanse BATALLER, LATORRE y OLAVARRÍA (2007) p. 172; SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 288.

¹⁹² Señala el inciso final del artículo 524 del CCMCH, lo siguiente: “*Las obligaciones del tomador podrán ser cumplidas por el asegurado*”.

¹⁹³ LAGOS, en su análisis de los elementos que configuran el concepto de carga del acreedor, señala: “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”. LAGOS (2006) p. 31.

disensión entre el riesgo declarado y el real. Ello produce, una frustración del interés de amparo del asegurado en su calidad de acreedor de la indemnización debida por el asegurador en razón de la ocurrencia del riesgo asegurado.

En el caso de la nulidad o la liberación del asegurador de su obligación de indemnizar, la inejecución del deber precontractual de declarar el riesgo hace completamente ineficaz el crédito del asegurado, y en consecuencia, inexigible en su totalidad la prestación debida por el asegurador ocurrido el siniestro. En este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, al señalar, *“que, según las normas que informan el seguro, las obligaciones que asume el asegurador frente al contratante están, entre otras, la de pagar la indemnización que proceda, en caso de siniestro. Sin embargo, para que al asegurador le asista la obligación de indemnizar el siniestro, deben concurrir principalmente las siguientes condiciones: a) la existencia de un contrato de seguro y que éste sea válido; b) el cumplimiento de parte del contratante de todas las obligaciones y cargas que deba observar; c) que ocurra un siniestro por alguno de los riesgos previstos en la póliza y cubiertos por ella; y d) que el siniestro acaezca durante la vigencia del contrato por alguno de los riesgos previstos en la póliza estando ésta vigente [...]”*¹⁹⁴.

Frente al supuesto de ineficacia total de la prestación del asegurador que regía nuestro derecho bajo el vigor de la regulación decimonónica, nuestro legislador en el artículo 525 de CCMCH, introduce remedios distintos a la liberación total del asegurador de su obligación de indemnizar. El contratante del seguro que ha incumplido la carga de información sobre el riesgo, puede optar por una mantención del contrato mediante un aumento de la prima, un cambio en las condiciones de cobertura pactadas o recibir el pago de la indemnización,

¹⁹⁴ *Luis Barrera González con La Interamericana Compañía de Seguros de Vida S.A.* (2009). El mismo criterio se observa en la siguiente sentencia, dictada por el mismo tribunal: *JL Asociados Limitada con Compañía de Seguros Cruz del Sur S.A.* (2011). En ambos casos, se trata de sentencias dictadas bajo el vigor de normas decimonónicas.

aunque reducida¹⁹⁵.

3.2. PRESUPUESTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

3.2.1. LA DIVERGENCIA DEL RIESGO

El presupuesto *prima facie* que debe existir para enfrentarnos a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, es la divergencia entre el riesgo real o verdadero, y la información que el contratante, tomador o asegurado entregó al asegurador. Se trata de una falta de coincidencia entre la realidad y lo declarado¹⁹⁶. Esta inobservancia impide, a juicio de PELAGGI, que la carga de información cumpla su “función de realizar una perfecta correspondencia entre el riesgo representado y el real”¹⁹⁷.

Esta divergencia, falta de coincidencia o disensión entre el riesgo real y los datos suministrados al asegurador, altera la relación obligatoria entre asegurador y asegurado, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. Debe tratarse de una divergencia objetiva¹⁹⁸, y referirse a datos relevantes en el proceso de formación del contrato¹⁹⁹, tanto para determinar el contorno del riesgo asegurado o cobertura, como el *quantum* de la prima. Sobre la objetividad y significación de los datos que integran el riesgo asumido por el asegurador, ya nos hemos referido en el capítulo anterior.

¹⁹⁵ En la doctrina española, DE LAS RIVAS, al abordar el deber precontractual de declaración exacta y sus consecuencias jurídicas, sostiene que la ley impone al contratante la carga de declarar el riesgo, cuya inobservancia puede provocar la liberación total o parcial del asegurador. DE LAS RIVAS (1976) p. 273.

¹⁹⁶ Véanse: DONATI (1954) p. 309; RUBIO (2003) p. 95; HARTEN (2007) p. 108; CAMPUZANO (2008) p. 106; SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 296.

¹⁹⁷ PELAGGI (1967) p. 236.

¹⁹⁸ Esta objetividad queda representada, según DONATI, cuando la situación del riesgo informada al asegurador no corresponde a la efectiva, independiente de la voluntad o conciencia de la realidad por parte del contratante. DONATI (1954) p. 10.

¹⁹⁹ En tal sentido, a juicio de BATALLER, “hay incumplimiento cuando hay diferencia relevante entre lo declarado y lo real”. BATALLER (1997) p. 18. En el mismo sentido CAMPUZANO (2008) p. 106.

No obstante, advertimos que esta divergencia pierde relevancia en todos los casos en que, al momento de la conclusión del contrato, el asegurador ha tenido una noción exacta del riesgo por la determinación efectuada por un perito o por la información recibida de un inspector técnico o agente dependiente de la compañía aseguradora. En consecuencia, la compañía de seguros no puede valerse en contra del asegurado de las sanciones o efectos que contempla el legislador²⁰⁰. Este es el sentido del artículo 525 inciso final del CCMCH, cuyo análisis abordaremos en la segunda parte de nuestra investigación.

Por otro lado, esta falta de correspondencia entre el riesgo verdadero y la información recibida por el asegurador, queda condicionada al cuestionario de preguntas elaborado por este último. En consecuencia, este presupuesto del incumplimiento al deber precontractual de declarar el riesgo, queda circunscrito al contenido del formulario. Como ya hemos señalado, al abordar la problemática de asimetría de información en el contrato de seguro y el principio de autorresponsabilidad o deber de auto informarse del asegurador, es este último contratante quien, en su calidad de profesional o especialista, conoce o está en condiciones de determinar qué es significativo y qué no lo es.

3.2.2. DESCUBRIMIENTO DE LA DIVERGENCIA

En nuestro análisis sobre la práctica mercantil del seguro observamos que, por lo general, el asegurador conoce la divergencia entre el riesgo verdadero y la información recibida una vez ocurrido el siniestro.

Verificado el riesgo, el asegurado deberá comunicarlo al asegurador, cumpliendo de este modo con la carga de información que le impone el artículo 524 números 7 y 8 del CCMCH²⁰¹. Cumplidas estas

²⁰⁰ MARANO y MARIOTTI (1990) p. 945.

²⁰¹ Señala el artículo 524 número 7° del CCMCH, lo siguiente: “*El asegurado estará obligado a: 7° Notificar al asegurador, tan pronto sea posible una vez tomado conocimiento, de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro*”. Por su parte, el numeral 8, señala: “*8° Acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia, sus circunstancias y consecuencias*”. Esta carga de comunicación está incorporada en los condicionados

cargas de comunicación, el asegurador procederá a la liquidación o ajuste del daño o pérdida que ocasionó el siniestro, ya sea en forma directa o por medio de un liquidador oficial de seguros, según lo prescribe el artículo 61 del DFL 251. Concluido este proceso de liquidación mediante la emisión de un informe final, el asegurador podrá negarse a cumplir su prestación²⁰².

generales depositados en la S.V.S. Sólo a modo ejemplar, véanse: Póliza de seguro de hogar, incorporada al depósito de pólizas bajo el código Pol 1 12 106, cláusula duodécima, sobre obligaciones del asegurado; Condicionado general, Seguro de responsabilidad civil profesional para arquitectos e ingenieros, incorporada al depósito de pólizas bajo el código Pol 1 12 049, artículo 5°: procedimiento de notificaciones de reclamos y obligaciones del asegurado; Póliza de seguro para vehículos motorizados, inscrita en el registro de pólizas bajo el código Pol 1 98 022, artículo 16°: aviso de siniestro.

²⁰² El inciso segundo del artículo 61 del DFL 251, prescribe: “*La liquidación del siniestro tiene por fin básicamente determinar la ocurrencia del siniestro, si el riesgo está bajo cobertura de una compañía determinada, y el monto de la indemnización a pagar, todo ello de conformidad con el procedimiento que establezca el reglamento*”. Con motivo del terremoto ocurrido en Chile el año 2010, se propiciaron una serie de iniciativas, con el objeto de modernizar el régimen jurídico del sistema de aseguramiento chileno. En este sentido, el Poder Ejecutivo chileno, dictó el siguiente Decreto Supremo: “*Aprueba nuevo reglamento de los auxiliares del comercio de seguros y procedimiento de liquidación de siniestros, Núm. 1055, Santiago, 17 de agosto de 2012. Vistos: 1. Lo dispuesto en los artículos 24 y 32 N° 6 de la Constitución Política de la República; 2. El Título III del decreto con fuerza de ley N° 251 de 1931, sobre Compañías de Seguros, referido a los Auxiliares del Comercio de Seguros; 3. El decreto supremo No 863, de 1989, que establece el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros. 4. La Resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón; y la demás normativa aplicable, y, considerando: 1. Que el decreto con fuerza de ley N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros, establece en su título III la regulación de los auxiliares del comercio de seguros destinada a precisar los deberes y obligaciones de los liquidadores de siniestros y corredores de seguros. 2. Que las normas que regulan la actividad de liquidadores y corredores contenidas en el decreto supremo No 863, de 1989, del Ministerio de Hacienda, que establece el Reglamento sobre Auxiliares del Comercio de Seguros, se han mantenido inalteradas desde su dictación, razón por la cual resulta necesario actualizar sus disposiciones a fin de contar con una regulación acorde al grado de masificación en la contratación de seguros que existe actualmente en nuestro país, dar cuenta de la incorporación de tecnología en los procesos de comercialización e intermediación de seguros, liquidación de siniestros y atención a asegurados, e incorporar una regulación especial para la liquidación de siniestros de carácter masivo o catastrófico*”. En el caso concreto de la liquidación de siniestros, el nuevo reglamento señala en su artículo 19: “*Procedimiento de liquidación. Denunciado un siniestro y cuantificada la pérdida, la compañía de seguros dispondrá el pago de la*

Será durante este proceso de liquidación del siniestro, que contempla una serie de diligencias y solicitudes de información, cuando se descubre, por lo general, la infracción al deber de información que pesa sobre el tomador o contratante durante el periodo de formación del contrato²⁰³. Y será, en consecuencia, en esta etapa de la relación contractual cuando el asegurador, frente a la exigencia de cumplimiento del contrato de parte del asegurado, invocará algunos de los remedios destinados a quedar liberado de su obligación de pagar la suma asegurada, como es el caso de la nulidad o la alegación de extinción de los derechos del asegurado, o en defecto de lo señalado proponer una rebaja proporcional de la indemnización, un aumento de la prima o un cambio en las condiciones de cobertura, según lo contemplan los artículos 525 y 539 del CCMCH.

indemnización en los términos convenidos en la póliza respectiva, y, en caso de requerirse mayores antecedentes sobre su procedencia y monto, dispondrá su liquidación. La liquidación tiene por fin establecer la ocurrencia de un siniestro, determinar si el siniestro está cubierto en la póliza contratada en una compañía de seguros determinada, y cuantificar el monto de la pérdida y de la indemnización a pagar, todo ello de conformidad al procedimiento que establece el presente Reglamento. El procedimiento de liquidación es una sucesión de actos y gestiones vinculados entre sí, realizados por el liquidador designado con el fin de emitir un informe técnicamente fundado sobre la cobertura del riesgo, y el monto de indemnización que correspondiere por los daños sufridos a causa del siniestro denunciado. El procedimiento de liquidación estará sometido a los siguientes principios: a) Principio de celeridad y economía procedimental: El procedimiento de liquidación estará sometido al principio de celeridad y economía procedimental, por el que corresponderá al liquidador el impulso de la liquidación y la realización de las diligencias que fueren conducentes para la emisión, dentro del menor tiempo posible, del informe de liquidación según la naturaleza de la cobertura, no incurriendo en trámites dilatorios o requerimientos superfluos de antecedentes, tales como solicitudes de antecedentes al asegurado que ya se hubiesen presentado. b) Principio de objetividad y carácter técnico: La actuación del liquidador deberá mantener objetividad y velar para que el informe se emita con estricta sujeción a criterios técnicos. El informe de liquidación deberá abarcar los hechos y consideraciones relevantes invocadas por los asegurados y compañía de seguros en relación al siniestro. c) Principio de transparencia y acceso: Las partes interesadas tienen derecho en cualquier momento, durante el procedimiento de liquidación a tomar conocimiento del estado de la liquidación. Los liquidadores realizarán las liquidaciones de siniestros que les encomienden las compañías de seguros, debiendo emplear en el ejercicio de sus funciones, el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios". Sobre la liquidación del siniestro en nuestro derecho, ver por todos RUIZ-TAGLE (2011) pp. 372 y ss.

²⁰³ TIRADO (1991) p. 131; en el mismo sentido POLOTTI (1988) p. 2.

Con todo, la carga de probar la divergencia entre el riesgo real y el declarado, y que esta disensión tiene su origen en una declaración errónea, reticente o inexacta de la declaración, así como la prueba del dolo o la culpa del contratante, corresponde al asegurador²⁰⁴.

Para terminar, adelantamos que este factor temporal del descubrimiento de la divergencia entre el riesgo real y el declarado, es determinante al momento de establecer los efectos que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa. Sobre ello, ahondaremos en la segunda parte de nuestra investigación, al abordar el contenido del artículo 525 del CCMCH.

3.2.3. LA CULPA, DOLO O MALA FE DEL DECLARANTE, CONTRATANTE O TOMADOR EN EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

La conducta del sujeto pasivo de la carga precontractual de información sobre el riesgo asegurado, no se trata de una cuestión de responsabilidad²⁰⁵. El factor de diligencia busca determinar qué efecto o remedio procede en el caso de inobservancia al deber precontractual de declaración del riesgo.

En nuestro análisis sobre las primeras normas que regularon el deber precontractual de declaración del riesgo asegurado, hemos observado que a partir de la regla contenida en la Ordenanza de Barcelona de 1484 en adelante, hasta la entrada en vigor del artículo 348 del CCFR, el legislador no consideró, a lo menos de modo expreso, la

²⁰⁴ En este sentido, en la doctrina italiana ver por todos POLOTTI (1988) p. 2. En nuestro derecho, esta carga de probar, está a nuestro parecer establecida en el artículo 531 del CCMCH, que señala: “*Siniestro. Presunción de cobertura y excepciones. El siniestro se presume ocurrido por un evento que hace responsable al asegurador. El asegurador puede acreditar que el siniestro ha sido causado por un hecho que no lo constituye en responsable de sus consecuencias, según el contrato o la ley*”.

²⁰⁵ Señala GRISI, que los artículos 1892 y 1893 del Código civil italiano, que regulan el deber precontractual de declaración del riesgo, no buscan un sujeto responsable, sino esencialmente resolver los efectos del desequilibrio económico de la relación contractual provocado por una inobservancia a esta carga de información. GRISI (1990) p. 765. En este mismo sentido se pronuncia RUBIO en su análisis del artículo 381 del Código de comercio español. RUBIO (2003) p. 29.

diligencia del declarante para determinar la procedencia de la nulidad del contrato de seguro en razón de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa²⁰⁶.

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico bajo el vigor de la norma decimonónica del artículo 557 número 1 del CCMCH, la culpa de contratante del seguro es irrelevante en la determinación de la procedencia de la nulidad del contrato. Si revisamos las fuentes, en especial los borradores del Código elaborado por OCAMPO, encontramos una clara prescindencia del reproche del actuar del tomador o contratante²⁰⁷. Basta la divergencia entre el riesgo real y el declarado, siempre y cuando, como ya hemos apuntado, se refiera a datos relevantes y conocidos por el tomador, para dar lugar a la rescisión²⁰⁸.

²⁰⁶ Véanse en este sentido DONATI (1954) pp. 61 y ss.; BENÍTEZ DE LUGO (1955) pp.66 y ss.; HARPELING Y BARBATO (2001) p. 2; MORANDI (1971) p. 24. No obstante, a nuestro juicio, hay excepciones. En concreto, la Ordenanza de Amberes de 1570 contempla las exigencias necesarias para una completa determinación del riesgo, como el viaje, nombre de la nave, del capitán, del cargador y la ruta, además, de los valores de las mercaderías a transportar. Uno de los aspectos destacables de esta ordenanza se refiere a la exigencia de imputabilidad del asegurado en la declaración defectuosa o incompleta para que proceda la nulidad del contrato, según lo indica el artículo 5, que señalaba: *“El contrato de seguro debe igualmente indicar el nombre de la nave, el nombre del capitán o patrón [...] Todo bajo pena de nulidad del contrato si la falta es imputable al asegurado”*. En PARDESSUS (1838) p. 105. [La traducción es nuestra].

²⁰⁷ El texto del primer borrador del proyecto del CCMCH, señala: *“Las declaraciones falsas o inexactas y las reticencias de aquellas circunstancias que conocidas pudieran impedir la celebración del contrato o producir alguna modificación en las condiciones anulan el seguro aun cuando no provengan de la mala de [sic] del asegurado*. BRAHM (2000) pp. 262 y 456.

²⁰⁸ La doctrina española, se refiere a esta estructura del deber precontractual de información del riesgo asegurado, como receptora de la denominada teoría objetiva de las declaraciones, según la cual no se considera la buena o mala fe del declarante, sino que basta la simple divergencia entre el riesgo declarado y el real, para que proceda la nulidad del contrato. Véanse SÁNCHEZ CALERO (1965) p. 61; RUIZ (1991) p. 15; RUBIO (2003) p. 27. En nuestra doctrina, RUIZ-TAGLE, si bien se mantiene en la sanción de la nulidad relativa, incorpora algunos aspectos nuevos en el tratamiento del deber precontractual de declaración del riesgo. Uno de ellos, se relaciona con el requisito de imputabilidad en la conducta del contratante o tomador del seguro, y con la necesaria diligencia en la evitación de error de parte de la compañía aseguradora, al señalar que *“la falta de diligencia de la compañía aseguradora al inicio del contrato, cuando con sus medios técnicos e información puede descubrir información inexacta, compromete”*. RUIZ-TAGLE (2007) p. 597. Formula un criterio opuesto CONTRERAS, quien sostiene que basta que el error que

Como señala DE LAS RIVAS en la doctrina española al analizar el artículo 381 del Código de comercio de 1888, “poco importa al asegurador si el contratante actuó de buena o mala fe”²⁰⁹.

No obstante, en los ordenamientos jurídicos europeos, a partir de la Ley de seguros privados francesa de 1930, el requisito de la culpa, el dolo o la mala fe, viene adscrita a la conducta del contratante del seguro²¹⁰, siendo un presupuesto determinante para definir si la consecuencia derivada de la inobservancia al deber precontractual de declaración del riesgo será la nulidad u otros remedios, como la liberación del asegurador de su obligación de indemnizar, un aumento de la prima inicialmente pactada, un cambio en las condiciones de la cobertura pactada, o una rebaja proporcional de la indemnización²¹¹.

Por su parte, nuestro legislador, siguiendo la tendencia de los ordenamientos jurídicos europeos, introdujo el criterio o factor de diligencia del tomador del seguro, al exigir en el artículo 525 la inexcusabilidad en la declaración del contratante, para determinar la sanción o efectos derivados de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa. Sobre este punto, ahondaremos en la segunda parte de nuestra exposición cuando abordemos en detalle la regulación de los efectos del incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo en nuestro derecho.

proviene de declaraciones defectuosas, incompletas o falsas, lo sean objetivamente, prescindiendo de la mala fe del contratante, para dar lugar a la nulidad del seguro. CONTRERAS (2002) p. 49.

²⁰⁹ DE LAS RIVAS (1976) p. 278.

²¹⁰ Ver VISINTINI (1971) p. 426. A juicio de VISINTINI, el factor subjetivo de culpa que se incorpora en el artículo 1892 del Código civil italiano de 1942, tendría su origen en la práctica mercantil, específicamente en la cláusula de incontestabilidad, durante la vigencia del artículo 429 del Código comercio de 1882. Esta cláusula consistía en la renuncia del asegurador del derecho a impugnar el contrato en caso de declaraciones inexactas o reticentes, transcurrido cierto tiempo de concluido el contrato. No obstante, señala la autora, que los efectos de esta cláusula no procedían en el caso de fraude, dolo o engaño. Estas cláusulas usaron el término más comprensivo de mala fe, y luego se incorporó la culpa grave. VISINTINI (1971) p. 433.

²¹¹ En tal sentido, señala SOLIMANDO: “Es el factor de diligencia el que justifica la posibilidad de optar por reducir la indemnización”. SOLIMANDO (2001) p. 49.

SEGUNDA PARTE

LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO AL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO, EN EL SEGURO DE DAÑOS

INTRODUCCIÓN DE LA SEGUNDA PARTE

En la primera parte de nuestra investigación, establecimos que el deber *in contrahendo* de informar sobre el estado del riesgo asegurado, es un acto de suministro de información que debe ejecutar el contratante, tomador o asegurado en su calidad de sujeto pasivo de esta carga precontractual de información. Por su parte, el asegurador es el receptor de la información requerida o solicitada, que lo deja en una posición de conocimiento adecuado sobre el evento de peligro, con el fin de asentir en la celebración del contrato, proponer determinadas condiciones y fijar un precio por la asunción del riesgo, si el proceso de formación de este negocio jurídico llega a término.

Revisamos el deber de declarar sobre el estado del riesgo, en un doble aspecto. En su dimensión jurídica, este deber precontractual de información constituye una carga *in contrahendo* de origen legal. En su dimensión técnica, esta carga informativa permite al asegurador obtener la información necesaria que pone en marcha el proceso de determinación del riesgo asegurado, quedando establecida la cobertura y la consiguiente prestación del asegurador.

Dimos cuenta de algunos sistemas jurídicos europeos, observando que en la ejecución del deber precontractual de declaración del riesgo, confluyen la carga de suministro de información a cargo del tomador y la carga de colaboración – materializada en formularios de preguntas o cuestionarios – a cargo del asegurador, ambas subyacentes en la *bona fides*. En este sentido, nuestro legislador, recogiendo la experiencia práctica y la orientación de determinadas legislaciones extranjeras, delimitó el contenido de este deber en los artículos 524 número 1º y 525 del CCMCH a lo solicitado por el asegurador, y que sea conocido por el contratante.

En consecuencia, para enfrentarnos a una posible inexecución o inobservancia del deber precontractual de declarar el riesgo, es necesario que los datos relevantes o significativos estén contenidos en el

formulario de preguntas o cuestionario que debe entregar el asegurador al tomador. Este presupuesto viene impuesto en la ley, que recoge las exigencia de la buena fe *in contrahendo*.

La inobservancia al deber precontractual de informar sobre el riesgo asegurado provoca efectos que observamos en una doble dimensión. Altera la proporción entre la prima y el riesgo, y provoca un desequilibrio en la comunidad de riesgos, pudiendo acarrear diversos efectos que llevan a la terminación del contrato o una adaptación de sus condiciones, según veremos en los capítulos que siguen.

En cuanto al contexto de esta segunda parte de nuestra investigación, precisamos en primer lugar, que nuestra investigación queda circunscrita a los denominados seguros de daños, y a la declaración a cargo del tomador que provoca un defecto en la formación del contrato en la perspectiva de la voluntad del asegurador. Los artículos 556 número 1º y 557 número 1º, hoy sustituidos, como los artículos 524 y 539, todos del CCMCH, apuntan a proteger el consentimiento del asegurador. En el caso del asegurado, debemos acudir a las normas especiales contenidas en la LPC, si es el caso, o en su defecto, de modo residual, a nuestro derecho común.

En segundo lugar, el significado del riesgo en el contexto de nuestra investigación comprende un sentido amplio. Esto quiere decir, que no se identifica con la cosa asegurada en el caso de los seguros reales o de cosas específicas – como el seguro de robo de bienes muebles, daños propios causados a un vehículo motorizado o maquinaria – o con el amparo del daño que pueda menoscabar al patrimonio del asegurado en el caso del seguro de responsabilidad civil. La cosa específica o el patrimonio – según el caso – es un dato más del riesgo y corresponde, como ya hemos señalado en la primera parte de nuestra investigación a las circunstancias objetivas del evento de peligro asegurable. Debemos adicionar las circunstancias subjetivas, como por ejemplo, la conducta del asegurado o de sus dependientes.

En tercer lugar, precisamos que los efectos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa se contextualizan en el riesgo asegurado²¹². Quiere decir, que la inejecución de esta carga informativa afecta el riesgo determinado por las partes, y no el contorno del evento que fue reducido por los contratantes, tanto al describir el evento, como al delimitarlo mediante exclusiones, por ejemplo.

En consecuencia, la falta de entrega de información respecto de determinados datos que están contractualmente excluidos, no constituye un problema de formación del consentimiento en la perspectiva del asegurador. Lo anterior, se resuelve mediante la interpretación y aplicación de cláusulas o estipulaciones específicas del contrato denominadas de exclusión de riesgo. Por ejemplo, si una empresa dedicada a la actividad de la construcción, celebra con un asegurador un seguro de responsabilidad civil con cobertura por accidentes del trabajo, y realiza trabajos en altura o túneles, al ocurrir el siniestro puede quedar sin amparo, ya que, por lo general, los condicionados generales en estos casos excluyen mediante cláusula expresa los trabajos en altura o subterráneos. La supuesta reticencia del asegurado, no constituye una infracción al deber de informar en la perspectiva que nos interesa, simplemente se trata de un riesgo no asegurado. Se trata de un evento de peligro que no es parte del objeto del contrato. Ello podría resolverse, quizás, en el ámbito de los deberes de información del asegurador, según los artículos 514 y 529 del CCMCH. Se trata de una problemática jurídica que excede las pretensiones de esta investigación.

Con todo, es nuestro parecer, que el objeto del seguro es el riesgo asegurado, que se trata, a su vez, de un elemento esencial del contrato. Sin riesgo asegurado no hay seguro.

²¹² Como señalamos en la primera parte de nuestra investigación, el riesgo asegurado es el resultado de un proceso de determinación del evento, que se desarrolla en dos etapas: individualización y delimitación. Cumplidas las dos etapas señaladas, el riesgo objeto del contrato queda determinado, lo que significa que sólo a partir de este momento será factible establecer cuál es el riesgo asegurado o asumido por el asegurador. Esta determinación es fijada y aceptada por las partes.

CAPÍTULO I

RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR A LA MODIFICACIÓN DEL AÑO
2013

Nuestra investigación sobre las consecuencias de una declaración precontractual sobre el riesgo asegurado, incompleta o defectuosa, abordará en primer lugar el análisis del artículo 557 número 1° del CCMCH que rigió desde la entrada en vigencia del referido Código, hasta la modificación introducida el año 2013²¹³. La obligada detención en las normas actualmente sustituidas, se debe a que durante un prolongado periodo de tiempo, permanecerán los efectos de los contratos de seguros celebrados durante la vigencia de la normativa derogada²¹⁴.

Luego, analizaremos el contenido de los actuales artículos 524, 525 y 539 de nuestro Código de comercio, que regulan los efectos que se derivan del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo asegurado. Dejaremos, eso sí, el análisis de la nueva regulación para el capítulo siguiente.

²¹³ Las modificaciones introducidas el año 2013, derogaron la totalidad de las normas contenidas en el Libro II, Título VIII del CCMCH, vigente desde 1865. La razones que se observan en la historia de la Ley 20.667, apuntan a solucionar “*el divorcio entre la ley y la realidad económica*”, que ha provocado la formación de “*costumbres que van, incluso, contra el texto expreso de la ley, pero que son estrictamente observadas por las partes, porque los contratos que se ajustan a dichas costumbres, pero no a la ley, obedecen a una necesidad económica práctica imperativa*”. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Cámara de Diputados, acápite “Antecedentes”, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

²¹⁴ A modo de ejemplo, en el caso de los seguros de responsabilidad civil con cobertura por ocurrencia (*per occurrence*), celebrado el contrato entre asegurador y asegurado o contratante, la reclamación del tercero puede surgir en cualquier momento, en tanto no esté prescrita la acción de responsabilidad. Por consiguiente, la obligación condicional del asegurador en este tipo de seguro, puede transformarse en exigible cuatro o cinco años después de la expiración del plazo de duración del contrato, es decir, durante la vigencia de la nueva ley.

Nuestra investigación sobre el régimen legal decimonónico, la opinión de la doctrina y la jurisprudencia, antes de las modificaciones introducidas el año 2013, nos permite formular la tesis de contemplar nuestro derecho un régimen especial para los casos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa. La particularidad que enunciamos, no sólo se ve reflejada al apartarse la normativa del CCMCH de la disciplina general de los vicios del consentimiento²¹⁵, en determinados aspectos, sino en la existencia de un doble efecto derivado del incumplimiento a este deber de información *in contrahendo*, según veremos.

Frente a un incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo, podemos observar que confluyen normas legales (artículo 557 numeral 1° del CCMCH) y normas convencionales (contenidas en determinadas cláusulas de contratos tipo o pólizas). La norma legal contempla como efecto la rescisión en el caso de inobservancia del deber, y las normas convencionales la pérdida del derecho del asegurado a la indemnización en estructura de carga²¹⁶.

Sobre el análisis de este sistema dual que proponemos, si de efectos de una declaración del riesgo asegurado incompleta o defectuosa, se trata, nos abocaremos de inmediato.

1. EL ARTÍCULO 557 NÚMERO 1° DEL CÓDIGO DE COMERCIO CHILENO

La regulación de las consecuencias de una declaración incompleta o defectuosa sobre el riesgo asegurado, bajo el régimen

²¹⁵ DE LA MAZA, al abordar la cuestión de los deberes precontractuales de información, señala: “según la doctrina tradicional, la falta de información sólo tendría relevancia en la sede jurídica únicamente si se satisfacen los requisitos del error y del dolo en cuanto vicios del consentimiento”. No obstante, a juicio del autor, “es posible sostener que en el derecho chileno se establece un deber de informar que no resulta necesariamente coextensivo con la disciplina de los vicios del consentimiento”. DE LA MAZA (2005) p. 131. Por su parte, RUIZ-TAGLE, señala: “La eventualidad del efecto de los vicios buscaremos dimensionarla a la luz de nuestra legislación común e igualmente de acuerdo a las normas especiales que contempla el CCMCH sobre este aspecto”. RUIZ-TAGLE (2011) p. 262.

²¹⁶ Ver LAGOS (2006) p. 160.

decimonónico, estaba contenida en el artículo 557 número 1° del CCMCH, que rezaba lo siguiente:

“El seguro se rescinde:

1° Por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones”.

A nuestro parecer, para comprender el auténtico alcance de la norma que analizamos, es necesaria la investigación histórica, mediante una revisión de fuentes legales y doctrinarias.

1.1. FUENTES LEGALES Y DOCTRINARIAS

1.1.1. FUENTES LEGALES

El redactor del CCMCH, JOSÉ GABRIEL OCAMPO, probablemente, en la regulación del deber precontractual de declaración del riesgo asegurado observó la obra de SAINT-JOSEPH sobre concordancias del *Code de commerce* con Códigos Extranjeros²¹⁷. Ello, ya que OCAMPO, seguirá la estructura del artículo 251 del Código de comercio holandés de 1838 (*Wetboek van Koophandel*), que posiblemente conoció por medio de las concordancias elaboradas por el citado autor francés.

SAINT-JOSEPH, al referirse al artículo 251 del Código de comercio holandés, hace la siguiente referencia: “*come cod. fr. 348 inc.1*”²¹⁸. En consecuencia, la fuente de la norma holandesa es el artículo 348 del CCFR, por lo que esta última disposición es la fuente de nuestro Código en el caso del artículo 557 numeral 1°²¹⁹.

²¹⁷ En este sentido BRAHM (2000) p. 28.

²¹⁸ Ver SAINT-JOSEPH (1855) p. 37.

²¹⁹ El texto del primer borrador del proyecto del CCMCH, señala: “*Las declaraciones falsas o inexactas y las reticencias de aquellas circunstancias que conocidas pudieran impedir la celebración del contrato o producir alguna modificación en las condiciones anulan el seguro aun cuando no provengan de la mala de [sic] del asegurado (Holanda 251 Alauzet N° 676)*”. El Artículo 251 del Código de comercio

La determinación de la fuente epigonal legal del artículo chileno, nos permite formular que los criterios que siguió el legislador francés en la elaboración del texto del artículo 348 del CCFR, se contienen, a su vez, en la norma del artículo 557 número 1° del CCMCH.

Por su parte, la estructura del artículo 348 del CCFR no tiene una fuente normativa clara²²⁰, más bien, se sustenta en las elaboraciones de la doctrina, en concreto la tesis de POTHIER. Es opinión de este autor, que en el contrato de seguro las partes deben regirse por la buena fe, evitando ocultarse o disimular todo aquello que sepan sobre las cosas objeto del contrato, dando lugar a la nulidad en el caso de falsas declaraciones²²¹. Este criterio recogido por el artículo 348 del CCFR, se complementa con las formulaciones de la doctrina francesa *post Code civil*, que analizará el citado artículo 348 a la luz de las reglas sobre vicios del consentimiento contenidas en el *Code*, en concreto sobre el error y el dolo²²². Sobre ello nos referiremos de inmediato.

holandés (*Wetboek van Koophandel*), señalaba: “Toda la declaración falsa o indicación, o la ocultación de toda condición conocida por el asegurado, cuando de buena fe ha celebrado, que es de tal naturaleza, que el acuerdo no hubiera sido cubierto por el seguro de haber conocido el estado de la cosa, hace que el seguro sea nulo”. (*Alle verkeerde of onwaarachtige opgave, of alle verzwijging van aan den verzekerde bekende omstandigheden, hoezeer te goeder trouw aan diens zijde hebbende plaats gehed, welke van dien aard zijn, dat de overeenkomst niet, of niet onder verzekeraar van den waren staat der zaak had kennis gedragen, maakt de verzekering nietig*). [la traducción es nuestra]. El Artículo 348 del CCFR, señalaba: “Toda reticencia, toda falsa declaración del asegurado, toda diferencia entre el contrato de seguro y el conocimiento de embarque, que disminuyan o cambien la opinión sobre el riesgo anulan el seguro. El seguro es nulo en el caso que la reticencia, la falsa declaración o la diferencia no hayan influido sobre el daño o la pérdida del objeto asegurado” (*Toute réticence, toute fausse déclaration l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissance, qui diminuent ou changer l'opinion sur le risque annullent l'assurance. L'assurance est nul dans le cas que la réticence, la fausse déclaration ou à la différence n'ont influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré*). [la traducción es nuestra].

²²⁰ Véanse en este sentido QUENUAT (1828) pp. 271 y ss.; GRÜN Y JOLIAT (1828) p. 260.

²²¹ POTHIER (1948) pp. 80 y ss.

²²² En materia de fuentes, a nuestro juicio, la *Ordonnance de la marine de 1681* no es fuente directa del artículo 348 del *Code de commerce* de 1807. La *Ordonnance* – específicamente el *article 22* – es fuente directa del artículo 357 del *Code de Commerce*, norma que se repite de manera exacta, considerando la nulidad o *ristourne* del contrato, en el caso de exceso de valoración de las

1.1.2. FUENTES DOCTRINARIAS

OCAMPO, en la elaboración del artículo 557 numeral 1° del CCMCH se refiere a ISIDORE ALAUZET, como fuente doctrinaria²²³.

En opinión de ALAUZET, el asegurador debe ser puesto en la situación o posibilidad de apreciar correctamente el riesgo, al momento de asentir en la asunción del evento de peligro²²⁴. Sobre esta declaración o suministro de información, ALAUZET señala, “que no basta que la declaración sea exacta en cuanto a las circunstancias materiales del objeto asegurado y del valor que representa, es necesario que todas las circunstancias que permitan al asegurador apreciar el riesgo, sean enumeradas”²²⁵.

ALAUZET sostiene que la declaración inexacta, puede tener su origen en el fraude o el error, vicios que dan lugar a la nulidad del contrato de seguro, con la excepción de quedar siempre obligado el asegurado al pago de la prima en el caso del fraude²²⁶. No aclara este autor, de qué tipo de nulidad se trata. Considerando que ALAUZET indica como causas de la nulidad el error y el fraude (dolo), en el contexto de

mercaderías aseguradas. Véanse en este sentido GRÜN Y JOLIAT (1828) p. 260. Por su parte, ALAUZET, hace referencia a la ordenanza de Barcelona de 1548 específicamente su artículo 15 que consagra, a su juicio, el “principio incontestable de no poder exceder el seguro del valor mismo del riesgo”. Este mismo autor analiza, además, *l’ordonnance des Pays-Bas* que adiciona a la regla contenida en la ordenanza de Barcelona, la facultad del asegurador de retener un porcentaje de la prima. ALAUZET (1844) pp. 228 y ss. Sin embargo el análisis de este jurista apunta a diversas causas de *ristourne* (nulidad) del contrato, sin precisar sobre las declaraciones inexactas o reticencias, en cuanto fuentes del artículo 348 del CCFR. Es nuestra opinión, que la estructura del artículo 348 del CCFR es original en su redacción, y se inspira en las posturas doctrinarias anteriores a su entrada en vigencia, fundamentalmente aquellas que ubican como principio rector de las relaciones entre asegurador y asegurado, la buena fe. En cuanto a la información que el asegurado debe entregar, su deber *ex bona fide* tiene como fundamento la absoluta confianza que deposita el asegurador en el contratante del seguro. Se trata de una relación de máxima fidelidad.

²²³ Ver BRAHM (2000) p. 262.

²²⁴ ALAUZET (1844) p. 227.

²²⁵ ALAUZET (1844) p. 379.

²²⁶ ALAUZET (1844) p. 415.

los vicios del consentimiento, se trata, a nuestro juicio, de la nulidad relativa en la estructura del derecho común francés, sin más²²⁷.

Terminando nuestro análisis de fuentes históricas, es nuestro parecer, que el artículo 557 número 1° del CCMCH tiene un claro influjo de corte francés, por lo que los efectos que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa se ajustan a los criterios que vienen impuestos por la buena fe, la disciplina general sobre vicios del consentimiento y la nulidad relativa. Ello, sigue la tesis de la doctrina francesa, partiendo por las formulaciones de POTHIER, que luego serán seguidas por los exégetas franceses del siglo XIX, como ALAUZET, GRÜN y JOLIAT, y QUENAUT²²⁸.

1.2. LA RESCISIÓN DEL ARTÍCULO 557 CÓDIGO DE COMERCIO

1.2.1. REVISIÓN DE LA DOCTRINA CHILENA

Sobre el vocablo rescisión, la doctrina chilena reciente ha sostenido que debe entenderse en sentido amplio de quedar o dejar sin efecto²²⁹. No se trata de un sinónimo unívoco de nulidad relativa.

²²⁷ Ver JOSSERAND (2008) p. 42.

²²⁸ PARDESSUS, al referirse a la nulidad por declaraciones falsas o erróneas (*du ristourne pour déclarations fausses ou erronés*), inicia su análisis estableciendo como premisa la necesidad del asegurador de conocer y el derecho a exigir se declaren todos aquellos riesgos a los que está expuesta la cosa. Este autor, al referirse a todos los riesgos, quiere poner hincapié en la necesidad de entregar toda la información: valores de las mercaderías, nombre de la nave y su capitán, rutas etc. Todo ello influye en la opinión que se formará el asegurador (*assureur*) sobre el riesgo (*l'risque*). PARDESSUS (1856) p. 482. Por su parte, GRÜN y JOLIAT, al abordar el análisis sobre las obligaciones del asegurado al momento de celebrar el contrato (*obligations l'assuré, au moment au le contrat se passe*), entregan una premisa relevante en nuestro análisis sobre el deber precontractual de información del estado del riesgo. Señalan estos autores, que el asegurador (*assureur*) no tiene la posibilidad de verificar la exactitud y veracidad de las declaraciones, por lo que actúa sobre la buena fe y “una condición tácita de ser conformes las declaraciones a la verdad”. Consecuencia de ello, el asegurado “debe hacer declaraciones completas y exactas”.²²⁸ El asegurado, sostienen estos autores, “debe entregar al asegurador toda la información (*renseignemens*) que sea útil al asegurador”. GRÜN Y JOLIAT (1828) pp. 259-260.

²²⁹ Sobre el sentido de la palabra rescisión véanse: POTHIER (1839) p. 33; POTHIER (1841) p. 331; SALA (1844) pp. 168 y ss.; DEL VISO (1857) p. 162; LASTARRIA (1864)

Es inevitable, en consecuencia, precisar qué quiso decir nuestro legislador en el caso del artículo 557 número 1° del CCMCH.

Nuestra doctrina, al abordar las consecuencias que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, no es clara. Lo difuso se refleja en determinadas afirmaciones, como considerar que el deber precontractual de declarar el riesgo asegurado es una carga²³⁰, en sentido técnico-jurídico, y luego, al momento de abordar los efectos que se derivan de la inejecución del deber, los autores apuntan a la nulidad relativa del contrato en el contexto de los vicios del consentimiento.

Como ejemplo de lo anterior, BAEZA al abordar el deber de declarar el riesgo en el contexto del artículo 556 número 1° del CCMCH, se pregunta si este deber de información constituye “propriadamente una obligación”. El autor concluye que “parece que no, puesto que su infracción no da origen a acciones tendientes al cumplimiento o terminación del contrato, sino a la acción de nulidad, según lo prevenido en el número 1° del artículo 557 del Código” [sic]²³¹. La rescisión del artículo 557 número 1° es nulidad, en la tesis de BAEZA.

Sobre lo mismo, CONTRERAS, analiza los artículos 556 número 1° y 557 número 1° del CCMCH, en un doble contexto. Primero, al abordar los vicios del consentimiento en el contrato de seguro²³², y luego, al referirse a las obligaciones del asegurado. Con todo, a juicio de CONTRERAS, el

p. 238; FABRES (1908) pp. 99 y ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, (1942) p. 322; ALESSANDRI BESA (1949) pp. 69 y ss.; MEZA (1979) p. 56; DUCCI (1988) p. 316; CLARO SOLAR (1992) pp. 579 y 582; ABELIUK (1993) p. 144; GUZMÁN BRITO (1997) p.25; BARAONA (2006) p. 539; VIAL (2007) p. 257; BARAONA (2007) pp. 659-669. ALCALDE (2009) p. 77.

²³⁰ BAEZA (2001) pp. 114; en el mismo sentido ACHURRA (2005) p. 50; LAGOS (2006) p. 160; SANDOVAL (2007) pp. 208 y ss.; BARROILHET (2007) p. 37; RUIZ-TAGLE (2011) p. 231.

²³¹ Ver BAEZA (2001) pp. 79-114.

²³² Este es el tratamiento que recoge nuestra jurisprudencia, al señalar, que “*de conformidad con lo dispuesto en el décimo [sic] numeral del artículo 556 del Código de Comercio, el asegurado está obligado a declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos. Esta carga del asegurado es de capital importancia para la formación del consentimiento en el contrato de seguro, pues será en función de ella que su co-contratante se incline a aceptar o no el riesgo*”. Margarita Melo Rojas con Compañía de Seguros Cardif S.A. (2011).

incumplimiento del artículo 556 numeral 1° citado acarrea la nulidad del contrato²³³.

Hay otros autores que derechamente señalan, que la infracción al deber precontractual de declaración del riesgo provoca un vicio del consentimiento, que acarrea la nulidad del contrato²³⁴.

A nuestro parecer, la tesis de nuestra doctrina tradicional incurre en contradicciones similares a las que esbozamos en la primera parte de nuestra exposición sobre la doctrina italiana, al ser considerado el deber precontractual de declaración del riesgo como una carga de información, cuya inejecución provoca la invalidez del contrato de seguro²³⁵. Se trataría de una carga legal *in contrahendo*, que constituye un presupuesto de validez del contrato de seguro.

No obstante, nuestra reciente doctrina introduce una perspectiva que parece ajustarse, de mejor modo, a la *Voraussetzungstheorie*. Así, por ejemplo, a juicio de LAGOS, la inejecución de la carga de declaración del riesgo, acarrea la rescisión del contrato, “provocando una ineficacia del derecho del asegurado a su indemnización”²³⁶. Este autor, a nuestro parecer, no circunscribe necesariamente el efecto de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa a la nulidad relativa del contrato, acercándose a la tesis de BRUCK sobre la naturaleza del deber precontractual de declaración del riesgo.

A propósito de este problema, RUIZ-TAGLE, al referirse al sentido de la rescisión del artículo 557 número 1° del CCMCH, sostiene que no se trata de un sinónimo de nulidad ni de resolución, sino que debe entenderse como una sanción que hace ineficaz al contrato. Luego, este autor, se apoya en el concepto de carga que da LAGOS, cuya inejecución acarrea la liberación del asegurador de su obligación de indemnizar²³⁷. Pareciera que RUIZ-TAGLE busca asimilar el efecto de la inejecución del

²³³ Ver CONTRERAS (2011) p. 1192; ACHURRA (2005) p. 51; LAGOS (2006) p. 161; SANDOVAL (2007) p. 210; BARRIENTOS (2008) p. 93; BARROILHET (2007) p.247.

²³⁴ En este sentido AMUNÁTEGUI (2011) p. 322.

²³⁵ Ver primera parte, capítulo I, número 1.1.4., sobre la naturaleza del deber precontractual de declaración del riesgo.

²³⁶ LAGOS (2006) p. 162.

²³⁷ RUIZ-TAGLE (2011) p. 283.

deber de declaración del artículo 556 número 1° del CCMCH, a la falta de eficacia del contrato en el contexto de carga en su sentido técnico-jurídico, que no compartimos en el contexto del artículo 557 del CCMCH, según veremos.

Por su parte, nuestra jurisprudencia - escasa en la materia, ya que por lo general el tema es resuelto en el ámbito de la justicia arbitral²³⁸ - sigue el criterio de la doctrina chilena tradicional en cuanto a considerar la nulidad relativa, como el remedio que procede frente a la inejecución del deber de declarar el riesgo, en su fase *in contrahendo*, en aplicación de los artículos 556 número 1° y 557 número 1° del CCMCH, en su contenido previo a la reforma del año 2013²³⁹.

1.2.2. NUESTRA TESIS

En nuestra opinión, el vocablo rescisión denota una oscuridad al ser una expresión a la que es posible atribuir diversos sentidos. Tal diversidad de sentidos, aparece en el contexto del artículo 557 del CCMCH, que da a la rescisión un alcance amplio de dejar o quedar sin efecto, de modo que podemos entenderlo como nulidad, resolución, terminación o disolución.

No obstante, en el caso del numeral primero del artículo 557 del CCMCH, la interpretación ha de ser más restrictiva y considerar que estamos frente a un claro caso de nulidad relativa, siendo diversas las razones que nos dan sustento.

²³⁸ Esta supuesta falencia de fallos jurisprudenciales obedece, más bien, a una falta de visibilidad de los fallos sobre seguros, a juicio de LAGOS. LAGOS (2012) p. 119.

²³⁹ Véanse: *Cía. de Seguros Sud América con Joaquín Contreras Canto*. (1904); *Mera con Cía. de Seguros La Germano Ch* (1932); *Compañía de Seguros Allianz S.A con Trans Warrants Ltda.* (1997); *Natalia Soto Fuentes con Compañía de Seguros Cruz del Sur S.A.* (2001); *Distribuidora Comercial S.A. con Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur S.A.* (2008); *Laser Medicine Technology S.A. con Royal and Sun Alliance Seguros Chile S.A.* (2009); *Meyer Flores, Norma Herminia y otros contra Seguros de Vida Security Previsión Vida S.A.* (2009); *María Inés Quintero Pérez con Chubb de Chile Compañía de Seguros Generales S.A.* (2010); *Margarita Melo Rojas con Compañía de Seguros Cardiff S.A.* (2011); *Arbitro Juan Eduardo Infante, en sentencia del 23 de Septiembre del 2002, en www.aida.cl, registro de fallos* (2002).

Los textos de los borradores del proyecto del CCMCH, señalan que las declaraciones falsas o inexactas o las reticencias de aquellas circunstancias que conocidas pudieran impedir la celebración del contrato o producir alguna modificación en las condiciones *anulan el seguro*²⁴⁰. Por su parte, las fuentes legales epigonales de la norma, artículo 251 del Código de comercio holandés de 1838 y artículo 348 del CCFR, apuntan del mismo modo a la nulidad del contrato. Lo mismo ocurre con la tesis de ALAUZET que ya hemos referido con anterioridad. No hay, en consecuencia, razones que permitan interpretar la norma del artículo 557 número 1° del CCMCH, dando un sentido a la palabra rescisión diverso de la nulidad relativa. Este es, a nuestro parecer, el significado considerado por el legislador al establecer la norma y no otro.

1.3. LA NULIDAD RELATIVA DEL ARTÍCULO 557 NÚMERO 1° DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Determinado, en nuestra opinión, que el artículo 557 número 1° del CCMCH se refiere a nulidad relativa, abordaremos a continuación, las causales de invalidez que contiene la citada norma y, además, las particularidades que subyacen en el caso de la nulidad relativa del contrato de seguro, en relación a las normas sobre vicios del consentimiento contenidas en el derecho común.

1.3.1. CAUSALES DE NULIDAD CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 557 NÚMERO 1° DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El artículo 557 número 1° del CCMCH, contempla tres presupuestos diversos de incumplimiento que hacen defectuoso el proceso de formación del contrato de seguro: declaraciones falsas, declaraciones erróneas y las reticencias.

Si bien, en principio, debieran aplicarse las reglas generales de los artículos 1451 y siguientes, y 1681 y siguientes del Código civil, veremos que la norma mercantil contempla diferencias relevantes en relación al

²⁴⁰ El texto del borrador del CCMCH, señala: “*Las declaraciones falsas o inexactas y las reticencias de aquellas circunstancias que conocidas pudieran impedir la celebración del contrato o producir alguna modificación en las condiciones anulan el seguro aun cuando no provengan de la mala de [sic] del asegurado (Holanda 251 Alauzet N^a 676)*”. Ver en BRAHM (2000) pp. 262 y 456.

derecho común, según los casos²⁴¹. Por esta razón, entre otras, nuestro derecho contempla en el artículo 557 número 1° citado una regulación especial sobre los efectos que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa.

1.3.1.1. DECLARACIONES ERRÓNEAS: EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

La problemática del error, en el contexto de las *declaraciones erróneas* del artículo 557 número 1° del CCMCH, nos obliga a determinar, si es posible ajustarse a los casos de errores típicos que contempla nuestro Código civil²⁴², y en tal caso, si se trata de un error esencial, sustancial o accidental²⁴³.

A nuestro parecer, las declaraciones erróneas del artículo 557 número 1° del CCMCH, apuntan al error vicio del consentimiento que regulan los artículos 1450 y siguientes del Código civil²⁴⁴. La dificultad, según veremos, está en determinar a qué supuesto o tipo de error se refiere la norma mercantil que analizamos.

Las respuestas de nuestra doctrina no son coincidentes. Es opinión de CONTRERAS, que el artículo 557 número 1° del CCMCH, contempla un caso de error esencial, por afectar a un elemento de la

²⁴¹ Esta parece ser la *opinio iuris* de nuestra jurisprudencia reciente, al señalar que la regulación contenida en los artículos 556 número 1° y 557 número 1° del CCMCH “sobrepasan las huellas que trazó el Código Civil en los artículos 1452 y siguientes que describen los vicios del consentimiento”. *Torres Ruiz Carmen con Banco de Crédito e Inversiones y AXA Seguros de Vida S.A.* (2001).

²⁴² Ver BAEZA (2001) p. 80.

²⁴³ RUIZ-TAGLE, trata la cuestión sobre el error vicio del consentimiento, abordando los conceptos generales de la doctrina y luego limitándose al error en la persona y su relevancia en los seguros de vida. RUIZ-TAGLE (2011) pp. 263 y ss.

²⁴⁴ Parte de nuestra doctrina, incorpora como presupuesto del error sustancial, que sea determinante. Véanse: VIAL (2003) p. 96; ALESSANDRI BESA (2008) pp. 28 y ss.; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 70. En este supuesto, el artículo 557 número 1° se aparta de la regulación del Código civil, ya que contempla la posibilidad de anular el contrato, en aquellos casos en los que de haber conocido el asegurador el verdadero estado del riesgo, este hubiera contratado, pero en otras condiciones. Se elimina el requisito de ser determinante el error.

esencia del contrato de seguro: el riesgo²⁴⁵.

Sobre la tesis de CONTRERAS nos apartamos. En nuestra opinión, para enfrentarnos a un supuesto de error esencial, debe tratarse de un riesgo que no es idéntico al que se representan las partes; como si el asegurador en su calidad de *errans* cree asumir un riesgo de incendio y el asegurado pretende traspasar las consecuencias de un riesgo de robo. Lo que señalamos coincide con lo que entiende parte de la doctrina chilena sobre el error esencial, en el sentido que debe tratarse de una diversidad absoluta²⁴⁶. El artículo 557 número 1° del CCMCH, al referirse a las declaraciones erróneas, no contempla una hipótesis de error por falta absoluta de identidad, que se ajuste a los presupuestos del artículo 1453 del Código civil²⁴⁷.

Por su parte, LAGOS opina, que el artículo 557 número 1° del CCMCH contempla un caso de error accidental. Señala LAGOS, que “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 la cualidades accidentales que vicia el consentimiento”²⁴⁸.

Nos apartamos también de la tesis de LAGOS, ya que en nuestra opinión, la exigencia del artículo 557 número 1° del CCMCH de ser objeto de la declaración aquellas circunstancias de carácter relevante, excluiría la posibilidad de considerar que se trata de datos accidentales²⁴⁹, pues, no se trata de lo accesorio - aunque sean mirados como motivo principal para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte, como reza el inciso segundo del artículo 1454 del Código civil - sino de la calidad esencial del evento de peligro²⁵⁰. El riesgo está compuesto por una serie de datos, que constituyen en su conjunto, y no aisladamente, la calidad

²⁴⁵ CONTRERAS (2002) p. 119.

²⁴⁶ Ver por todos DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 66.

²⁴⁷ Ver por todos VIAL (2007) pp. 90 y ss.

²⁴⁸ Ver LAGOS (2005) pp. 160 y ss.

²⁴⁹ CLARO SOLAR (1937) p. 173.

²⁵⁰ Como sostiene ALESSANDRI BESA, el error en la calidad accidental, es aquel, que por su naturaleza no forma parte de la calidad esencial de la cosa. ALESSANDRI BESA (2008) p. 32.

esencial del objeto sobre la que versa el seguro²⁵¹. Como hemos señalado en la primera parte de nuestra investigación, el asegurador, de un universo de datos, filtra qué es significativo y qué no lo es en la determinación del riesgo asegurado. Esta determinación interesa a los dos contratantes, asegurador y tomador, al primero por cuanto puede evaluar el riesgo circunscribiéndolo, y al segundo por cuanto obtiene un amparo concreto. Por lo tanto, un incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo altera la calidad esencial del riesgo.

En consecuencia, el artículo 557 número 1° del CCMCH se refiere al error sustancial del artículo 1454 inciso 1° del Código civil²⁵². Ello, ya que en el contrato de seguro la calidad esencial del objeto sobre que

²⁵¹ En cuanto a qué debemos entender por el objeto sobre que versa el acto o contrato, es nuestro parecer que no se limita a una cosa o bien en específico, sino a la materia del contrato, que en el caso del seguro se identifica con el riesgo asegurado. Ver en este sentido DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 69

²⁵² Nuestra jurisprudencia ha fallado lo siguiente: *“Que esta Corte ya ha tenido oportunidad de precisar cuándo debe estimarse que se está frente a un error sustancial, con motivo de la dictación de la sentencia recaída en los autos ingresados bajo el N° 751-07. En efecto, se expuso en esa oportunidad que según el profesor Avelino León Hurtado, el error sustancial constituye, sin discusión, un vicio del consentimiento, porque si bien éste se forma, existe un falso concepto de la realidad que autoriza para pedir la rescisión del contrato. De acuerdo a este autor, es difícil precisar qué debe entenderse por calidad esencial, puesto que podría juzgarse con un criterio subjetivo, esto es, atendiendo a la intención del contratante que padece el error, o bien con uno objetivo, tomando en cuenta lo que normalmente debe entenderse como calidad esencial o atributos esenciales que dan a una cosa su fisonomía propia (Avelino León Hurtado, "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, 1952, página 195). La doctrina francesa de comienzos del siglo XIX -sigue el autor en la cita-, se afirmó también en ese fallo, echó mano en general a un criterio objetivo para establecer el error sustancial, circunscribiéndolo únicamente al error que recaía sobre la sustancia misma de la cosa; posteriormente, Laurent, siguiendo la doctrina de DOMAT y POTHIER, manifestó que el error sobre la sustancia es, pues, un error sobre las cualidades, pero todo error sobre las cualidades no es sustancial, sino que es necesario que recaiga sobre una cualidad principal y es la intención de las partes la que decidirá si una cualidad es principal o no, es decir, es preciso determinar lo que las partes han tenido en mira al contratar. La cuestión es en definitiva, por ende, una de intención, y es el juez el que deberá decidir según las circunstancias de la causa. Surge nítidamente en el error sustancial la diferencia entre el que recae en la conformación material de la cosa y aquel que está referido a la calidad esencial del objeto”.* Consorcio de Transportes Trancura Limtada contra Tocale Tuna, Romilio Perfecto (2010).

versa el acto o contrato, es el riesgo. Si esta calidad es diversa de lo que se cree, hay error sustancial.

1.3.1.2. DECLARACIONES FALSAS: EL DOLO

El artículo 557 número 1° del CCMCH contempla de forma expresa el dolo vicio del consentimiento, y para el caso de contravención la nulidad relativa. Al vicio dolo se refiere nuestro legislador, cuando alude a la declaración falsa²⁵³. Esta falsedad debe tratarse de una maquinación destinada a engañar, con el fin de obtener la cobertura que ofrece el asegurador o lograr una ventaja (mejor cobertura o precio)²⁵⁴.

En nuestro derecho, la regla general considera como vicio del consentimiento sólo al dolo principal, esto es, aquel dolo que es causa determinante en la manifestación de la voluntad del *deceptus*²⁵⁵. Así reza, por lo demás, el artículo 1458 del Código civil, según el cual “el

²⁵³ En este sentido BAEZA (2001) p. 79; en el mismo sentido RUIZ-TAGLE (2011) p. 269.

²⁵⁴ En nuestra doctrina, AMUNÁTEGUI sostiene que la declaración falsa del artículo 557 número 1, ya citado, constituye presunción de dolo. AMUNÁTEGUI (2011) p. 321. Sobre el concepto de dolo en nuestra doctrina véanse: CLARO SOLAR (1937) p. 220; VIAL (2003) p. 115; ALESSANDRI BESA (2008) p. 62; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p.84. La doctrina italiana recoge, en el caso del contrato de seguro, una acepción del dolo más amplia. En tal sentido, sostiene SOLIMANDO, que el dolo no implica únicamente una intención fraudulenta. Habrá dolo, cuando el contratante se represente la posibilidad de engañar al asegurador, provocando la imposibilidad de seguir correctamente el procedimiento de valoración del riesgo e introducir el riesgo en la masa de riesgos asegurados. Según esta autora, la jurisprudencia italiana (que recurre al artículo 1439 del Código civil) estima que habrá dolo cuando el contratante voluntariamente esconde al asegurador el verdadero estado de la cosa, por pagar un precio más bajo o para evitar un rechazo de la cobertura del riesgo. SOLIMANDO (2001) pp. 38-39.

²⁵⁵ En este sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) pp. 91 y ss. Sobre la distinción entre dolo principal o determinante y dolo incidental, en nuestra doctrina, CLARO SOLAR, entiende por dolo principal aquel que “ha sido el motivo determinante de la declaración de voluntad, el que ha determinado a la parte engañada a contratar, *dolus dans causam contractui*”. En cuanto al dolo incidental, CLARO SOLAR entiende que se trata de aquel “engaño sobre algunos accesorios o accidentes del contrato”. Sobre los efectos, el citado autor sostiene que el dolo principal vicia el consentimiento, no así el dolo incidental. CLARO SOLAR (1937) p. 224. Sobre el dolo en la doctrina extranjera véanse: STOLFI (1959) p. 193; GALGANO (1988) p. 285. SANTORO-PASSARELLI (1954) pp.152-152; DE RUGGERIO (1934) pp. 254-255; ROJO (1994) pp. 15 y ss.; JOSSE RAND (2008) p. 59; GAUDEMET (2000) p. 89.

dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado”.

No obstante, el artículo 557 número 1° del CCMCH, da lugar a la nulidad del contrato cuando la declaración falsa recae en circunstancias que, *conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones*. Contempla la disposición mercantil dos supuestos de dolo. El primero corresponde a los casos en que el asegurador se retrae de la celebración del contrato, por tratarse de antecedentes falsos, de un engaño determinante, ya que sin él no se hubiera contratado, como indica la norma del derecho común. El segundo supuesto, se aparta claramente del dolo principal, ya que se trata de una falsedad que no impide asentir en la asunción del riesgo, más bien, apunta a la posibilidad de considerar un cambio de condiciones, como precio o prima, condiciones de cobertura, según los casos. Se trata en este último caso del llamado *dolus incidens*, entendido como aquel engaño que tiene por objeto obtener una ventaja, que no da lugar a la nulidad en el sistema general sobre vicios del consentimiento, sin embargo, en el seguro no es admitido, quedando comprometida la eficacia del contrato²⁵⁶.

A nuestro parecer, la norma sobre el dolo del artículo 557 número 1° es más rigurosa que la contemplada en el derecho común²⁵⁷. En el

²⁵⁶ En cuanto al dolo incidental (dolo no determinante) como causa de nulidad, ALESSANDRI BESA, al abordar el artículo 557 número 1° del CCMCH, señala que se trata de una excepción a la regla general del artículo 1458 inciso 2° del Código civil, ya que “se sanciona con la nulidad relativa un dolo que no ha sido determinante del contrato”. ALESSANDRI BESA (2008) Tomo II, p. 64. Sobre el dolo incidental como causa de nulidad del contrato de seguro, véanse PICARD y BESSON (1964) p. 112; PELAGGI (1967) p. 231; RUIZ (1991) p. 16

²⁵⁷ BAEZA, destaca que la expresión falsa del artículo 557 número 1 del CCMCH quiere decir dolo, y sobre ello sostiene que la norma mercantil es más severa que la contenida en el artículo 1458 del Código civil, ya que este último sólo contempla la posibilidad de nulidad del contrato en el caso del dolo principal. BAEZA (2001) p. 79. En el mismo sentido: RUIZ-TAGLE (2007) p. 593. En la doctrina italiana, VITERBO señala, que el artículo 429 del Código de comercio de 1882, a diferencia del artículo 1.110 del Código civil (1865), contempla como causal de nulidad el *dolus incidens*, en el error provocado por dolo al asegurador. Ello se ajusta a la norma mercantil, cuando se refiere a la nulidad en aquellos casos en los que el asegurador hubiera prestado su consentimiento pero en condiciones diferentes. El dolo incidental, está excluido como causal de nulidad en el Código civil italiano, y

caso del contrato de seguro, la información sobre el riesgo, no admite las artimañas o los juegos propios del comerciante que se desenvuelve en el plano del denominado *dolus bonus* con el fin de obtener mejores condiciones para negociar o alguna ventaja. Todo aquello que es relevante o influyente en la fijación del precio del seguro y en la decisión del asegurador de asumir o cargar el riesgo asegurado, debe ser informado. Se excluye, en consecuencia, toda declaración falsa o engañosa, que induzca a celebrar el contrato o impida fijar condiciones adecuadas. Con ello, no sólo se protege el equilibrio del contrato, sino que se cuida de la comunidad de riesgos en la que se sustenta la operación económica del asegurador.

1.3.1.3. LA RETICENCIA

La reticencia la entenderemos como la falta de entrega de información por parte del contratante o tomador. En el contexto del derecho común, la doctrina distingue entre simple reticencia, que no afecta en la eficacia del contrato y la denominada reticencia dolosa o dolo omisivo²⁵⁸. Veremos de inmediato si esta distinción es admitida en el contrato de seguro.

La reticencia u omisión en la entrega de información, no es dolo vicio, sino cuando hay intención de engañar, tal engaño ha sido determinante en la manifestación de voluntad del contratante, y es obra de la otra parte²⁵⁹. Esta es la regla general, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1458 del Código civil²⁶⁰. El dolo principal en su lado negativo se identifica con la reticencia.

sólo da derecho a la indemnización de perjuicios en el caso que haya existido daño. VITERBO (1948) p. 204. En la doctrina francesa, PICARD y BESSON, esbozan el mismo criterio que la doctrina italiana, sobre el artículo 348 del CCFR. PICARD y BESSON, (1964) p. 112.

²⁵⁸ Véanse FABRE-MAGNAN (1992) pp. 284 y ss.; ROJO (1994) pp. 254 y ss.

²⁵⁹ Ver por todos DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) pp. 89 y ss.

²⁶⁰ Ver BARROS (2006) p. 1026. En la doctrina italiana, es opinión de PELAGGI, que la disciplina del dolo omisivo en el contrato de seguro, tiene una característica especial, ya que se aparta de la disciplina del dolo en general. En todos los contratos subsiste la exigencia de la exacta declaración de los contratantes para la determinación del objeto del contrato o del objeto de la prestación contractual; tal exigencia adquiere un relieve muy especial en el contrato de seguro. De hecho, el asegurador debe ser puesto en un grado de valoración del riesgo con la mayor

No obstante, la norma mercantil se aparta considerablemente del sistema general sobre vicios del consentimiento en este punto. Ello, ya que se admite como causa de nulidad del contrato la simple reticencia, esto es, aquella que no va necesariamente unida a maquinaciones fraudulentas que buscan el engaño²⁶¹. Las razones que esbozaremos son varias.

Por un lado, debemos considerar que la reticencia se relaciona con la imposición de un deber de informar *in contrahendo*, que en el caso del contrato de seguro ha sido establecido en concreto por el legislador. En tal sentido, si nos detenemos en la norma del artículo 556 número 1° del CCMCH, es nuestra opinión, que nuestro derecho en la visión del legislador del siglo XIX, impuso, a diferencia de otros códigos de la época, el deber de declarar el riesgo de manera concreta, expresa, no se infiere de una norma prohibitiva como ocurría en el derecho francés con el artículo 348 del CCFR o en el derecho italiano con el artículo 429 del Código de comercio de 1882, o como ocurre con los actuales artículos 1892 y 1893 del Código civil²⁶².

La norma chilena exige al contratante declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos. En consecuencia, la regla del artículo 556 número 1° del CCMCH, no admite excepciones, se trata de una disposición exigente, que impone la carga de informar todo aquello que sea relevante o influyente en la decisión de contratar, en la

precisión posible, para decidir en orden a la asunción y para poder adaptarlo a la prima. PELAGGI (1967) p. 219; en el mismo sentido véanse: GAZARRA (1974) p. 47; LETTA (1997) pp. 182-183; MENICHINO (2001) p. 878.

²⁶¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 90. En la doctrina italiana, es opinión de MENICHINO, que la reticencia dolosa o la hipótesis de dolo omisivo no puede fundarse sobre una violación a un deber general de informar. MENICHINO (2001) p. 878. Por su parte, ALTAVILLA, sostiene que la reticencia “es la expresión técnica que define el involuntario silencio doloso”. ALTAVILLA (1941) p. 156. Se opone a la tesis de ALTAVILLA, VIANELLO, quien sostiene que la reticencia debe ser voluntaria, y lo es cuando se trata de una omisión consciente. VIANELLO (1991) p. 152. Por su parte, en la doctrina española, GARRIDO y COMAS, sostiene que la reticencia “es el silencio voluntariamente guardado para con la entidad aseguradora, acerca de hechos o circunstancias susceptibles, por su condición, de influir en la opinión que del riesgo se forma el asegurador”. GARRIDO y COMAS (1952) p. 24.

²⁶² Ver GARRIGUES (1973) p. 60.

determinación de la fijación de la prima, y en general, en la fijación de las condiciones de cobertura del riesgo. El legislador, en esta dimensión, no admite que el contratante calle u omite, independiente de su estado subjetivo.

Por otro lado, el artículo 557 número 1° de nuestro CCMCH distingue entre declaraciones falsas o erróneas o las reticencias. Como ya señalamos al inicio de este acápite sobre los defectos en la formación del contrato de seguro, la norma citada contempla presupuestos diversos de incumplimiento del deber precontractual de declarar el riesgo: el dolo, en el caso de declaraciones falsas, el error, en el caso de declaraciones erróneas, o la reticencia. Surge la siguiente interrogante ¿Por qué considerar el dolo y la reticencia como causas diversas que acarrearán la nulidad del contrato?²⁶³ Ello se debe, en nuestra opinión, a

²⁶³ Por una parte, nuestra jurisprudencia al referirse a la reticencia del artículo 557 número 1° del CCMCH, la asimila al dolo por omisión. *Natalia Soto Fuentes con Compañía de Seguros Cruz del Sur S.A.* (2001). Por otra parte, en cuanto a que puede callar el asegurado o contratante, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido: “11°. *Que por otra parte, teniendo en consideración el alcance amplio y genérico de la estipulación contenida en la póliza, relativa a la identificación de los bienes muebles objeto del seguro, no es posible afirmar que el asegurado haya incurrido en reticencias sustanciales al momento de proponer y contratar el seguro, al no informar al asegurador de la existencia de un faltante detectado con anterioridad, puesto que a este respecto aparece claro que el asegurado quedó relevado de la obligación de especificar en cada caso el contenido de cada uno de los depósitos de esos bienes que en calidad de almacenista podría recibir, lo que confirma el hecho que tanto la cantidad de las mercaderías depositadas como su naturaleza específica, quedó sujeta a las variaciones propias de los contratos de depósitos de los de esta especie, circunstancia que fue expresamente prevista por las partes; 12°. Que desde otro punto de vista, puede concluirse que la obligación legal del asegurado en orden a declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada, que impone el artículo 556 N° 1 del Código de Comercio reviste especial importancia en aquellos casos en que los bienes asegurados resultan ser uno o más perfectamente individualizables por su género, especie, cantidad, calidad, ubicación, estado u otros elementos que permitan diferenciarlos singularmente y son por lo tanto esos objetos específicos sobre los cuales recae el seguro, quedando delimitado el riesgo y la responsabilidad del asegurador sólo respecto de esos bienes. Sin embargo, la obligación que dicha norma impone al asegurado puede modificarse sustancialmente en aquellos casos en que otra norma legal o el acuerdo de las partes, permiten contratar un seguro sin una determinación inicial de las cosas aseguradas, es decir sin una designación específica de los bienes que serán objeto del mismo, casos en los cuales, la responsabilidad del asegurador, una vez producido el siniestro, queda*

que la simple reticencia en el contrato de seguro produce nulidad, ya que el asegurador, en la mirada de OCAMPO carece de los medios para obtener la información relevante sobre el riesgo que asume, quedando en manos del asegurado el impulso de la entrega de los datos que componen el riesgo asegurado²⁶⁴.

En principio, nada se puede callar, por lo que el contratante debe decir o declarar todo lo que se sabe²⁶⁵. Siguiendo la opinión de PARRELLA en la doctrina italiana, a propósito de la reticencia del artículo 429 del Código de comercio de 1882, si bien en el comercio es aceptada la mentira o simulación, en el caso del contrato de seguro se exige la mayor prudencia y veracidad, por cuanto hay un deber jurídico de decir la verdad²⁶⁶.

No obstante, a pesar de la rigurosidad de la norma mercantil, hay límites. El asegurado sólo deberá informar sobre aquello que conoce²⁶⁷. Por su parte, bajo los estándares de contratación actual y masiva, el asegurador debe colaborar con el asegurado en la entrega de información, a lo menos, en la determinación de aquellos datos que son relevantes, justificado ello en la cualificación técnica o de especialista de las compañías de seguro²⁶⁸. En consecuencia, la reticencia queda circunscrita, a los datos que se contienen en el cuestionario o formulario de preguntas que entrega el asegurador al tomador del seguro.

Terminando nuestro análisis sobre la reticencia del artículo 557 número 1° del CCMCH, es nuestro parecer, que la norma trata un concepto de omisión amplio, no asimilable al dolo como criterio excluyente, sino que comprende todo aquello que calle el asegurado, aunque esté de buena fe, siempre que se trate de circunstancias requeridas o preguntadas, y relevantes. En consecuencia, la norma mercantil se aparta de los criterios que vienen impuestos en el derecho

limitada al valor y existencia de los objetos asegurados que el asegurado justifique. Compañía de Seguros Allianz SA con Trans Warrants Ltda (1993). Ver Capredena con Renta Nacional (2006).

²⁶⁴ Ver por todos FIORENTINO (1941) pp. 52-53.

²⁶⁵ Ver VIVANTE (1922) p. 182

²⁶⁶ PARRELLA (1930) p. 756.

²⁶⁷ VISINTINI (1971) p. 445.

²⁶⁸ Véanse: RUBIO (2003) p. 35; VEIGA (2008) p. 3; RUIZ-TAGLE (2007) p. 597.

común, si de reticencia en el contrato de seguro se trata.

1.3.2. TITULAR DE LA ACCIÓN DE NULIDAD RELATIVA DEL ARTÍCULO 557 NÚMERO 1° DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Sobre la legitimación activa de la acción de nulidad relativa, el artículo 1684 del Código civil chileno, reza que:

“La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes”.

Nuestra doctrina sostiene, que esta acción sólo puede ser impetrada por aquellos en cuyo beneficio fue establecida por el legislador. La ley busca proteger los intereses particulares de individuos concretos, como es el caso de los incapaces, y de todo aquel cuyo consentimiento al momento de contratar está viciado por error, fuerza o dolo²⁶⁹.

En el contrato de seguro, la nulidad contemplada en el artículo 557 número 1° del CCMCH es relativa. El interés particular del asegurador queda protegido por una norma especial que contiene diferencias relevantes en relación a las normas del derecho común, según ya hemos precisado. Por otra parte, en el caso del asegurado, debemos recurrir a las normas contenidas en el Código civil, cuyo análisis va más allá de las pretensiones de esta investigación²⁷⁰.

En consecuencia, sólo tiene la calidad de legitimado activo de la acción de nulidad relativa, en el específico caso del artículo 557 número 1 del CCMCH, la compañía de seguros que erró al momento de la celebración del contrato debido a una declaración falsa o errónea o a

²⁶⁹ En este sentido en la doctrina chilena, ver por todos DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 209.

²⁷⁰ Advertimos, que en el caso de los asegurados o contratantes de seguros estandarizados, debiéramos resolver la problemática del consentimiento en el contexto de la Ley de Protección al consumidor número 19.496.

una reticencia del contratante del seguro.

Con todo, el titular de la acción de nulidad, será el asegurador que contrató con el asegurado (contratante o tomador), o quien adquiriera los derechos del primero en el concreto caso de una cesión de cartera regulada por el artículo 27 del DFL 251²⁷¹. En tal caso, será la compañía cesionaria, quien tendrá la calidad de legitimada activa de la acción de nulidad relativa, en aplicación del artículo 1684 del Código civil.

1.4. LA CONFIRMACIÓN DE LA NULIDAD RELATIVA EN EL CONTRATO DE SEGURO

Nuestra doctrina califica la confirmación como aquella declaración o manifestación de voluntad unilateral, que tiene por objeto remediar el problema de invalidez del contrato, eliminando el efecto del vicio. Además, agregan los autores nacionales, que el acto de confirmación exige la concurrencia de determinados requisitos: que se trate de un vicio de nulidad relativa; que el acto confirmatorio o de saneamiento emane de la parte que es titular de la acción de nulidad; que se trate de una persona capaz. A ello, se adiciona el requisito de conocer el vicio o defecto por quien confirma, y que el vicio haya cesado²⁷².

La confirmación de la nulidad en el caso del seguro, no contempla una norma especial. Consecuencia de ello, el acto unilateral de

²⁷¹ Señala el artículo 27 del DFL 251, lo siguiente: “La entidad aseguradora, cualquiera que sea su naturaleza, podrá transferir total o parcialmente sus negocios, mediante la cesión de la cartera correspondiente, a otra entidad aseguradora que opere en el país, de acuerdo con las disposiciones de esta ley. La transferencia de negocios y cesión de carteras a que se refiere el inciso anterior, y la fusión y división de entidades aseguradoras requerirá de la autorización especial de la Superintendencia y deberá efectuarse en conformidad a las normas de aplicación general que dicte al efecto. En todo caso, deberá comunicarse a los asegurados, y las condiciones mediante las cuales se pacte y realice la transferencia no podrán gravar los derechos de los mismos, ni modificar sus garantías”. Cuando la transferencia de negocios o cesión de cartera a que se refieren los incisos anteriores se efectuare en virtud de las facultades establecidas en los artículos 71, 74 y 82, no serán procedentes las acciones revocatorias o las concursales de inoponibilidad y no serán aplicables, en este caso, las presunciones contempladas en los artículos 219, 220 y 221 de la ley N° 18.175.

²⁷² En este sentido en la doctrina chilena, ver por todos DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) pp. 216.

confirmación produce la sanación del contrato afectado por un defecto o vicio que proviene de una declaración falsa o inexacta o reticente (como reza el artículo 557 número 1° del CCMCH)²⁷³. Esta facultad de convalidación viene reconocida al asegurador en el artículo 1684 del Código civil, norma que dispone que la nulidad relativa *puede sanearse por la ratificación de las partes*, y puede ser expresa o tácita. En este último caso, el seguro se entenderá confirmado en aquellos casos en los que el asegurador ejecute voluntariamente la obligación contratada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1695 del Código civil²⁷⁴.

Por otra parte, la confirmación de la nulidad en el caso del contrato de seguro, posee ciertas características particulares, por tratarse de un contrato de ejecución diferida. En la práctica, por lo general, los contratos de seguro se pactan por periodos anuales. Durante el periodo de duración del contrato, el asegurado queda cubierto frente a todos aquellos siniestros que ocurran dentro de los límites cualitativos y cuantitativos pactados entre el asegurador y el contratante de la póliza. Es común, que los aseguradores, concluido el proceso de ajuste de pérdida o liquidación, en especial en aquellos casos de bajo monto del daño, cumplan su obligación de pagar la indemnización al asegurado o reparar el bien dañado, aunque detecten que hay una inobservancia al deber de declarar el riesgo. Generalmente, se invocan razones de índole o de conveniencia comercial que escapan de lo jurídico. Sin embargo, esta decisión del asegurador provoca un efecto jurídico relevante: el contrato de estar enfermo, afectado por un vicio que lo invalida, adquiere plena validez y eficacia, perdiendo el asegurador, en consecuencia, el derecho a invocar o alegar la nulidad

²⁷³ En nuestra doctrina civilista, la confirmación del acto nulo, es asimilada a la renuncia de la acción de nulidad relativa. Ver por todos en este sentido ALESSANDRI BESA (2008) Tomo II, p. 261. En la doctrina española, según nos ilustran DELGADO y PARRA, en la conceptualización de la confirmación hay diversas posturas, que van desde ser considerado como un acto de sanación del defecto, un acto integrador que completa o llena el vacío que dejó el vicio o defecto que invalida el acto, una renuncia de la acción de nulidad, y como convalidación. Ver DELGADO y PARRA (2005) pp. 236-237.

²⁷⁴ Sobre la confirmación del acto nulo en el derecho chileno, véanse: VIAL (2003) pp. 267 y ss.; ALESSANDRI BESA (2008) pp. 259 y ss.; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) pp. 213 y ss.

frente a futuros siniestros²⁷⁵.

Es nuestra opinión, que los aseguradores en su calidad de empresas altamente calificadas, deberán acreditar la ignorancia del vicio, en aquellos casos en los que habiendo pagado siniestros previos pretendan invocar la nulidad argumentando la ignorancia del vicio que invalidaba el contrato de seguro²⁷⁶. Ello, en cumplimiento del requisito de falta de conocimiento o ignorancia del vicio de nulidad relativa, por parte de quien la alega²⁷⁷.

1.5. EL EFECTO DE LA NULIDAD RELATIVA EN EL CONTRATO DE SEGURO

1.5.1. LA REGLA GENERAL: EL EFECTO RETROACTIVO DE LA NULIDAD

1.5.1.1. EL TÉRMINO DEL CONTRATO DE SEGURO

En nuestro ordenamiento jurídico la nulidad que ha sido pronunciada judicialmente produce un efecto retroactivo, según señala el artículo 1687 del Código civil:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al

²⁷⁵ Ello, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que ya hemos enunciado: que se trate de un vicio de nulidad relativa, que el acto confirmatorio o de saneamiento emane de la parte que es titular de la acción de nulidad, que se trate de una persona capaz. Además, quien confirma debe conocer el vicio o defecto y este debe haber cesado. En la doctrina italiana, VIVANTE, en el análisis del artículo 429 del Código de comercio de 1882, señala que el asegurador que conociendo la causal de nulidad del contrato, cobra la prima, renuncia a hacer valer la invalidez. VIVANTE (1922) p. 182. Por su parte, en la doctrina argentina HALPERIN y BARBATO, siguen la tesis de VIVANTE, en la siguiente perspectiva: El asegurador renuncia a la nulidad, cuando conociendo la causal de invalidez, cobra las primas o paga indemnizaciones o en general ejecuta obligaciones. Hay un quebrantamiento a la buena fe. HALPERIN y BARBATO (2001) p. 318.

²⁷⁶ Este presupuesto se hace extensivo a todos aquellos casos en los que los aseguradores comercializan pólizas (productos de seguros) por medio de sus agentes directos. Si bien se trata de una forma de intermediación, el agente es dependiente del asegurador. Ver norma de carácter general número 121 S.V.S sobre Contratación directa de las Compañías de Seguros o a través de Agentes de Venta. Ver además D.S 1055 sobre nuevo Reglamento de Auxiliares del Comercio de Seguros.

²⁷⁷ En tal sentido véanse: VIAL (2003) p. 268; ALESSANDRI BESA (2008) p. 298; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 217.

mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”.

El contrato de seguro no escapa a la exigencia contenida en el citado artículo 1687 de nuestro Código civil. En tal sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia al señalar “*que el contrato de seguro que adolece de un vicio de validez tiene como sanción la nulidad relativa o rescisión, la cual debe ser demandada por el asegurador (como está establecido en el artículo 5º de la póliza) porque nunca puede ser declarada de oficio por el juez, a menos que recaiga sobre nulidad absoluta. Mientras no se declare judicialmente la nulidad del contrato, éste produce efectos y engendra las obligaciones a cuyo cumplimiento están obligadas las partes*”²⁷⁸.

La declaración judicial de la nulidad provoca que el contrato se entienda como no celebrado (*quod nullum est, nullum producit effectum*), debiendo las partes volver al estado patrimonial anterior a la celebración del negocio jurídico en particular, como si no hubieran contratado²⁷⁹. El contrato, como señalan en la doctrina española DELGADO y PARRA, queda aniquilado, privado de toda eficacia²⁸⁰. Se deben las partes, en consecuencia, las prestaciones mutuas en los términos del artículo 1687 del Código civil²⁸¹. La regla que hemos enunciado posee un fundamento claro y lógico. Si el contrato es nulo (*nullus, nada*), por lo que nada hay o nada existe, las partes deben devolverse lo dado o pagado, reintegrando el bien al patrimonio de origen. Como señala nuestra jurisprudencia, lo que interesa al demandante es que el contrato sea declarado nulo con el objeto de que todos sus efectos y consecuencias jurídicas posteriores desaparezcan, volviendo las cosas al estado en que se encontraban

²⁷⁸ Meyer Flores, Norma Herminia y otros, contra Seguros de Vida Security Previsión Vida S.A. (2009).

²⁷⁹ Este es el criterio que podemos observar en nuestra jurisprudencia arbitral. Ver sentencia dictada por el árbitro Guzmán Salcedo, José Tomás (2003). HINESTROSA, precisa, que el efecto retroactivo de la nulidad, no importa un simple regreso al *statu quo ante*, sino a aquél en que se encontraría de no haber dado o ejecutado la respectiva prestación. HINESTROSA (2008) p. 465.

²⁸⁰ DELGADO y PARRA (2005) p. 204.

²⁸¹ Ver por todos ALESSANDRI BESA (2008) p. 326.

antes de celebrarse dicho acto o contrato²⁸². Con todo, y como sostiene DOMÍNGUEZ ÁGUILA, esta ficción de retroactividad opera salvo “la excepción que implica la máxima *nemo auditur* en materia de objeto y causa ilícitos y otros de menor importancia”²⁸³.

La doctrina chilena tradicional, al analizar los efectos de la nulidad del contrato, distingue, entre aquellos casos en los que no se ha ejecutado prestación alguna, y aquellos casos en los que se ha dado cumplimiento al contrato, habiendo ejecutado una de las partes o ambas la o las obligaciones contraídas²⁸⁴. En el primer caso, no hay más, la nulidad simplemente provoca el desvanecimiento, la aniquilación del negocio jurídico. Las partes nada se deben restituir, ya que, como nos advierte CASTELBLANCO, la situación patrimonial de los contratantes no ha variado²⁸⁵. En el segundo caso, opera la regla sobre restituciones mutuas que ordena el citado artículo 1687 del Código civil²⁸⁶.

Para el caso del contrato de seguro, se aplica la misma regla²⁸⁷. Hay, sin embargo, diferencias importantes, en concreto sobre prestaciones mutuas, según analizaremos más adelante.

1.5.1.2. LAS PRESTACIONES MUTUAS

En el caso del contrato de seguro, salvo las reglas excepcionales contenidas en el Código civil y la del artículo 558 del CCMCH en el caso de dolo, que analizaremos más adelante, se debe aplicar la regla general

²⁸² Cristian León Vera con Bermúdez Martínez Ginnia Maritza (2012).

²⁸³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 219.

²⁸⁴ En la doctrina chilena, ver por todos ALESSANDRI BESA (2008) p. 325. En la doctrina francesa, MAZEAUD y CHABAS, formulan frente a los efectos retroactivos de la nulidad y las consecuentes restituciones mutuas, problemas prácticos sustentados en la distinción entre aquellos casos en los que las obligaciones que emanaron del contrato no se han cumplido, no se ha dado inicio a la ejecución del negocio jurídico, y aquellos casos en los que se cumplió. MAZEAUD y CHABAS (1998) p. 325.

²⁸⁵ CASTELBLANCO (1979) p. 41.

²⁸⁶ Sobre las restituciones mutuas derivadas de la nulidad ver por todos CASTELBLANCO (1979) p. 41.

²⁸⁷ En tal sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia. *ABN AMRO (CHILE) Compañía de Seguros con Hernández San Martín Juana Isabel* (2010).

sobre efecto retroactivo de la nulidad declarada judicialmente. Por lo tanto, pronunciada la sentencia que declara la nulidad, el asegurado tendrá derecho a la restitución de la prima pagada, y el asegurador tendrá derecho a la restitución de las indemnizaciones que hubiere pagado en razón de los siniestros ocurridos²⁸⁸. Estas son, por lo demás, las principales obligaciones que produce la celebración del contrato de seguro, según rezan los artículos 550 y 556 número 2 del CCMCH. En ambos casos procederá la aplicación de los artículos 904 y siguientes del Código civil²⁸⁹.

Sí es necesario, resolver qué ocurre en aquellos casos en los que el asegurador no cumplió su obligación de forma dineraria, sino más bien, *in natura* al reparar o reemplazar el bien dañado.

Por lo general, el cumplimiento de la prestación por parte del asegurador sigue un principio dinerario²⁹⁰. No obstante, en la práctica mercantil aseguradora, se observa la posibilidad de cumplir por medios alternativos, no necesariamente dinerarios, como son la reposición o reparación del bien dañado²⁹¹. En tales casos, la obligación del

²⁸⁸ Se trata, en opinión de CASTELBLANCO, de una obligación restitutoria, esto es, la obligación del deudor de restituir una cosa o valor, restableciendo a las partes al estado anterior. CASTELBLANCO (1979) p. 41.

²⁸⁹ Se trata de la *reivindicatio res cum causa*, por lo que se deberán devolver además los frutos; intereses para este caso. Como sostiene en nuestra doctrina DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “en nuestro derecho, la obligación de restitución no tiene caracteres particulares que la diferencien de las que proceden en el caso de acogerse una acción de reivindicación o una de resolución de contrato, a todas las cuales se aplican las reglas generales ya referidas y cuyo estudio es propio del derecho de bienes”. DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 223.

²⁹⁰ BAEZA (2001) p. 126.

²⁹¹ Esta práctica tiene un origen convencional que se observa en diversas pólizas depositadas en la S.V.S. Sólo a modo ilustrativo enunciamos la cláusula sexta de la póliza para vehículos motorizados, que señala: *Ocurrido un siniestro cubierto por la presente póliza la compañía estará facultada, a su exclusiva opción, para indemnizar en dinero los daños que sufra el vehículo asegurado o sus accesorios, o para repararlo o reemplazarlo*. Se trata de una facultad que las partes acuerdan en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. El legislador chileno, recogió esta práctica mercantil, al introducir en las modificaciones del año 2013 (Ley 20.667) una norma que permite que las partes pacten como forma de indemnizar la reposición o reparación de la cosa asegurada, como reza el artículo 563 del CCMCH. Por su parte, en el Derecho español, encontramos una figura similar de rango legal en el artículo 18 de la LCS. Sobre ello, SÁNCHEZ CALERO, señala: “El artículo 18,

asegurador es de hacer²⁹², lo que hace imposible una restitución *in natura* idéntica a la prestación cumplida. Por ejemplo, en el seguro de vehículo motorizado se hace materialmente imposible de restituir *in natura*, aquellas partes reparadas o reemplazadas del automóvil. Del mismo modo, ocurre en un seguro de incendio, respecto de aquellas partes de la edificación repuestas o reparadas.

A nuestro parecer, el criterio que hemos enunciado en el párrafo anterior, se aparta de la prohibición del enriquecimiento injusto y de la *aequitas*²⁹³. Nada impide, que el asegurador pueda obtener la devolución o restitución por equivalencia (*quanti ea res est*)²⁹⁴, en especial, en el caso del contrato de seguro cuya operatividad lo hace posible, por lo siguiente: verificado el siniestro, se procederá a la liquidación o ajuste de la pérdida. El proceso de ajuste de pérdida o liquidación, seguirá determinados parámetros objetivos que permiten especificar el valor del daño. Es lo que se denomina como pérdida indemnizable, que da lugar al pago dinerario, o a la reparación o reposición. Consecuencia de ello, las partes o el juez, según los casos, tendrán instrumentos que permitan cumplir por equivalencia, aquello que no es posible devolver *in natura*²⁹⁵. En la práctica, la reparación o reposición del bien dañado por

además de abordar las cuestiones apuntadas, prevé la posibilidad de que la prestación del asegurador sea efectuada *in natura*, mediante la reposición o reparación del objeto siniestrado. Aspecto éste al que se refería incidentalmente el Proyecto de Ley en algunos artículos referentes a los seguros de daños (*cf.* arts. 38.3 y 42 de la LCS), pero que no era mencionado por el artículo 18. Sin embargo, merced a la aceptación de una enmienda en el Congreso, la Comisión lo introdujo como párrafo segundo de este artículo”. Agrega este autor, que la norma citada sigue “de manera especial, el art. 11 de la Ley alemana, modificada el 19 de diciembre de 1939. El párrafo I, de ese artículo dice, así: Las prestaciones dineradas a cargo del asegurador han de satisfacerse a partir de la terminación de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, el importe de las reparaciones que resultan del mismo”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 429.

²⁹² Ver SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 436.

²⁹³ Véanse CASTELBLANCO (1979) p. 45; HINESTROSA (2008) p. 476.

²⁹⁴ Señala COING, que según el proceso común, en Alemania si el demandado no obedecía el mandato del tribunal de que restituyera, el demandante podía en lugar de la ejecución jurar el valor de la cosa (*in litem iurare*) y exigirlo. Si el demandado culpable era incapaz de restituir, respondía con *quanti ea res est*. COING (1996) p. 186.

²⁹⁵ Nuestra propuesta tiene su origen en el derecho romano, en concreto en la *rei vindicatio per formulam petitoriam*. A rasgos generales, esta fórmula, en opinión de

la ocurrencia del siniestro, se materializa mediante el encargo que los aseguradores encomiendan a terceros, quienes luego, reciben un pago dinerario por parte del asegurador. A su vez, este pago en dinero, equivale a la pérdida indemnizable, resultado del proceso de ajuste.

En consecuencia, el valor de sustitución que debe restituir el asegurado como equivalente a la pérdida indemnizable, debe ser la suma asegurada ajustada durante el proceso de liquidación. Por lo tanto, lo que restituye el asegurado es valor actual²⁹⁶.

A continuación, abordaremos la regla excepcional que contiene el CCMCH en cuanto al efecto retroactivo de la nulidad.

SCHULZ, permitía al juez una vez que llegara a la conclusión del ser el actor dueño de la cosa, ordenar la restitución de la cosa *in natura*. Luego, y en el caso que el demandado no obedecía, el juez procedía a dictar la *condemnatio pecuniaria*. En razón de esta condena, según señala SCHULZ, “el juez debía valorar todo aquello que el demandado debía restituir, según su *arbitrum*, aunque podía también conferir al actor, la facultad de fijar dicho valor mediante una declaración prestada con juramento”. Ver SCHULZ (1960) pp. 36-252 y ss. Por su parte, MARRONE nos muestra la fórmula: *Titius iudex esto. Si paaret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium Auli Agerri ese, neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, iudex quanti ea res erit, tamtam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio Condemnato. Si non paret, absolutio*. En MARRONE (2006) p. 324. Adicionamos a lo señalado, que el proyecto de Código civil chileno de 1853, contenía un párrafo 5° sobre “Ejecución de la sentencia de restitución”, y dentro del referido párrafo el artículo 1062 que contemplaba la restitución en dinero por parte del demandado. No nos queda claro, pero seguramente, BELLO siguió en el proyecto de 1853 las reglas romanas que hemos enunciado, y que posiblemente observó en POTHIER. Este autor sigue la regla romana de la *rei vindicatio per formulam petitoriam*. Ver POTHIER (1882) pp. 272 y ss. Desconocemos la razón de no haber sido incluidas en el texto definitivo del Código civil. Ver AMUNÁTEGUI REYES (1894) p. 240. Los criterios actuales de la doctrina extranjera y de los denominados Principios Europeos de Derecho de Contratos (en adelante PLCE), siguen el modelo romano. En tal sentido, en la doctrina francesa, es opinión de GHESTIN, que en aquellos casos en que es imposible materialmente la restitución integral *in natura* (sobre los obstáculos de la restitución se refiere este autor, a los casos de imposibilidad en razón del objeto de la prestación, la naturaleza de la obligación y los contratos de ejecución sucesiva), la retroactividad debe prosperar, mediante la sustitución. Ello, en oposición, a la postura tradicional de la doctrina, que entiende el principio *statu quo ante*, como un restablecimiento integral que debe identificarse por completo con la prestación inicial *in natura*. Ver GHESTIN (2001) pp. 577 y ss. Por su parte, los PECL en su artículo 4.115 establecen como regla la restitución en valor.

²⁹⁶ Se trata de un reembolso de un valor en la opinión de CASTELBLANCO (1979) p. 38.

1.5.2. EL EFECTO IRRETROACTIVO DEL ARTÍCULO 558 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Siguiendo con los efectos de la nulidad, observamos que el artículo 558 del CCMCH, contempla una regla que se aparta del derecho común. No olvidemos, que una vez que la nulidad ha sido declarada judicialmente se da a las partes, como reza el artículo 1687 del Código civil, el “*derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*”.

La excepción que nos interesa, se produce toda vez que el artículo 558 del CCMCH dispone que:

“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”²⁹⁷.

La doctrina chilena, a nuestro parecer, no aborda la cuestión de los efectos retroactivos que produce la nulidad del contrato de seguro de manera circunstanciada y se limita a calificar la norma del artículo 558 del CCMCH como excepción a la regla general del Código civil²⁹⁸.

Si revisamos las fuentes podemos observar, que OCAMPO trata de manera general los efectos de la nulidad distinguiendo entre la buena fe y el dolo o fraude del asegurado. En el primer caso, nuestro legislador sigue la regla general en materia de nulidad al conservar el efecto retroactivo, para luego establecer una regla de excepción, al señalar que “*si el seguro es anulado por dolo o fraude del asegurado, el asegurador no está obligado a restituir la prima [...]*”²⁹⁹. OCAMPO, sigue en esta materia los artículos 281 y 282 del Código de comercio holandés de 1838, normas que distinguen entre la buena fe y el dolo o fraude del asegurado, para los efectos de definir qué ocurre con la prima pagada o

²⁹⁷ Llama la atención, que la doctrina civilista no trate dentro de las excepciones a los efectos de la retroactividad, la norma mercantil citada.

²⁹⁸ Ver por todos BAEZA (2002) p. 97. En este mismo sentido sentencia dictada por el árbitro *Fernández Richard, José* (1999).

²⁹⁹ Ver en BRAHM (2000) p. 28.

debida por el asegurado al asegurador³⁰⁰. A su vez, a nuestro parecer, las disposiciones holandesas siguen la regla del artículo 5° de la Ordenanza de Amberes de 1570, que contempla la culpa del asegurado para los casos de incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo, y la procedencia de la nulidad³⁰¹.

En nuestra opinión, el artículo 558 del CCMCH deroga el efecto retroactivo de la nulidad, y faculta al asegurador para exigir el pago de la prima insoluta o retener la pagada. De este modo, la nulidad relativa solo provoca la desaparición del negocio jurídico con consecuencia para futuro. ¿Por qué esta norma? Las fuentes legales y la doctrina chilena, no nos dan respuesta.

Sobre los fundamentos del efecto irretroactivo de la nulidad relativa, en el caso del contrato de seguro, en la doctrina francesa PICARD Y BESSON califican este efecto como una sanción o pena civil por el fraude del asegurado en la declaración incompleta o defectuosa del riesgo³⁰². Se trata de una mirada punitiva que opera a consecuencia de la nulidad, en aquellos casos en los que el fraude constituye la causa de la invalidez.

Por su parte, en la doctrina española, BENÍTEZ DE LUGO, asimila el efecto irretroactivo a una regla de responsabilidad por daños que se derivan de una declaración del riesgo defectuosa³⁰³. Si acogemos este criterio en nuestro derecho, podríamos sostener que el artículo 558 del CCMCH, debe ser considerado como una regla de responsabilidad que apunta a la reparación de daños que pueda haber sufrido el asegurador por el dolo o fraude del asegurado³⁰⁴.

³⁰⁰ Ver SAINT-JOSEPH (1855) p. 39.

³⁰¹ Ver PARDESSUS (1838) p. 105.

³⁰² PICARD y BESSON (1964) p. 143. Sobre el efecto irretroactivo de la anulabilidad en el derecho italiano, ver por todos VISINTINI (1971) p. 452.

³⁰³ Ver BENÍTEZ DE LUGO (1955) p. 417.

³⁰⁴ Ver BENÍTEZ DE LUGO (1955) p. 417. En la doctrina española, es opinión de RUIZ, que la facultad del asegurador de retención de la prima en el caso de una declaración del riesgo dolosa, constituye una hipótesis de culpa *in contrahendo*. RUIZ (1991) p. 21. Siguiendo el criterio de BARROS, en la doctrina chilena, tratándose de una consecuencia que se sigue de la nulidad del contrato, ineficacia

Con todo, a nuestro parecer, la regla que contiene el artículo 558 del CCMCH establece que el asegurador *podrá*, quiere decir que el asegurador posee un derecho para retener la prima pagada³⁰⁵ o para exigir su pago. Nuestro legislador, siguiendo los criterios que se observan de la doctrina francesa posterior al CCFR, justifica la norma por haber obtenido el asegurado un amparo o garantía de manera fraudulenta o dolosa. No se trata de una norma de responsabilidad civil, ya que no apunta a la reparación de un daño. A nuestro juicio, la regla del artículo 558 del CCMCH se asimila de mejor manera a una sanción o pena de carácter civil, similar a la regla del artículo 1468 de Código civil, que impide repetir a quien ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas³⁰⁶. Lo contrario, como señala ALAUZET, favorecería el fraude³⁰⁷.

Hemos analizado la excepción del artículo 558 del CCMCH, que contempla la regla de efecto irretroactivo de la declaración de nulidad que está puesta en favor del asegurador. De lo que hemos apuntado, surge como interrogante qué ocurre en el caso del asegurado ¿Debe restituir el asegurado las indemnizaciones recibidas? Es nuestro parecer, que las normas sobre los efectos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa de los artículos 557 numeral 1º y 558 del citado código, son de aplicación restrictiva y se limitan exclusivamente a la formación del consentimiento del asegurador³⁰⁸. En el caso del asegurado o contratante debemos acudir a las normas del derecho común, por lo que el asegurado debe restituir lo recibido al asegurador según las reglas generales.

que provoca el término del *iuris vinculum* que ligaba a las partes, se trata de responsabilidad extracontractual. Ver BARROS (2006) pp. 1012 y ss.

³⁰⁵ Sobre ello, consideramos acertada la tesis de JEREZ, que plantea la posibilidad del sujeto protegido por la norma de invalidez, de enervar la acción de restitución de la contraparte, en razón de un derecho de retención. JEREZ (2011) p. 278.

³⁰⁶ Véanse ALESSANDRI BESA (2008) pp. 336 y ss.; DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) pp. 223 y ss.

³⁰⁷ ALAUZET (1844) p. 415.

³⁰⁸ En este sentido, en la doctrina italiana véanse DE GREGORIO (1934) p. 69; VITERBO (1948) p. 202; BRUNETTI (1950) p. 404; GRISI (1990) p. 761.

2. EL EFECTO LIBERATORIO CONVENCIONAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR DE INDEMNIZAR

Al inicio de este capítulo formulamos nuestra tesis en cuanto a contemplar nuestro derecho una regulación especial sobre los efectos que se derivan del incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo. Esta particularidad queda demostrada en una doble perspectiva. Por un lado, el artículo 557 número 1° del CCMCH contiene diferencias sustanciales con las normas comunes sobre vicios del consentimiento. Por otro lado, señalamos que frente a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa confluyen junto a las normas legales normas de origen convencional.

2.1. LA INTEGRACIÓN DEL DEBER LEGAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO AL CONTRATO DE SEGURO

Es nuestra opinión, que el deber precontractual de información del riesgo, ha sido integrado a la mayoría de los contratos de seguro estandarizados (pólizas *standar*) depositados en la S.V.S³⁰⁹. Es una cláusula más de toda póliza de seguro³¹⁰. Ello, no es consecuencia de alguna norma imperativa o dispositiva fijada por el legislador, tiene su origen, más bien, en la propia voluntad de los contratantes³¹¹.

Si bien nos enfrentamos a situaciones de cláusulas predisuestas por una de las partes – el asegurador-, el asegurado consiente en ellas. En consecuencia, será el juego de la autonomía privada el que provocará

³⁰⁹ Esta integración y diverso tratamiento de los efectos que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, obedece al distanciamiento entre la práctica mercantil del seguro y su regulación legal decimonónica.

³¹⁰ Sobre ello, en la doctrina española, CABANILLAS señala: “en los contratos de seguro aparecen cláusulas que determinan que el tomador del seguro ha de realizar determinados actos u omisiones, que constituyen *Obliegenheiten* (cargas), cuya inobservancia determina que el asegurador pueda quedar libre de su deber de prestación. Dichos actos u omisiones se refieren básicamente al riesgo asegurado: aviso al asegurador de la modificación del riesgo; salvamento de la cosa asegurada; no aumento del riesgo”. CABANILLAS (1988) p. 313.

³¹¹ Hay autores que sostienen que esta integración de un deber precontractual al contrato mismo, provoca que la carga se asimile a una obligación propia del contrato. Véanse ASÚA (1989) pp. 55 y ss.; BARROS (2006) p. 1016; CARRASCO (2010) pp. 351 y ss.

esta integración del deber *in contrahendo* de declaración del riesgo asegurado al contrato mismo. Las partes pactan determinadas consecuencias, para los casos de declaraciones incompletas o defectuosas sobre el riesgo asegurado. Eso sí, el momento de la infracción o incumplimiento del deber ocurre durante el proceso de formación del seguro. No se trata, por lo tanto, de un incumplimiento de una carga que ocurre durante la ejecución del contrato, que pudiera dar lugar, por ejemplo, a la resolución o a otros remedios que surgen frente a un incumplimiento contractual, como la excepción de contrato no cumplido, una acción de indemnización de perjuicios, entre otros³¹².

En un análisis de determinadas pólizas o condicionados generales depositados en la S.V.S, podemos encontrar cláusulas que disponen que *“las obligaciones de la compañía quedarán extinguidas desde la fecha de emisión de esta póliza si se comprobare que el asegurado o sus representantes, en la propuesta o con posterioridad a ésta, disimularon o declararon inexactamente datos que, conocidos por la compañía, la hubieran inducido a emitir esta póliza o llevado a modificar sus condiciones”*³¹³; otras que señalan que *“toda declaración falsa, reticencia u omisión hecha a la Compañía y cualquier circunstancia que modifique el riesgo, que no fuere comunicada a aquélla, extingue los derechos del Asegurado, liberando a la Compañía de toda obligación de indemnizar”*³¹⁴; y otras cuyo texto indica que *“toda falsa declaración hecha a la Compañía, o toda reticencia, omisión o disimulación de circunstancias que impliquen alterar el riesgo, hace caducar los derechos del Asegurado y libera a la Compañía de toda obligación de*

³¹² En la doctrina española, CARRASCO plantea una reconducción del deber precontractual de información al contrato, que provoca una transformación del deber en obligación, cuyo incumplimiento, daría derecho a resolver el contrato. CARRASCO (2011) pp. 724-725. Sobre lo mismo véanse: ASÚA (1989) pp. 178 y ss.; DE LA MAZA (2010) pp. 157 y ss.

³¹³ Texto de la cláusula octava, de la póliza de responsabilidad civil depositada en el Registro de Pólizas de la S.V.S bajo el código POL 1 91 086. Ver en www.svs.cl depósito de pólizas.

³¹⁴ Texto de la cláusula quinta, de la póliza de incendio depositada en el Registro de Pólizas de la S.V.S bajo el código POL 1 05 020. Ver en www.svs.cl depósito de pólizas.

*indemnizar*³¹⁵. En fin, podríamos enunciar numerosos casos que nos muestran que frente a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, el asegurador puede exonerarse de cumplir con su obligación de indemnizar ocurrido el siniestro, invocando una cláusula contenida en la respectiva póliza de seguro³¹⁶.

Recapitulamos lo siguiente: una vez ocurrido el siniestro nace para el asegurado (*creditor*) su derecho de crédito, por lo que está en condiciones de exigir al asegurador (*debitor*) la conducta de prestación, que puede consistir en el pago de la suma asegurada o la reparación del bien siniestrado. Este derecho del asegurado (*creditor*) no subsiste aisladamente, sino que lo hace en conjunto con otras facultades y cargas, por lo que el incumplimiento de una de las cargas hace incompleta la relación obligatoria, provocando la pérdida de exigibilidad de la prestación debida por el deudor, en este caso, el asegurador³¹⁷.

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha asentado la tesis que formulamos como criterio general, al señalar, que *“ese deber que en la póliza de seguro se ordena al asegurado, constituye una carga de este último, entendida como el despliegue de una cierta o determinada actividad en pos del logro del propio interés, que viene dado por obtener el*

³¹⁵ Texto de la cláusula cuarta de la póliza de multiriesgo depositada en el Registro de Pólizas de la S.V.S bajo el código POL 1 05 028. Ver en www.svs.cl depósito de pólizas.

³¹⁶ Por su parte, nuestra jurisprudencia señala *“que el contrato de seguro que adolece de un vicio de validez tiene como sanción la nulidad relativa o rescisión, la cual debe ser demandada por el asegurador (como está establecido en el artículo 5° de la póliza) porque nunca puede ser declarada de oficio por el juez, a menos que recaiga sobre nulidad absoluta. Mientras no se declare judicialmente la nulidad del contrato, éste produce efectos y engendra las obligaciones a cuyo cumplimiento están obligadas las partes”*. Meyer Flores, Norma Herminia y otros, *contra Seguros de Vida Security Previsión Vida S.A.* (2009).

³¹⁷ En la doctrina española, y sobre el crédito en general, DIEZ-PICAZO señala que *“el crédito es el derecho que el acreedor ostenta, para obtener la satisfacción de su propio interés y que se concreta fundamentalmente en la posibilidad de exigir del deudor aquella conducta patrimonialmente valiosa, que es la conducta de prestación”*. Luego, este autor advierte que es un error circunscribir el derecho de crédito al derecho de exigir la prestación debida, sería una visión incompleta. En consecuencia, el derecho de crédito comprende una serie de facultades o poderes – dentro de ella la de exigir la prestación – y una serie de cargas que pesan sobre el acreedor mismo. DIEZ-PICAZO (2008) p. 125.

*pago de la indemnización convenida con la compañía de seguros y, al mismo tiempo, evitar que, por la inobservancia de esa conducta esperada, se provoque la pérdida o deterioro de la cobertura del daño experimentado, todo ello porque requerir el pago de la indemnización constituye un aspecto de exclusivo interés del asegurado*³¹⁸.

Este deber precontractual de información del riesgo, que se integra al contrato, provoca un efecto en común: la pérdida de derecho del asegurado a la indemnización o dicho de otra manera, la liberación del asegurador de cumplir su principal obligación.

2.2. EL PACTO SOBRE LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO AL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARAR EL RIESGO, FRENTE A LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Considerando que el remedio convencional que opera en el caso de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, es integrado en una cláusula predispuesta³¹⁹, que libera al asegurador del cumplimiento de su obligación de indemnizar, se podría cuestionar la validez de esta cláusula liberatoria frente a las normas que se contienen en la Ley de protección a los consumidores (Ley 19.464 y sus posteriores modificaciones, en adelante LPC).

El artículo 16 de la LPC, señala que *“no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u*

³¹⁸ *JL Asociados Limitada con Compañía de Seguros Cruz del Sur S.A.* (2011). El mismo criterio sigue la siguiente sentencia: *Luis Barrera González con La Interamericana Compañía de Seguros de Vida S.A.* (2009). A nuestro juicio, en un sentido contrario véanse: *Bustamante con Cía. de Seguros La Central* (1908); *Henríquez con Compañía La Protectora* (1913).

³¹⁹ Una cláusula ha sido predispuesta cuando hubiera sido preredactada (predisposición) y se incorpore al contrato de forma exclusivamente imputable a una de las partes sin un proceso de negociación (imposición). Si, además, la cláusula hubiera sido preredactada para ser incluida en una pluralidad de contratos (carácter general), nos encontramos ante una condición general. ALFARO (2002) p. 92.

otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan”.

Podríamos formular, en principio, que las cláusulas que regulan los efectos de la inobservancia al deber precontractual de declaración del riesgo, liberando al asegurador del cumplimiento de su obligación de indemnizar o reparar ocurrido el siniestro, constituye una suspensión unilateral de la ejecución del contrato, en los términos del artículo 16 letra a) de la LPC citado. El fundamento de tal calificación está en la desproporción, desequilibrio e inequidad de la norma contractual, la que, además, no fue objeto de discusión entre las partes, sino más bien, impuesta por una de ellas en su interés propio³²⁰.

En nuestra opinión, la inejecución de la obligación del asegurador de pagar la indemnización o reparar por haber ocurrido el siniestro, se justifica en la pérdida de exigibilidad de la obligación por la inobservancia de una carga de información *in contrahendo*. En consecuencia, y siguiendo a LARENZ “el acreedor (asegurado) no puede reclamar la prestación cuando, o en tanto, al deudor (asegurador) según las especiales circunstancias no le sea exigible”³²¹.

No se trata, a nuestro juicio, de una suspensión unilateral de la obligación en el sentido del artículo 16 letra a) de la LPC citado, que afecta la eficacia de la cláusula liberatoria que hemos analizado por ser abusiva, sino más bien, del efecto originado por el incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo, en tanto carga³²².

³²⁰ Sobre cláusulas abusivas en el Derecho chileno véanse SANDOVAL (2004) pp. 79 y ss.; PIZARRO (2012) pp. 54 y ss.

³²¹ LARENZ (1958) p. 158.

³²² Como sostienen PIZARRO y PETIT, la suspensión unilateral de la ejecución de la obligación significa no cumplir a su sólo arbitrio. PIZARRO y PETIT (2013) p. 307.

2.3. EL EFECTO DE LA LIBERACIÓN DEL ASEGURADOR FRENTE A LA NULIDAD RELATIVA DEL ARTÍCULO 557 NÚMERO 1° DEL CÓDIGO DE COMERCIO CHILENO. ¿ALTERACIÓN DEL EFECTO LEGAL, COEXISTENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA REGLA CONVENCIONAL?

2.3.1. PRELIMINAR

Esta dualidad de consecuencias que provoca una declaración defectuosa o incompleta sobre el riesgo asegurado, hace insoslayable precisar si la norma convencional - que regula los efectos de la inejecución al deber de información sobre el riesgo asegurado - altera o modifica la norma legal, o ambas se oponen primando la ley por sobre la convención, o simplemente coexisten.

En nuestra doctrina, no hay claridad frente a la problemática que hemos planteado. LAGOS, formula la siguiente interrogante: “¿La sanción ante la inejecución de la carga del asegurado es la rescisión, la resolución o alguna otra? El autor citado, sostiene que “ninguno de estos interrogantes puede responderse con claridad, atendido al estado actual de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina”³²³.

Nos apartamos de lo formulado por LAGOS, por cuanto las disposiciones vigentes con anterioridad a la modificación del año 2013, sí contienen normas que regulan los efectos del incumplimiento de la carga informativa de declaración precontractual del riesgo asegurado. La historia del establecimiento de los artículos 556 número 1° y 557 número 1° del CCMCH, así como las normas del derecho común sobre vicios del consentimiento y de la nulidad, además de nuestra doctrina civilista, permiten sostener que el régimen legal decimonónico de este deber de información aparece unido, más bien, a los presupuestos de validez del contrato de seguro.

Por su parte, BAEZA opina que, “la regla legal sobre los efectos de las declaraciones erróneas ha sido modificada en algunas pólizas. Así, por ejemplo, en la póliza única de incendio se estipula que si el asegurado prueba que ha tenido justa causa para errar en su

³²³ LAGOS (2006) p. 142.

declaraciones, la anulación no se produciría”³²⁴. Agrega el autor, que “en la práctica, las pólizas de seguro están concebidas de manera que si ciertos deberes del asegurado o contrayente no son observados por él, ello impide que el contrato nazca o, si ha nacido, lo hacen caducar o menoscaban o disminuyen el derecho del asegurado”³²⁵.

Lo que formula BAEZA, nos parece cuestionable, considerando la regla impuesta por el artículo 1469 del Código civil según la cual el contrato inválido, “no dejará de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad”³²⁶. La nulidad en nuestro sistema jurídico es de orden público.

Explicaremos a continuación, el porqué consideramos que el deber de información sobre el riesgo asegurado contenido en una cláusula de origen convencional, aparece unido a los presupuesto de validez del contrato, y a la irrenunciabilidad de la acción de nulidad relativa.

2.3.2. LA IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA NULIDAD EN EL DERECHO CHILENO

Es opinión dominante en nuestra doctrina, que las normas que regulan la nulidad son de orden público en consideración a lo dispuesto en los artículos 11 y 1469 del Código civil³²⁷. Esta caracterización de las

³²⁴ BAEZA (2002) p. 80.

³²⁵ BAEZA (2002) pp. 111-112.

³²⁶ Revisada nuestra jurisprudencia, hemos observado la invocación de cláusulas contractuales que establecen la sanción de nulidad. Ver *Bustamante con Cía. de Seguros La Central* (1908); *García con Cía. de Seguros La Valparaíso* (1910).

³²⁷ ALESSANDRI BESA, señala: “Las reglas que el Código civil da de la nulidad, destinadas a proteger intereses superiores, como es el orden público, son irrenunciables por las personas que intervienen en la celebración o ejecución de los contratos y demás actos jurídicos, según lo dispone expresamente el artículo 1469 del Código civil. Y es lógico que así sea, porque el objeto de estas reglas relativas a la nulidad es precisamente evitar que las personas que intervienen en actos jurídicos burlen las disposiciones legales, omitiendo requisitos que la ley juzga indispensables para la normalidad jurídica. Si la acción de nulidad pudiese renunciarse, todo contrato contendría una cláusula en que tal renuncia se estipulare, mediante la cual las partes podrían hacer caso omiso de las disposiciones imperativas de la ley”. ALESSANDRI BESA (2008) pp. 20-21; en el mismo sentido VIAL (2003) p. 248.

normas que regulan la nulidad como de orden público al seguir la regla *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* constituye, en principio, un posible obstáculo frente a nuestras formulaciones, a lo menos, frente a la posibilidad de plantear el establecimiento por vía convencional de remedios distintos a la sanción de nulidad que contempla el artículo 557 número 1° del CCMCH³²⁸.

El artículo 11 del Código civil indica que “*cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley*”. Por su parte, el artículo 1469 de mismo Código establece que el contrato inválido, “*no dejará de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad*”. El contenido de las normas enunciadas, se ajusta, en nuestra opinión, a las características propias de la nulidad absoluta, sanción en la que aparecen como insoslayables los fundamentos de moralidad, orden público y gravedad del defecto del acto nulo. Consecuencia de ello, la voluntad del legislador es inalterable, debiendo ésta primar por sobre toda voluntad negocial sustentada en los intereses particulares de los contratantes.

No obstante, en el caso de la nulidad relativa, nos parece que el *statu quo* es más bien difuso. Parte de nuestra doctrina sostiene que en materia de nulidad los contratantes deben necesariamente ajustarse a la regulación que ha contemplado el legislador, “sin permitir a los particulares prescindir de ella y establecer otra prescripción diversa”³²⁹. Por su parte, ALESSANDRI BESA, sin desconocer el carácter de orden público de las normas que regulan la nulidad³³⁰, se abre a la posibilidad de poder los contratantes contemplar remedios distintos a la nulidad, fundado ello en lo dispuesto en el artículo 1545 del Código civil, norma que contempla el mutuo acuerdo de las partes o las causas legales, para los casos de disolución del contrato. La diversidad de causas de

³²⁸ En la doctrina francesa *post Code*, DELVINCOURT señala: “una convención puede ser nula, en el interés público, o en el privado [...]”. DELVINCOURT (1834) p. 181.

³²⁹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVICH (1998). Tomo I, p. 46.

³³⁰ ALESSANDRI BESA (2008) Tomo I, p. 81.

disolución del contrato, no es incompatible con la nulidad relativa, en la opinión del citado autor³³¹.

En nuestra opinión, el ordenamiento jurídico chileno no impide a las partes considerar efectos o consecuencias distintas a la nulidad relativa, frente a una hipótesis de error o dolo. Consideremos que el legislador al sancionar con nulidad el consentimiento viciado, busca garantizar un conjunto de reglas del juego negocial claras, y proteger los intereses particulares de los contratantes. Los pactos que incorporan remedios distintos a la nulidad³³² no alteran el supuesto de hecho del vicio - error o dolo -, sino que se contemplan consecuencias diversas, como la de quedar liberado el deudor afectado por el defecto de cumplir con su obligación, como ocurre, por ejemplo, con el asegurador que se ve afectado por una declaración incompleta del tomador del seguro.³³³ No se trata, por lo tanto, de eliminar las consecuencias negativas del defecto que surge durante el proceso de formación del contrato.

Calificaremos el derecho a invocar la nulidad relativa como un derecho potestativo³³⁴. Con ello, queremos reflejar el carácter opcional del titular de la acción de nulidad para ejercerla o no, o incluso renunciar a ella mediante la confirmación³³⁵. Consideremos además, que en el caso de la nulidad relativa, en tanto nulidad, confluyen la protección de un interés general del legislador frente a la exigencia excluir los vicios o defectos durante el proceso de formación del

³³¹ Ver ALESSANDRI BESA (2008) Tomo I, p. 47.

³³² Ver MORALES MORENO (1988) pp. 253-254

³³³ Especial cuidado debemos tener frente al dolo. Sobre ello, en nuestra opinión, el remedio convencional de liberación de quien se puede ver afectado por el vicio o defecto (el asegurador, por ejemplo), no atenta en contra de la prohibición del artículo 1465 del Código civil. Nuestra postura tiene una doble perspectiva. A nuestro parecer la convención no altera el supuesto de hecho, dolo (engaño), sino las consecuencias que de él se derivan, por lo que el supuesto contenido en la cláusula que analizamos, no sería constitutiva de exoneración de responsabilidad, en los términos del citado artículo 1465 del Código Civil chileno, ya que no condona el dolo, sino que el efecto pactado por los contratantes, podría ser diverso que el de la nulidad. Lo que cambia es el remedio, no se elimina la consecuencia que acarrea el dolo.

³³⁴ JEREZ (2011) p. 78.

³³⁵ Se trata, a juicio de GAUDEMONT, de “la renuncia al derecho de criticar un acto anterior. *Confirmatio nihil dat novit*”. GAUDEMONT (2000) p. 188.

consentimiento, que culmina con la celebración del contrato querido por las partes, y la protección del interés particular de cada individuo³³⁶, cuya vulneración da derecho a requerir la invalidez del acto, derecho que consideramos esencialmente disponible. El derecho a requerir la nulidad relativa, en cuanto sólo mira el interés particular del contratante perjudicado por el vicio, es renunciable, según lo permite el artículo 12 del Código civil³³⁷.

Por otra parte, es nuestra opinión, que a partir del artículo 1545 del Código civil, las partes pueden contemplar formas de disolución del contrato diversas de la nulidad relativa. Consecuencia de ello, no vemos impedimento para que las partes puedan considerar diversos mecanismos que resuelvan la problemática de las consecuencias de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa. Los contratantes en razón del principio de la autonomía de la voluntad, pueden contemplar efectos o remedios distintos a la nulidad relativa, sin que ello importe una sustitución del orden establecido por el legislador; simplemente coexisten ambos efectos, pudiendo opcionalmente el contratante afectado o en cuyo beneficio está establecido el remedio, optar. Con todo, siempre quedará subsistente la acción de nulidad, en tanto no sea confirmado el acto o negocio en los términos de los artículos 1693 y siguientes del Código civil³³⁸.

³³⁶ Ver por todos, DELGADO y PARRA (2005) pp. 31-33.

³³⁷ En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, al señalar: “Conforme al artículo 1693 del Código Civil la ratificación puede ser expresa o tácita, definiéndose la tácita como la ejecución voluntaria de la obligación contraída (artículo 1695 del Código Civil). En definitiva por medio de la ratificación se demuestra la intención de no aprovecharse de la nulidad que favorece a quien ha resultado perjudicado con ella, lo que viene a ser una aplicación de lo dispuesto por el artículo 12 del Código Civil”. *Banco de Chile con Edwin Rodrigo Berríos Harriague* (2010).

³³⁸ Frente a la posibilidad de contemplar las partes mecanismos diversos a la nulidad con el objeto de disolver un contrato, en nuestra doctrina, ALESSANDRI BESA señala: “La nulidad actúa en su carácter de sanción legal, destinada a impedir la subsistencia de un contrato nulo, o de los efectos que éste haya generado y que aún subsistan, a pesar de la disolución de su fuente; y bajo este aspecto la nulidad procede sin duda alguna contra un contrato que se disolvió, porque no se trata de disolverlo nuevamente, sino que de hacer desaparecer los efectos que subsistan a pesar de una disolución previa a la declaración de nulidad” ALESSANDRI BESA (2008) Tomo I, p. 48.

En el caso del contrato de seguro, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en un sentido más bien contrario. La Corte Suprema de Justicia, señala, que *“aun suponiendo que el asegurado haya incumplido la obligación impuesta por el artículo 556 número 1° del CCMCH, es decir, que hubiere actuado con reticencia (dolo por omisión) al no mencionar circunstancias que, de ser conocidas por el asegurador, hubiere podido hacerle desistir de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones, no resulta aceptable que la Compañía Aseguradora decida, por sí y ante sí, no pagar el seguro (considerando octavo). Luego, este mismo fallo agrega, que “de esta forma, no es facultativo para la Compañía de Seguros pagar o no la indemnización correspondiente, sino que tiene la obligación de hacerlo mientras no se declare nulo el contrato de seguros, ya que permitir lo contrario constituiría un acto de justicia privada, que es contrario a las normas mínimas del derecho”³³⁹.*

El fallo que hemos enunciado, considera un acto de justicia privada contrario a las normas mínimas del derecho, el no cumplimiento de parte del asegurador de su obligación de indemnizar ocurrido el siniestro, por haber infringido el contratante del seguro el artículo 556 número 1° del CCMCH. Lo que nos plantea nuestro máximo Tribunal de justicia es la imposibilidad de autotutela del asegurador en la protección de sus intereses. De esta tesis, nos apartamos según veremos de inmediato.

En la doctrina española, a juicio de JEREZ, la nulidad relativa (anulabilidad en el derecho español³⁴⁰) es ineficacia contractual y apunta esencialmente a proteger el interés particular de los contratantes. A continuación, la autora se refiere al derecho del sujeto protegido por la acción de nulidad relativa, como un derecho potestativo³⁴¹. De esta afirmación, surge la siguiente interrogante ¿Qué ha querido decirse con derecho potestativo del sujeto protegido por el remedio de la nulidad relativa? Sobre esta pregunta, es opinión de JEREZ, que “el derecho potestativo del que ahora nos ocupamos (esto es,

³³⁹ Natalia Soto Fuentes con Compañía de Vida Cruz del Sur S.A. (2001).

³⁴⁰ Nulidad relativa o anulabilidad para la autora. Ver JEREZ (2011) p. 19.

³⁴¹ JEREZ (2011) p. 78.

el propio de la situación de anulabilidad), está integrado por la facultad de anular el contrato y la facultad de confirmarlo”. Y finalmente, la autora sostiene, que “el ejercicio del derecho potestativo consistirá, precisamente, en optar por el ejercicio de una de estas dos facultades, anulando o confirmado el contrato”³⁴². Es esta opción, la que denomina la citada autora como autotutela.

En aquellos casos en los que el asegurador no cumple su obligación de indemnizar ocurrido el siniestro - justificándose en una infracción al deber de informar sobre el estado del riesgo - no nos enfrentamos a una situación de autotutela en su dimensión antijurídica. El remedio convencional que regula el efecto derivado de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, tiene un sustento normativo-convencional, que se legitima en el contexto del artículo 1545 de nuestro Código civil.

³⁴² JEREZ (2011) p. 78.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN JURÍDICO SOBRE LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO AL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARAR EL RIESGO, POSTERIOR A LA MODIFICACIÓN DEL AÑO 2013

1. LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA NUEVA NORMATIVA. JUSTIFICACIÓN Y FUENTES

Las modificaciones introducidas al Título VIII, del libro II del CCMCH, contemplan cambios relevantes en la regulación del deber precontractual de declarar el riesgo asegurado. Observamos que esta carga *in contrahendo* de información queda circunscrita a los datos que el asegurador requiere mediante un cuestionario y que son conocidos por el contratante. Por otra parte, en materia de efectos derivados de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa hay cambios sustanciales, los que, acompañados de la imperatividad contemplada en el artículo 542 del CCMCH, afectarán no sólo el régimen legal, sino la regulación convencional contenida en los condicionados generales que hemos analizado en el capítulo anterior.

Los textos legales que regulan los efectos derivados de una declaración *in contrahendo* del riesgo incompleta o defectuosa, son los siguientes:

Art. 525. Declaración sobre el estado del riesgo. Para prestar la declaración a que se refiere el número 1 del artículo anterior, será suficiente que el contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo.

Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración sobre el estado del riesgo, éste no podrá alegar los

errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud.

Si el siniestro no se ha producido, y el contratante hubiere incurrido inexcusablemente en errores, reticencias o inexactitudes determinantes del riesgo asegurado en la información que solicite el asegurador de acuerdo al número 1° del artículo anterior, el asegurador podrá rescindir el contrato. Si los errores, reticencias o inexactitudes sobre el contratante no revisten alguna de dichas características, el asegurador podrá proponer una modificación a los términos del contrato, para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura a las circunstancias no informadas. Si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de diez días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá rescindir el contrato. En este último caso, la rescisión se producirá a la expiración del plazo de treinta días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación.

Si el siniestro se ha producido, el asegurador quedará exonerado de su obligación de pagar la indemnización si proviene de un riesgo que hubiese dado lugar a la rescisión del contrato de acuerdo al inciso anterior y, en caso contrario, tendrá derecho a rebajar la indemnización en proporción a la diferencia entre la prima pactada y la que se hubiese convenido en el caso de conocer el verdadero estado del riesgo.

Estas sanciones no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido los errores, reticencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos; o si después de su celebración, se allana a que se subsanen o los acepta expresa o tácitamente.

Artículo 539. Otras causales de ineficacia del contrato. El contrato de seguro es nulo si el asegurado, a sabiendas, proporciona al asegurador información sustancialmente falsa al prestar la declaración a que se refiere el número 1° del artículo

524 y se resuelve si incurre en esa conducta al reclamar la indemnización de un siniestro.

En dichos casos, pronunciada la nulidad o la resolución del seguro, el asegurador podrá retener la prima o demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditarlo, aunque no haya corrido riesgo alguno, sin perjuicio de la acción criminal.

En todo caso habrá lugar a solicitar la resolución del contrato, conforme a las reglas generales, por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que recaen sobre las partes.

Nuestro plan de investigación es el siguiente: abordaremos, en primer lugar, las consecuencias de la imperatividad que introdujo nuestro legislador en la regulación del contrato de seguro, en especial en las normas que regulan los efectos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa. Luego, revisaremos la justificación de los cambios y sus posibles fuentes y, finalmente, analizaremos el sistema de remedios introducidos en los artículos referidos para los casos de un incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo asegurado.

1.1. LOS EFECTOS DE LA IMPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 542 DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN REGULACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL RIESGO INCOMPLETA O DEFECTUOSA

Nuestra tesis de confluir un efecto legal y uno convencional bajo el régimen contemplado por el legislador decimonónico y subsistir ambos, cambia con la nueva regulación. A nuestro juicio, este cambio es incomprensible si no revisamos los efectos que provoca el artículo 542 del CCMCH que introduce la imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro³⁴³.

³⁴³ Por una parte, la tendencia a introducir la imperatividad de las normas que regulan la contratación, queda claramente representada en el artículo 2.1. del Proyecto de Pavia, en el artículo 1.102 de los PELC y en el llamado Marco Común de Referencia Europea, en su artículo II. 3:301. Por la otra, observamos que en

El citado artículo 542 del CCMCH dispone lo siguiente:

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

Exceptúanse de lo anterior, los seguros de daños contratados individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo.

Las normas que regulaban el contrato de seguro en el contexto del legislador del siglo XIX tenían, por lo general, el carácter de dispositivas. Regían, por lo tanto, *in subsidium* en todos los casos en los que los contratantes nada estipulaban o el pacto era insuficiente³⁴⁴. Ello era

materia de contrato de seguro, el derecho español, siguiendo el criterio de la Ley de seguros francesa de 1930, introduce la imperatividad en el artículo 2 de la Ley de contrato de seguro de 1980. La norma española, es la fuente directa del artículo 542 del CCMCH, según se observa del Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, acápite “Descripción del Proyecto”, sobre la Ley 20.667, publicada en el D.O. del 09 de mayo del 2013, que indica lo siguiente: “Siguiendo en este punto a la legislación española, en el artículo 542 se establece que en el caso de seguros de grandes riesgos contratados por empresas, las partes podrán pactar libremente las normas del contrato sin observación de las normas imperativas que lo rigen, salvo aquellas que regulan los aspectos de relevancia sustancial en el contrato, que se especifican”. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro. El artículo 542 del CCMCH tiene como fuente el artículo 2º de la LCS española. Sobre la imperatividad del citado artículo, en el Derecho español, ver por todos PETIT (2007) pp. 65 y ss.

³⁴⁴ En cuanto a las normas que regulan el contrato de seguro, nuestra jurisprudencia en el contexto de la regulación decimonónica, ha fijado el siguiente criterio: “El contrato de seguro y los derechos y obligaciones que de él provienen son regidos, en primer lugar, por las normas y cláusulas que las propias partes hayan convenido en el contrato respectivo. Se aplica en su integridad a este respecto el principio de la libertad contractual consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, según el cual: Todo contrato legalmente celebrado en una ley para los contratantes y

consecuencia de la primacía del principio de la autonomía de la voluntad en la época de la codificación, donde “el libre juego de las fuerzas económicas produce siempre lo mejor: necesariamente un resultado justo (*Quit dit contractuel, dit juste*)”³⁴⁵.

No obstante, el cambio en los sistemas de contratación, en especial representado por la fenomenología de la estandarización de los contratos, revelará la insuficiencia del sistema tradicional³⁴⁶, dando lugar a normas imperativas que obligarán a los contratantes a seguir un determinado modelo de conducta durante el proceso de formación del contrato y durante su ejecución³⁴⁷. Este carácter imperativo no sólo

no puede ser invalidado, sino por consentimiento mutuo o por causas legales. A falta de una estipulación expresa de las partes y en forma supletoria, se aplican, en primer lugar, las normas especiales que regulan el respectivo contrato de seguro, como sucede, por ejemplo, con los artículos 569 a 578 del Código de Comercio respecto del seguro de vida; con los artículos 579 a 586, respecto del seguro de incendio; con los artículos 587 a 590, respecto a los seguros agrícolas; con los artículos 591 a 601, respecto del seguro de transporte terrestre y los artículos 1158 a 1202 del Código de Comercio, respecto de los seguros marítimos. Una segunda categoría de normas corresponde a las disposiciones especiales relativas a los seguros terrestres –todos aquellos que no son marítimos– contenidas en los artículos 561 a 568 del Código de Comercio. Y, en una tercera categoría de normas corresponde a las disposiciones comunes a toda clase de seguros terrestres y marítimos, consagrados en los artículos 512 y 560 del mismo cuerpo legal. También se aplican, pero ya no en forma supletoria, sino específica, y principalmente en las materias pertinentes del respectivo contrato de seguro, las disposiciones contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 251 de 1931 que, junto con regular la actividad comercial de los seguros, contiene reglas que se relacionan directamente con el contrato y sus efectos, entre estas reglas, se puede mencionar las que obligan al registro público de los modelos de póliza, artículo 3° letra e)”. Luis Barrera González con La Interamericana Compañía de Seguros de Vida S.A. (2009). Frente a esta concepción de las normas decimonónicas contenidas en el CCMCH, la mirada de nuestro legislador actual apunta a introducir mecanismos que buscan proteger al asegurado, sustituyendo el régimen dispositivo por uno imperativo. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

³⁴⁵ OSSORIO (1952) p. 1178.

³⁴⁶ Una vez que entre en vigencia la reforma contenida en la Ley 20.667 (el 01 de diciembre del 2013), nos enfrentaremos a la problemática de armonizar las normas contenidas en el Título VIII del Libro II del Código de comercio, con las normas de la LPC.

³⁴⁷ Sobre la imperatividad de las normas, ÁLVAREZ en su análisis del denominado derecho contractual de consumo sostiene que se buscarán fórmulas para

constituye un freno a la autonomía privada, sino que se levanta como un instrumento eficaz en la tendencia legislativa de proteger a los asegurados en su calidad de contratantes débiles³⁴⁸.

En materia de efectos que se derivan del incumplimiento al deber precontractual de declarar el riesgo, en el sistema jurídico chileno confluyen los artículos 525 y 539 del CCMCH y las cláusulas contenidas en las pólizas depositadas en la S.V.S. No obstante, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la normativa decimonónica, la regulación legal vigente prima por sobre la norma convencional, en razón de la imperatividad, quedando comprometida la eficacia del contrato, según veremos.

Los remedios introducidos por la nueva regulación contemplan la posibilidad del asegurado de acceder, aunque de modo parcial, al pago de la indemnización ocurrido el siniestro, en el caso de la rebaja

restablecer el desequilibrio contractual a través de normas imperativas que regulan las condiciones contractuales que se imponen a los consumidores. ÁLVAREZ (2004) p. 24; Ver en el mismo sentido DIEZ-PICAZO (2007) p. 43.

³⁴⁸ Es opinión de la doctrina francesa que el principio sacralizado de la autonomía privada, permitirá a los aseguradores la elaboración de condicionados generales de la contratación, sistema que se prestará para abusos en desmedro de los asegurados. Por su parte, los tribunales franceses buscarán fórmulas, que si bien legitimarán este mecanismo de contratación al alero del derecho común, específicamente sobre la base de los artículos 1134 y 1136 del *Code civil*, buscarán asimismo fórmulas para proteger a los asegurados y garantizar el equilibrio contractual, apoyándose esencialmente en la invocación del orden público. Véanse PICARD Y BESSON (1964) p. 55; LAMBERT-FAIVRE (1973) pp. 67 y ss.; BRIÈRE (1973) pp. 17 y ss. En el derecho alemán, luego de cien años de vigencia de la VVG de 1908, el legislador optará por su reemplazo. Al igual que las modificaciones introducidas al BGB el año 2001, las razones de la nueva regulación apuntarán a un ordenamiento de la normativa vigente que se fue ajustando en varias materias al contenido de las Directivas de la Unión Europea (en adelante UE), y muy especialmente a la tendencia de la denominada protección del consumidor o contratante débil en el proceso de contratación moderna. Sobre lo que hemos señalado, es opinión de BECKMANN, que “el objetivo político-jurídico más importante de la reforma era el de crear mayor protección del consumidor-asegurado”. BECKMANN (2009) p. 18. Esta tendencia de tutela al asegurado sigue, a nuestro juicio, la teoría de RIPERT sobre el orden público de protección. Ver por todos TAPIA (2005) pp. 235 y ss. Este es el sentido que viene impuesto en nuestra legislación. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

proporcional del inciso cuarto del citado artículo 525. El mismo criterio opera para los casos de mantención del contrato, mediante un aumento de la prima, o un cambio en las condiciones de cobertura, según lo dispuesto en el inciso tercero del citado artículo. En consecuencia, y considerando que los condicionados sólo regulan la posibilidad del asegurador de quedar liberado del cumplimiento de su obligación principal³⁴⁹, la norma convencional no se trata de una estipulación contractual que sea más beneficiosas para el asegurado, por el contrario, es más gravosa que el remedio legal. Se trata, a nuestro parecer, de una cláusula o estipulación contraria a la ley, por consiguiente nula.

1.2. JUSTIFICACIONES Y FUENTES DE LA MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN MATERIA DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO

Las razones que justifican los cambios introducidos en la regulación del deber precontractual de declarar el riesgo, se observan en diversas dimensiones.

Por una parte, observamos la problemática de asimetría inserta en el proceso de formación del contrato *estándar*, y por la otra, la consecuente necesidad de tutelar los intereses de quien está en una posición de desventaja durante la contratación. En este sentido, a nuestro parecer, este fenómeno de la contratación moderna - asimetría y masividad - se refleja con claridad en los contratos de seguro. Basta con dar una mirada al desarrollo de la actividad aseguradora, para plasmar que la comercialización masiva sobre tipos contractuales estandarizados es una realidad. En este escenario, el plano de igualdad de los contratantes se ve como una utopía, no es un reflejo de la realidad, ya que el asegurador, por lo general, está en una posición mejorada en relación al tomador del seguro, no sólo en la perspectiva de poderío económico, sino desde el punto de vista de la información relevante para llevar la celebración del contrato a término.

A esta particularidad de la contratación estandarizada, hemos

³⁴⁹ LAGOS, se refiere a esta cláusula como la regla del todo o nada. LAGOS (2012) p. 125.

observado que la industria aseguradora ha evolucionado, perfeccionado sus técnicas y procesos, y se ha transformado secuencialmente en una operación especializada, compleja y profesional.

Confluye con las razones señaladas una nueva concepción del contrato en la perspectiva de su eficacia. Prima la necesidad de satisfacer los intereses de las partes que contratan, por lo que, más bien, los ordenamientos jurídicos tenderán a implementar remedios que permitan la mantención del negocio jurídico, según los casos³⁵⁰. Veremos, que en el concreto caso del seguro, la rigidez de la nulidad³⁵¹ será desplazada por otros efectos frente a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa.

En cuanto a las posibles fuentes de los artículos 525 y 539 del CCMCH, si revisamos el texto de la moción del proyecto de modificación del CCMCH y la participación de los intervinientes en la Comisión a cargo de su revisión, sólo observamos una referencia general a la tendencia de las legislaciones extranjeras. Excepcionalmente, se puede observar la referencia expresa al Derecho español y francés en el caso del artículo 542 sobre imperatividad, y una referencia a los Derechos francés, español, portugués y belga en el caso del seguro de responsabilidad civil.

No obstante, nuestra investigación sobre los artículos 525 y 539 del CCMCH, nos permite formular que estas normas legales, siguen los criterios que vienen impuestos en los ordenamientos europeos en general, siendo pionero el francés a partir de la Ley de seguro de 1930,

³⁵⁰ A nuestro parecer, no se trata de un caso aislado en nuestro derecho. Si revisamos las modificaciones introducidas a la LPC mediante la Ley 20.555, observamos como el artículo 17E contempla claramente la intención de nuestro legislador de conservar el contrato. Señala el citado artículo: *“El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B. Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiese determinar a favor del consumidor. Esta nulidad sólo podrá invocarse por el consumidor afectado, de manera que el proveedor no podrá invocarla para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor”*.

³⁵¹ En este sentido ver RUBIO (2003) p. 30.

que incorporó elementos de valoración de la conducta del tomador (buena fe o mala fe) y remedios distintos a la nulidad, para los casos de un incumplimiento al deber precontractual de declaración el riesgo³⁵², que posteriormente fueron incorporados en el derecho italiano (artículos 1892 y 1893 del Código civil de 1942), español (artículo 10 de LCS de 1980) y alemán (§ 19 y ss. de la VVG), entre otros.

Con todo, y como veremos más adelante, nuestro legislador incorporará criterios de valoración de la conducta del declarante mediante la inexcusabilidad y la procedencia de otros remedios, además de la nulidad, en concreto la rescisión o liberación del asegurador de su obligación de indemnizar, la modificación de los términos pactados mediante un aumento de la prima o una adecuación de las condiciones de la cobertura, y la rebaja proporcional de la indemnización, todo según los varios casos.

2. LA NUEVA REGULACIÓN FRENTE A LA DISCIPLINA COMÚN SOBRE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

En el capítulo primero de la primera parte de nuestra investigación, al abordar la problemática sobre la naturaleza jurídica del deber precontractual de declaración del riesgo, nos referimos al debate, poco pacífico en doctrina, sobre si este deber de informar el riesgo asegurable y los efectos que se derivan de su inobservancia quedan contextualizados en la disciplina general de vicios del consentimiento o

³⁵² Ciertos grupos de asegurados franceses reaccionaron y buscaron mejorar su posición en la relación obligatoria que nace del contrato de seguro. Un caso concreto y especial se dio en el seguro de incendio. Sostiene un autor que un grupo de asegurados denominado como *Ligue des assurés*, y que corresponde a una especie de cámara de propietarios de inmuebles, consiguió modificar en acuerdo con las compañías de seguros la póliza de incendio de uso común en la época. Se lograron importantes mejorías en favor de los asegurados, sustituyendo diversas cláusulas de antiguo uso. Ello dio como resultado la póliza de incendio de 1913, que tuvo una injerencia relevante en el desarrollo del derecho posterior. Fueron los criterios introducidos en la póliza de 1913, sobre la información o *declaration du risque*, los que recogió la nueva Ley francesa. El rígido sistema del artículo 348 del *Code de commerce*, fue reemplazo por otro criterio, en el que se introdujo la distinción sobre la conducta de buena o mala fe del asegurado, y sobre ello se contemplaron efectos distintos a la nulidad, en el caso de inobservancia al deber *in contrahendo* de declaración del riesgo. Ver por todos SUMIEN (1957) p. 33.

no³⁵³.

La doctrina tradicional sostiene, que el deber precontractual de declaración del riesgo y los efectos que acarrea su incumplimiento, se contextualizan en la disciplina general del error y el dolo, con indiferencia del estado subjetivo del declarante³⁵⁴.

Por otra parte, observamos que a inicios del siglo XX y producto de la modernización del negocio del seguro, la doctrina alemana introducirá con fuerza la tesis de tratarse este deber de una carga informativa *in contrahendo*, cuya inejecución permite al asegurador liberarse de cumplir su obligación de indemnizar ocurrido el siniestro³⁵⁵. No se trata, de un fenómeno aislado en la contratación, obedece, parafraseando a ROJO “a la importantísima evolución, y el cambio sustancial, que ha habido de la concepción decimonónica de los tratos preliminares, reflejada en los códigos, a la cada vez mayor valoración de la buena fe en las relaciones precontractuales en las últimas décadas”³⁵⁶.

Hemos observado que los nuevos criterios doctrinarios, representados en la *Voraussetzungstheorie* elaborada por BRUCK, confluyen con la práctica mercantil del contrato de seguro, dando como resultado una regulación especial caracterizada, por lo general, en algunos tópicos jurídicos. Así, el deber precontractual de declarar el riesgo se trataría de una carga precontractual de origen legal, cuya inejecución se resuelve en el contexto de la nulidad del contrato, o en otros efectos que dependerán de la conducta del declarante, en concreto si actuó de buena o mala fe, con o sin culpa o dolo. Subsiste la nulidad,

³⁵³ Ver VISINTINI (1971) p. 430. En nuestra doctrina, BARROS, al abordar los deberes de cuidado y la buena fe en el ámbito de la etapa precontractual del negocio jurídico, señala que “la doctrina tradicional del contrato pone atención en el consentimiento, porque asume que las partes son responsables de las decisiones que adoptan dentro de su ámbito de autonomía privada. Por eso, lo que ocurre en el periodo precontractual es relevante principalmente desde la perspectiva de los vicios del consentimiento, que dan lugar a la rescisión del contrato precisamente porque no existe genuina intención de obligarse”. BARROS (2006) pp. 1000-1001.

³⁵⁴ Ver por todos VISINTINI (1971) p. 431.

³⁵⁵ Sobre la pérdida de exigibilidad de la obligación del asegurador (*Unverbindlichkeit*) ver por todos BRUCK (1930) p. 180.

³⁵⁶ ROJO (1994) p. 263.

no obstante la calificación del deber como carga.

A nuestro juicio, el legislador chileno en las modificaciones introducidas al Título VIII del Libro II del CCMCH, por medio de los artículos 525 y 539, recoge los criterios que hemos referido. No obstante, y si bien subsiste el uso del término obligación, se trata de una imprecisión del artículo 525 del CCMCH³⁵⁷. Estaría resuelta la naturaleza jurídica de este deber de informar como una carga *in contrahendo*.

En cuanto a los efectos derivados de la inejecución de esta carga de informar sobre el estado del riesgo, los artículos 525 y 539 recogen diversos remedios, dependiendo de la conducta del tomador o contratante y del momento del descubrimiento de la divergencia³⁵⁸.

Es nuestra opinión que la declaración errónea, reticente o inexacta del artículo 525, y la declaración a sabiendas sustancialmente falsa del artículo 539 del CCMCH, no obedecen a la estructura típica de los vicios de la voluntad que regulan los artículos 1451 y siguientes del Código civil³⁵⁹.

La máxima buena fe que caracteriza este contrato, estructura un deber de informar sobre el estado del riesgo asegurable que va más allá del error esencial, sustancial o accidental, del dolo determinante y obra de una de las partes.

³⁵⁷ Consideramos la opinión del autor del proyecto de modificación del Título VIII, Libro II del CCMCH OSVALDO CONTRERAS. Este autor, aborda la carga precontractual de declarar el riesgo como “deber de información del asegurado al contratar el seguro”. CONTRERAS (2008) p. 544. Por su parte, ARELLANO, mantiene en su análisis el vocablo obligación al abordar el artículo 525 del CCMCH. Ver ARELLANO (2013) p. 51.

³⁵⁸ En tal sentido, SOLIMANDO en su análisis de los artículos 1892 y 1893 del Código civil italiano, señala que “la jurisprudencia ha reconducido la disciplina de los artículos 1893 y 1893 del Código civil al incumplimiento de una carga de comunicación impuesta al asegurado”. SOLIMANDO (2001) p. 32. En nuestro sistema de aseguramiento, hemos observado una situación inversa. El legislador recogió la experiencia de otros ordenamientos jurídicos, apartándose de la práctica mercantil, provocando con ello una disensión entre la regulación legal y el tráfico del seguro.

³⁵⁹ En este sentido en la doctrina italiana ver SCHIAVONE (2008) p. 73.

La incorporación de remedios distintos a la nulidad del contrato, obedecen a la tendencia impuesta por el principio *favor contractus o effetto utile*³⁶⁰, por lo que, a nuestro juicio, la nulidad quedará circunscrita solamente al caso del dolo o la mala fe³⁶¹.

A continuación, abordaremos los presupuestos que exige el legislador chileno, para que frente a una inobservancia del deber precontractual de declarar el riesgo asegurado, procedan los remedios contemplados en los artículos 525 y 539 del CCMCH.

3. EL SISTEMA DE REMEDIOS DE LOS ARTÍCULOS 525 Y 539 DEL CCMCH

3.1. GENERALIDADES

Los artículos 525 y 539 del CCMCH, frente a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, contemplan diversos remedios que van desde la nulidad del contrato, la liberación del asegurador de su obligación de indemnizar, y la posibilidad de mantener vigente el seguro³⁶². En este último caso, las soluciones que introduce nuestro

³⁶⁰ A juicio de KELLER, *favor contractus*, significa mantener el contrato y, en ocasiones, la adaptación del contrato. KELLER (2008) p. 247. Sobre el principio de conservación del contrato o *favor contractus* véanse ALPA (2000) pp. 5353 y ss; ALVARADO (2003) pp. 167 y ss.; SALANITRO (2009) p. 62.

³⁶¹ En este sentido, véanse: Artículo L. 113-9 del Código de seguros francés, señala: “*L’omission ou la déclaration inexacte de la part de l’assuré dont la mauvaise foi n’est pas établie n’entraîne pas la nullité de l’assurance*”; § 19 párrafo 3 de la VVG: “El derecho de rescisión por parte del asegurador es improcedente cuando no exista por parte del asegurado dolo o culpa grave. En este caso el asegurador tiene derecho a rescindir el contrato dentro del plazo de un mes”. (*Das Rücktrittsrecht des Versicherten ist ausgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verletzt hat. In diesem Fall hat der Versicherer das Recht, den Vertrag unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zu kündigen*).

³⁶² A juicio de MORALES MORENO, “el término remedio, no es un término que tenga arraigo histórico en nuestro ordenamiento ni en la tradición jurídica continental, proveniente del Derecho romano. En ella es más frecuente hablar de acciones, o de pretensiones, si nos situamos fuera del ámbito estrictamente procesal. Pero el término remedios (proveniente del derecho angloamericano y con un uso cada vez más extendido en los textos de derecho europeo) tiene la ventaja de su mayor flexibilidad. No está contaminado por la construcción judicialista que históricamente ha acompañado a las medidas de protección del derecho de

legislador el año 2013, permiten la subsistencia del contrato, y buscan además, corregir el desequilibrio que se produce en la relación contractual por el incumplimiento del deber de información sobre el riesgo asegurado³⁶³.

Los remedios que contemplan una mantención de la validez del seguro - no obstante el incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo - siguen el principio *favor contractus*. Ello justifica la existencia de remedios distintos a la nulidad del contrato³⁶⁴. Si bien hay un supuesto de contrato válido que hace subsistir el *vinculum iuris*, una de las partes se encuentra insatisfecha debido al incumplimiento de un deber propio de la formación del contrato de seguro³⁶⁵. Ello, debe ser corregido.

Unido al principio *favor contractus*, nuestro legislador introduce una regla de conducta o comportamiento, cuya inobservancia no afecta *per se* la estabilidad o eficacia estructural del seguro³⁶⁶.

contratos. Permite incluir tanto las pretensiones como los derechos potestativos. Permite además referirse a las medidas de protección que se desarrollen fuera del proceso (por ejemplo: anulación o resolución extrajudicial, mediante declaración de voluntad)". MORALES MORENO (2011) p. 402. Sobre los deberes precontractuales y los remedios contemplados para los casos de violación del deber precontractual de informar en el proyecto *Acquis Principles*, ver SALANITRO (2009) pp. 59 y ss.

³⁶³ Como sostiene D'AMICO, es necesaria la compatibilidad entre la necesidad de reequilibrar la relación contractual y la mantención de la validez del contrato, no obstante existir un incumplimiento a un deber precontractual. D'AMICO (2003) p. 358. Sobre la finalidad de reequilibrar la relación contractual, ver ASÚA (1989) p. 75.

³⁶⁴ En cuanto a los fundamentos que justifican la mantención de contrato, ver KELLER (2008) p. 249.

³⁶⁵ Señalan GARCÍA RUBIO y OTERO, que "existen situaciones en las que, a pesar de no haberse respetado escrupulosamente los deberes precontractuales por una de las partes, no procede, al menos en un primer momento, la desvinculación del contrato. La situación puede ser especialmente relevante en casos de violación de deberes de información que conducen a uno de los contratantes a celebrar un contrato en condiciones desventajosas respecto de las que hubiera acordado de contar con la información íntegra y correcta". GARCÍA RUBIO y OTERO (2010) p. 50.

³⁶⁶ Ello queda reflejado, como veremos más adelante, en aquellos casos en que hay *bona fides*, no obstante un incumplimiento del deber y sus consecuencias. En este sentido, la nulidad del contrato como solución a la inejecución de esta carga de información queda restringida a los casos de mala fe o como sostiene D'AMICO, "el instrumento radical de la nulidad queda reservado para ciertos casos de violación

Siguiendo el planteamiento de MORALES MORENO en materia de remedios precontractuales, observamos que el sistema que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, en los artículos 525 y 539 del CCMCH, contempla una unidad de supuesto básico, y diversos supuestos complementarios que permiten determinar el remedio aplicable³⁶⁷, según los casos.

La unidad de supuesto básico de los artículos 525 y 539 del CCMCH estaría representada por el incumplimiento o inejecución de la carga precontractual de declaración del riesgo.

Los supuestos complementarios en el contexto de los artículos 525 y 539 del CCMCH, tienen una doble dimensión. Por una parte, si ha ocurrido o no el siniestro, que denominaremos como factor de

de un estándar de conducta elevado”, como ocurre en el caso de los artículos 521 y 539 del CCMCH. D’AMICO (2003) pp. 348-349.

³⁶⁷ Señala MORALES MORENO: “Un sistema de remedios es un conjunto de remedios, ofrecidos por el ordenamiento, de modo *articulado*, en una determinada situación (concretada en el supuesto básico del sistema de remedios de que se trate) para que el sujeto legitimado (que ha visto lesionado un determinado interés) pueda obtener una protección adecuada mediante la utilización de alguno o algunos de ellos. Un sistema de remedios es, por tanto, un conjunto de medidas jurídicas diferentes, pero que actúan de modo coordinado para que pueda lograrse a través de ellas la satisfacción del interés lesionado, de acuerdo con las preferencias del sujeto legitimado para su utilización. Un sistema de remedios se caracteriza por estos rasgos. *Unidad del supuesto básico*, común a todos los remedios. Por ejemplo, en el sistema del incumplimiento, el supuesto básico es el incumplimiento del contrato. El supuesto básico abre la posibilidad de utilizar el sistema; además nos pone de manifiesto la función del sistema: el interés insatisfecho o lesionado, que se trata de satisfacer. Volviendo al ejemplo del sistema de remedios del incumplimiento, el incumplimiento significa la insatisfacción del interés del acreedor en una relación obligatoria surgida de un contrato, por la falta de cumplimiento (ejecución en sus términos) del contrato. *Pluralidad de remedios*. En un sistema de remedios se articulan varios remedios: los que el ordenamiento considere oportunos para satisfacer el interés del sujeto legitimado. Cada remedio ofrece una vía diferente de protección de ese interés, complementario de los otras (los otros remedios). Por ejemplo, en el incumplimiento, la pretensión de cumplimiento permite satisfacer *in natura*, a través de la conducta del deudor, el interés del acreedor en la ejecución del contrato. La pretensión indemnizatoria satisface, por vía indirecta, ese interés, a través de la suma de dinero recibida como indemnización. Y lo mismo sucede con el resto de los remedios del incumplimiento. Cada uno ofrece al contratante insatisfecho protección en un aspecto o faceta del interés lesionado”. MORALES MORENO (2011) p. 403.

temporalidad en la ocurrencia del riesgo asegurado, y por la otra, la culpa o dolo, la buena o mala fe en la declaración del riesgo, que denominaremos como factor subjetivo de la conducta del declarante. Dependiendo de los supuestos complementarios que hemos enunciado, frente a un incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo, nuestro legislador contempla la posibilidad de anular el contrato en el caso de dolo o mala fe, quedar liberado el asegurador del contrato en el caso de culpa, o la mantención del seguro mediante un aumento de la prima o un cambio de las condiciones de cobertura pactadas, y finalmente la posibilidad de rebajar proporcionalmente la indemnización, en aquellos casos en los que la mala fe o la culpa están ausentes.

A continuación, abordaremos los incumplimientos contenidos en los artículos 525 y 539 citados, para luego, analizar los efectos derivados de la infracción a las normas referidas.

3.2. LA UNIDAD DE SUPUESTO BÁSICO: EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO

Los remedios que contempla nuestro legislador en los artículos 525 y 539 del CCMCH frente a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, apuntan a establecer si es justo que el asegurador se mantenga o no vinculado o continúe estándolo con el asegurado en razón del contrato celebrado. El supuesto básico está determinado por la inexecución del deber de informar. El incumplimiento.

El incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo, representado por la divergencia entre el riesgo verdadero y el declarado por el contratante o tomador, por sí sólo, no es suficiente para dar lugar a la nulidad del contrato, a la rescisión o liberación del asegurador de su obligación de indemnizar, a una modificación de los términos pactados mediante un aumento de la prima o una adecuación de las condiciones de la cobertura, o una rebaja proporcional de la indemnización, todo según los casos.

Por otra parte, en el contexto de los artículos 525 y 539 del CCMCH, la disensión entre lo real y lo declarado se refiere a datos

contenidos en el formulario de preguntas que debe entregar el asegurador al contratante y que sean conocidos por este último. Este es el sentido de los artículos 524 numeral 1° y artículo 525 citados.

Con todo, el inciso segundo del artículo 525 del CCMCH, complementa y refuerza los criterios de pregunta-respuesta y de conocimiento de la información sobre el riesgo asegurable en la perspectiva del tomador, al establecer que *“convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración sobre el estado de riesgo, éste no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud”*³⁶⁸.

³⁶⁸ El texto original del inciso segundo del artículo 525 del proyecto de la Ley 20.667, era del siguiente tenor: *“Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración del estado de riesgo, éste no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud, salvo que sean inexcusables”*. En cuanto a la interrogante de comprender qué sentido y alcance se debía dar a la frase *“salvo que sean inexcusables”* contenida en la parte final del artículo 525, a nuestro juicio, la intención del legislador apuntaba, más bien, a contemplar una excepción a la regla general de quedar limitado el contenido del deber precontractual de declarar el riesgo a lo que se pregunta. En consecuencia, en aquellos casos en los que el contratante o tomador conoce determinados datos y tiene clara conciencia de su relevancia en la determinación del riesgo asegurado, la fijación del monto de la prima y la decisión final del asegurador de asumir el riesgo, no puede callar. Es posible, que nuestro legislador, buscaba hacer extensiva la regla que en esta materia rige para el seguro marítimo. El artículo 1176 del CCMCH dispone que *“[...] se presume conocida del asegurado toda circunstancia que no pueda ignorar en el curso ordinario de sus negocios. La obligación de informar no está limitada a responder los cuestionarios del asegurador. La reticencia, inexactitud o falsedad de información que se juzgue importante para determinar la naturaleza y extensión del riesgo, produce la nulidad del seguro”*. En este sentido, ARELLANO, al abordar su análisis del artículo 524 del CCMCH, señala que *“aunque la ley no lo dice, es obvio que esta obligación no puede entenderse circunscrita a lo que la compañía requiera, sino también a cualquier circunstancia necesaria conocida de quien solicita un seguro y que pueda ser razonablemente significativa para su contratación, evolución del riesgo y fijación de la prima [...]”*. Luego este mismo autor, refiere la norma sobre seguros marítimos del artículo 1176 del CCMCH. ARELLANO (2013) pp. 52 y 121. No obstante lo señalado, advertimos que el citado autor, no refiere la historia de la ley y propone aplicar una norma sobre seguros marítimos a los seguros que no quedan categorizados en los grandes riesgos.

3.3. LA DECLARACIÓN ERRÓNEA, RETICENTE O INEXACTA, UNIDAD DE SUPUESTO BÁSICO DEL ARTÍCULO 525 DEL CCMCH

Para una adecuada comprensión y análisis, reproducimos el texto de los incisos tercero y cuarto del artículo 525 del CCMCH:

Si el siniestro no se ha producido, y el contratante hubiere incurrido inexcusablemente en errores, reticencias o inexactitudes determinantes del riesgo asegurado en la información que solicite el asegurador de acuerdo al número 1° del artículo anterior, el asegurador podrá rescindir el contrato. Si los errores, reticencias o inexactitudes sobre el contratante³⁶⁹ no revisten alguna de dichas características³⁷⁰, el asegurador podrá proponer una modificación a los términos del contrato, para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura a las circunstancias no informadas. Si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de diez días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá rescindir el contrato. En este último caso, la rescisión se producirá a la expiración del plazo de treinta días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación.

Si el siniestro se ha producido, el asegurador quedará exonerado de su obligación de pagar la indemnización si proviene de un riesgo que hubiese dado lugar a la rescisión del contrato de acuerdo al inciso anterior y, en caso contrario, tendrá derecho a

³⁶⁹ Advertimos que se trata de una imprecisión, ya que debe decir del contratante y no sobre el contratante. Este error fue advertido en el tercer trámite constitucional y corregido por la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda responsable de la tramitación del proyecto. No obstante, el texto publicado mantuvo el error. La falta de sentido de la frase permite, a nuestro juicio, interpretar que se trata de los errores, reticencias e inexactitudes del contratante en su declaración, pues ello es lo que regula el artículo 525 del CCMCH.

³⁷⁰ Se trata de otra imprecisión en la redacción del artículo 525 inciso tercero del CCMCH. Los datos que integran el riesgo deben ser siempre relevantes. En este sentido, la frase “no revisten alguna de dichas características” del inciso tercero del artículo 525 citado, debe restringirse a la inexcusabilidad en la declaración, y no al carácter determinante del dato que integra el evento de peligro.

rebajar la indemnización en proporción a la diferencia entre la prima pactada y la que se hubiese convenido en el caso de conocer el verdadero estado del riesgo.

Analizaremos a continuación, los tipos de incumplimientos contenidos en el artículo 525 del CCMCH citado.

3.3.1. TIPOS DE INCUMPLIMIENTO

3.3.1.1. LA INEXACTITUD EN LA DECLARACIÓN

Una revisión de la declaración inexacta del artículo 525 del CCMCH, no se comprende si no abordamos un análisis de posibles fuentes.

Revisados algunos ordenamiento jurídicos europeos, en concreto el francés, español, italiano y alemán, hemos podido observar que la norma del artículo 525 del CCMCH, se asemeja en el tratamiento de los tipos de incumplimiento, a los artículos 1892 y 1893 del Código civil italiano, que regulan la declaración inexacta o reticente, y al artículo 10 de la LCS española que se refiere a la reserva o inexactitud del tomador en su declaración³⁷¹.

A juicio de MENICHINO, en el contexto de los artículos 1892 y 1893 del Código civil italiano, “la declaración inexacta consiste en la declaración que no corresponde a la verdad, mientras la reticente es una omisión de información sobre el riesgo asegurado”³⁷². Por su parte, en el caso de la LCS española la reserva o inexactitud debe entenderse como la declaración inexacta o reticente. Este es el sentido que le da la doctrina española³⁷³, y nos demuestra con ello, que esta norma tiene como fuente los artículos 1892 y 1893 del Código civil italiano.

La problemática del artículo 525 del CCMCH, se debe a que nuestro legislador recurre a la frase “*errores, reticencia y inexactitudes del contratante*”, que nos llevarían, en principio, a la teoría del error en el ámbito de los vicios del consentimiento. Es insoslayable, por lo tanto,

³⁷¹ En el mismo sentido ver ARELLANO (2013) p. 72.

³⁷² MENICHINO (2001) p. 875.

³⁷³ Ver por todos SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 299.

precisar si nuestro legislador en las modificaciones introducidas al CCMCH – Título VIII, Libro II – ha querido mantener la estructura tradicional de los vicios del consentimiento o no.

Es nuestra opinión, que la declaración errónea es aquella que contiene datos que no corresponden a la realidad. Del mismo modo, la declaración inexacta obedece al suministro de información que no corresponde a la verdad³⁷⁴. Confluyen, en consecuencia, ambos supuestos, y se funden en uno sólo, por lo que, siguiendo con ello la tendencia de las legislaciones extranjeras que hemos referido – esta es la fuente jurídica de inspiración del proyecto de modificación Título VIII, Libro II del CCMCH – la norma del artículo 525 se aparta por completo de la disciplina común sobre vicios del consentimiento.

3.3.1.2. LA RETICENCIA

En nuestro análisis sobre la reticencia, es obligada la referencia a BEIGNIER, autor que confronta en el ámbito de *l'obligations d'information (renseignement)* el derecho a no decir todo o a silenciar, frente al deber de *sincérité* que inspira la formación del contrato de seguro.³⁷⁵ Sobre la afirmación de este autor, formulamos como interrogante la siguiente ¿por qué esta diferencia entre decirlo todo o silenciarlo?

A nuestro juicio, en el contrato de seguro a diferencia de lo que

³⁷⁴ Si revisamos la historia de la ley, el Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, de la Cámara de Diputados, sobre la Ley 20.667, publicada en el D.O. del 09 de mayo del 2013, en su acápite “Antecedentes” se señala lo siguiente: “*Se regulan con precisión los efectos de las reticencias e inexactitudes en la información de los riesgos, que debe hacer el proponente del seguro a la compañía aseguradora, distinguiendo según la gravedad de dichas reticencias e inexactitudes, de un modo claro y ordenado (art. 525)*”. El texto transcrito, a diferencia del artículo 525 inciso tercero del CCMCH, sólo se refiere a declaraciones inexactas o reticentes, no al error. En el acápite “Intervenciones” del informe, el Intendente de Seguros de la S.V.S, al abordar la declaración del estado del riesgo, en concreto el artículo 525, se refiere a las reticencias, omisiones e inexactitudes. Por su parte, en la intervención del autor del proyecto, OSVALDO CONTRERAS, al abordar el artículo 525 se refiere a errores, reticencias e inexactitudes. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

³⁷⁵ BEIGNIER (2011) p. 171. Ver CARRASCO (2010) p. 347.

ocurre en la contratación en general, el derecho de reserva del contratante queda excluido en beneficio del asegurador, quien debe ser puesto en un estado de completo conocimiento del riesgo asegurable³⁷⁶.

Se hace necesario determinar los contornos de la reticencia, que conceptualizaremos como la omisión de información relevante para el asegurador en la determinación del riesgo asegurado³⁷⁷. El contratante que calla, da una declaración incompleta³⁷⁸ o como sostiene DOMÍNGUEZ ÁGUILA, se trataría de una “omisión consciente de una manifestación, cuando según la ley o la buena fe hay obligación de informar”³⁷⁹. En el caso del seguro, el deber de información está impuesto de modo expreso en el artículo 524 número 1° del CCMCH. Confluyen, en consecuencia, la buena fe y el mandato legal.

Los contornos de la reticencia en el contrato de seguro, apuntan a determinar si esta queda circunscrita al supuesto de quien calla deliberadamente (*animis decipiendi*)³⁸⁰, o simplemente omite decir lo que debe informar y sabe o conoce.

El artículo 539 del CCMCH se refiere al tomador del seguro que “*a sabiendas, proporciona al asegurador información sustancialmente falsa*”. Se trataría de un suministro de información y no de una omisión

³⁷⁶ Sobre los deberes de información y el derecho de reserva ver ROJO (1994) pp. 263 y ss.

³⁷⁷ A juicio de ARELLANO, “en el derecho de seguros se entiende por reticencia la ocultación maliciosa o culposa efectuada por el asegurado al exponer la naturaleza o características de los riesgos que desea cubrir, destinada a pagar un menor valor por concepto de prima del seguro o bien conseguir un seguro que, sin tal ocultamiento, podría no ser tomado o cuyas coberturas se verían restringidas”. ARELLANO (2013) p. 118.

³⁷⁸ En este sentido véanse PELAGGI (1967) p. 243; SOLIMANDO (2001) p. 36.

³⁷⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 89.

³⁸⁰ El *animus decipiendi* se identifica en doctrina con la intención de engañar y es una característica fundamental del dolo vicio. ROJO (1994) p. 20. Señala PELAGGI, que el dolo vicio requiere *animus decipiendi* (ánimo de engañar) o una maquinación; en la reticencia dolosa – se refiere al contexto del contrato de seguro – tenemos, por una parte, un estado de mala fe, y por el otro, un comportamiento silencioso sobre circunstancias que se debían declarar, acompañado de la objetiva divergencia entre el riesgo real y el riesgo representado. PELAGGI (1967) p. 244.

en la entrega de datos relevantes³⁸¹. En este caso el contratante no calla, pues, proporciona maliciosamente información que no es verdadera. Ello, nos llevaría a concluir, en principio, que nuestro legislador no habría considerado un posible supuesto de reticencia de mala fe o dolosa, evitando la problemática del denominado dolo omisivo³⁸².

La reticencia en el contexto del contrato de seguro – bajo el ordenamiento jurídico chileno – admite una concepción más comprensiva, al considerarse toda omisión o falta de entrega de información, sin limitarla, necesariamente a la mala fe del contratante. Ello es consecuencia, de la intolerancia al *dolus bonus* en el contrato de seguro, que excluye toda maniobra que tenga por objeto obtener ventajas en el proceso de formación del contrato de buena o mala fe.

La regulación que introduce nuestro legislador en Título VIII, Libro II del CCMCH en cuanto a la reticencia como un tipo de incumplimiento al deber de informar mandatado en el artículo 524 del mismo código, admite la simple omisión, esto es, aquella falta de entrega de información que no va unida al engaño consciente e intencional³⁸³. Del

³⁸¹ Si revisamos nuestra jurisprudencia, hemos observado la tendencia a entender la reticencia como la falta u omisión de entrega de información. Véanse *Compañía de Seguros Allianz SA con Trans Warrants Ltda (1996)*; *Renta Nacional Seguros de Vida S.A con Capdrena (2006)*.

³⁸² En la doctrina chilena, ALESSANDRI BESA señala: “El dolo negativo se denomina también reticencia”. ALESSANDRI BESA (2008) p. 64. Por su parte, en la doctrina italiana, es opinión de PELAGGI, que la disciplina del dolo omisivo en el contrato de seguro, tiene una característica especial, ya que se aparta de la disciplina del dolo en general. En todos los contratos subsiste la exigencia de la exacta declaración de los contratantes para la determinación del objeto del contrato o del objeto de la prestación contractual; tal exigencia adquiere un relieve muy especial en el contrato de seguro. De hecho, el asegurador debe ser puesto en un grado de valoración del riesgo con la mayor precisión posible, para decidir en orden a la asunción y para poder adaptarlo a la prima. PELAGGI (1967) p. 219; en el mismo sentido véanse VISINTINI (1971) pp. 423 y ss.; GAZARRA (1974) p. 47. GRISI (1990) pp. 746 y ss.; LETTA (1997) pp. 182-183; MENICHINO (2001) p. 878.

³⁸³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 90. En la doctrina italiana, es opinión de MENICHINO, que la reticencia dolosa o la hipótesis de dolo omisivo no puede fundarse sobre una violación a un deber general de informar. MENICHINO (2001) p. 878. Por su parte, ALTAVILLA, sostiene que la reticencia “es la expresión técnica que define el involuntario silencio doloso”. ALTAVILLA (1941) p. 156. Se opone a la tesis

mismo modo que nuestra doctrina civilista, es nuestra opinión, que la expresión “*proporciona*” del artículo 539 del CCMCH, no excluye la conducta contraria, esto es, no entregar la información requerida por el asegurador³⁸⁴.

En los sistemas de declaración dirigida o cuestionario, el asegurador es quien determina *a priori* lo que estima relevante y, por consiguiente, lo pregunta de modo claro y preciso.

Precisamos, además, que no habrá reticencia respecto de aquello que el asegurador conoce o debiera conocer en razón de su experiencia y profesionalismo, pues, así lo señala expresamente el artículo 525 inciso final del CCMCH.

3.3.2. SUPUESTOS COMPLEMENTARIOS DE LA DECLARACIÓN ERRÓNEA, RETICENTE O INEXACTA

El artículo 525 del CCMCH, estructura un sistema de remedios frente al incumplimiento del numeral 1° del artículo 524, en varias dimensiones.

Por una parte, se introduce el criterio de la inexcusabilidad, y por la otra, la temporalidad en el descubrimiento del incumplimiento, esto es, si la divergencia es detectada antes o después de ocurrido el siniestro o riesgo amparado por el contrato.

A continuación, abordaremos los supuestos complementarios de temporalidad y de inexcusabilidad de la declaración errónea, reticente o inexacta, con el fin de determinar los efectos o remedios aplicables para cada caso.

de Altavilla, VIANELLO, quien sostiene que la reticencia debe ser voluntaria, y lo es cuando se trata de una omisión consciente. VIANELLO (1991) p. 152.

³⁸⁴ Sobre el efecto derivado del incumplimiento de un deber *in contrahendo* de informar, ver BARROS (2006) p. 1026.

3.3.2.1. EL SUPUESTO DE OCURRENCIA DEL SINIESTRO

Nuestro legislador, siguiendo los criterios introducidos en los ordenamientos jurídicos europeos³⁸⁵, contempla remedios diversos, según haya o no ocurrido el siniestro al momento de detectarse la inobservancia al deber precontractual de declaración del riesgo. En otras palabras, tiene importancia saber si el riesgo está por ocurrir o ha ocurrido ya y lo descubre el asegurador. Son situaciones diversas.

Si el siniestro no ha ocurrido, ninguna prestación debe el asegurador, por lo que, parece lógico que operen como remedios la rescisión, o un aumento de la prima o una modificación de las condiciones de cobertura, si se quiere mantener el contrato.

Sin embargo, si ocurre el siniestro el asegurador debiera cumplir con su obligación de pagar la indemnización al asegurado. No obstante, en el caso de detectarse un incumplimiento al deber precontractual de declarar el riesgo, el asegurador podrá quedar liberado de su obligación,

³⁸⁵ Señala el artículo L113-9 del Código de seguros francés: “*La omisión o la declaración inexacta por parte del asegurado cuya mala fe no haya sido constatada, no implicará la nulidad del seguro. Si aquélla se constatará antes del acaecimiento de cualquier siniestro, el asegurador tendrá derecho, bien a mantener el contrato, mediante un aumento de prima aceptado por el asegurado, o bien a rescindir el contrato diez días después de la notificación remitida al asegurado mediante carta certificada, restituyéndole la porción de prima pagada correspondiente al tiempo en que el seguro no tiene efecto. En el caso en que la comprobación tenga lugar después del siniestro, la indemnización será reducida en proporción al porcentaje de primas pagadas en relación con el porcentaje de primas que habrían sido debidas, si los riesgos hubieran sido completa y exactamente declarados*”. Por su parte, el artículo 10 LCS española: “*El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración. Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación*”. A nuestro parecer, la norma del artículo 525 del CCMCH, se ajusta a las normas europeas citadas.

si prueba culpa del tomador o en caso contrario y considerando la buena fe del contratante, la obligación del asegurador subsiste aunque reducida³⁸⁶.

Revisado exclusivamente el supuesto complementario de temporalidad que contempla el artículo 525 incisos tercero y cuarto, toca analizar a continuación el supuesto de la inexcusabilidad. Ello nos permitirá desentrañar la estructura de los remedios que introdujo nuestro legislador en la citada norma.

3.3.2.2. LA INEXCUSABILIDAD DEL ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El inciso tercero del artículo 525 del CCMCH, señala que *“si el siniestro no se ha producido, y el contratante hubiere incurrido inexcusablemente en errores, reticencias o inexactitudes determinantes del riesgo asegurado en la información que solicite el asegurador de acuerdo al número 1° del artículo anterior, el asegurador podrá rescindir el contrato. Si los errores, reticencias o inexactitudes sobre el contratante no revisten alguna de dichas características, el asegurador podrá proponer una modificación a los términos del contrato, para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura a las circunstancias no informadas. Si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de diez días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá rescindir el contrato. En este último caso, la rescisión se producirá a la expiración del plazo de treinta días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación”*.

El análisis sobre la inexcusabilidad del artículo 525 del CCMCH, nos obliga a precisar, que en nuestro derecho la estructura típica del

³⁸⁶ En tal sentido, a juicio de LAGOS, se “debería tener presente que un error involuntario del asegurado no debería dar lugar a la liberación del asegurador”. LAGOS (2012) p. 128.

error no contemplaría el presupuesto de la excusabilidad para dar lugar a la nulidad del contrato³⁸⁷. Más bien, la regulación sobre vicios de la

³⁸⁷ Según el Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, informe de Chile, elaborado por CLAUDIA BAHAMONDES OYARZÚN, IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI, CARLOS PIZARRO WILSON, ÁLVARO VIDAL OLIVARES, la pregunta número 11 señala: Exponga el régimen del error con trascendencia anulatoria incluyendo, al menos, los supuestos de este tipo de error consagrados en el *Código Civil* y los requisitos que ha exigido la doctrina y los tribunales. Indique, especialmente, si existen diferencias entre el error unilateral y bilateral; si se encuentra consagrada –o reconocida– la inexcusabilidad como requisito. Finalmente, ¿se utiliza con frecuencia el error como causal de nulidad del contrato? La respuesta de la comisión en el punto 4.13, es la siguiente: *“Aun respecto del error es necesario indagar si en el Derecho chileno se encuentra reconocida la excusabilidad como requisito del error con trascendencia anulatoria. La respuesta es que, en general no. Una mirada a las decisiones de la Corte Suprema respecto del error no permite advertir decisiones en las que la discusión acerca de la inexcusabilidad haya sido determinante en el contenido del fallo. Por otra parte, el requisito es escasamente advertido por la doctrina y, en ocasiones, se ha negado que tenga la calidad de requisito del error invalidante. Consultar en <http://www.fundacionfueyo.udp.cl>. Esto mismo ocurre en el contexto del artículo 1.266 del Código civil español. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas, han incorporado como presupuesto del error para dar lugar a la invalidez, su inexcusabilidad. En este sentido, a juicio de LÓPEZ FRÍAS, “es claro que, no ha sido efectivamente el art. 1266 del Cc. sino el análisis y estudio de aquellas, el que ha concretado el requisito de la excusabilidad en el error o la necesidad de que el futuro contratante despliegue una determinada diligencia antes de contratar, que es característica que, como antes se adelantaba, no tiene base en el artículo mencionado aunque procede de los principios de autorresponsabilidad y buena fe”. LÓPEZ FRÍAS (2011) p. 172. La excusabilidad del error en el contexto de los vicios de la voluntad posee una doble dimensión, según observamos en la doctrina extranjera. Esta dualidad queda reflejada, en la evitación del error por parte de quien lo padece y es, por consiguiente, titular de la acción de nulidad, y en la perspectiva de quien provoca el error del otro contratante. Ver en este sentido GHESTIN (1963) pp. 146 y ss.; MORALES MORENO (1988) pp. 217 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE (1999) pp. 77 y ss.; DIEZ-PICAZO (2007) pp. 215-216; Carrasco (2010) p. 291. En ambos casos, el patrón común de la excusabilidad apunta a la protección de la confianza del contratante que se ve afectado por el error, y obedece, a juicio de DIEZ-PICAZO, a los principios de autorresponsabilidad y buena fe. DIEZ-PICAZO (2007) p. 215; en el mismo sentido ver DE LA MAZA (2010) pp. 298 y ss. En la doctrina española, DE CASTRO formula dos interrogantes ¿Quién merece protección, respecto de su propio error? ¿A quién le estará permitido aprovecharse del error ajeno? El autor, frente a estos cuestionamientos señala, que “la jurisprudencia ha ido separando a quienes son indignos de protección”, y en esta categoría, a su juicio, “se atenderá, de una parte, al error inexcusable y al error ocultado y, de la otra, se tiene en cuenta la mala fe de quien provoca el error o no advierte debidamente que este existe”. DE CASTRO (1988) p. 413; En el mismo sentido DE LA MAZA (2011) pp. 300 y ss. Por su parte, MORALES MORENO, sostiene que “si el error es imputable al contratante que*

voluntad que regulan los artículos 1451 y siguientes del Código civil, parecieran contemplar, una concepción objetiva al ser prescindible la conducta de quien declara con error, dolo o fuerza. Bastaría, en consecuencia, que nos enfrentemos a alguno de los supuestos que nuestro legislador consideró, y que cumplidos ciertos requisitos, la voluntad quede viciada por un defecto, siguiendo con ello el aforismo *non videntur qui errant consentire*³⁸⁸.

lo padece, él tiene que soportarlo”. A juicio del autor, “esta regla ha servido para excluir la estimación del error, cuando el contratante que lo invoca no ha puesto la diligencia debida en evitarlo. En ella se refleja el criterio más extendido de entender la excusabilidad”. Este es el criterio que, en principio, elaboró la doctrina y la jurisprudencia extranjera en el contexto del vicio del error frente al consentimiento. MORALES MORENO (1988) p. 218. Parte de nuestra doctrina se refiere al requisito de la excusabilidad del error como presupuesto para dar lugar, a la nulidad del contrato. En este sentido se pronuncia CLARO SOLAR, al señalar que “para que el error obstativo sea jurídicamente eficaz, en cuanto a producir el disenso, es necesario que sea excusable, esto es, que no provenga de culpa del que lo alega, o de imprudencia o supina ignorancia”. Si hay duda sobre la excusabilidad del error, a juicio del autor citado, el contrato subsiste: *in dubio nocet error erranti* CLARO SOLAR (1937) pp. 154-155. Por su parte, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, introduce este requisito apoyándose en el “antiguo brocardo *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*: nadie puede ser oído sobre su propia torpeza”. Consecuencia de lo señalado, sostiene el autor, que “si el error es inexcusable, el negocio será mantenido y la nulidad fundada en el error no podrá acogerse” DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 80; en el mismo sentido MARTINIC Y REVECO (2005) pp. 268 y ss. Por su parte, a juicio de DE LA MAZA, “la función de la excusabilidad como requisito de la trascendencia anulatoria del error no es, por así decirlo, sancionar a quien se comporta sin el debido cuidado en sus negociaciones, sino proteger a quien de buena fe confía en la declaración”. DE LA MAZA (2011) p. 130. Este mismo autor, sostiene que nuestra Corte Suprema de Justicia, habría acogido el criterio de la excusabilidad de error. Ver DE LA MAZA (2011) p. 519.

³⁸⁸ A nuestro juicio, para determinar la procedencia del presupuesto de la inexcusabilidad en nuestro derecho común, debemos atender a ciertas particularidades de la regulación de los vicios del consentimiento contenidas en nuestro Código civil. En tal sentido, y apartándose de otros Códigos de la época, en especial el francés, Bello en el artículo 1452 incorporó una norma expresa, según la cual “*el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento*”. Ello recoge, a nuestro parecer, la distinción que viene heredada del derecho romano entre error de derecho y error de hecho, siendo inexcusable el primero, el que constituye, además, presunción de mala fe según el inciso final del artículo 706 de nuestro Código civil. En consecuencia, podríamos sostener que el error de hecho no admite su categorización entre excusable o no, para dar lugar a la nulidad del contrato. Ver CLARO SOLAR (1937) pp. 141 y ss. Por su parte, en la doctrina española, es opinión de DE CASTRO, que los Códigos decimonónicos no contemplan

El artículo 525 del CCMCH apunta a la conducta del declarante que provoca, en mayor o menor medida, un error del asegurador en la determinación del riesgo asegurado y, consecuencia de ello, en la decisión de asentir en la celebración del contrato o en la determinación de las condiciones consideradas en la decisión de asumir el riesgo. Son la *bona fides* y la confianza comercial las que no toleran que los contratantes, en este caso el tomador, se aproveche del error del otro.

La cuestión estará en determinar, considerando lo que hemos formulado con anterioridad sobre la excusabilidad, si nuestro legislador quiere decir culpa o dolo, o no se trata de un juicio valorativo o de reproche³⁸⁹.

En este punto, a nuestro juicio, el legislador chileno no es claro, y se aparta, según veremos, de los textos de las normas contenidas en el derecho francés, español, italiano y alemán.

La Ley de seguro francesa de 1930, recogiendo la práctica mercantil, distinguirá por primera vez entre la buena y mala fe del asegurado o contratante para determinar el efecto o remedio para los casos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa. Este criterio se mantendrá en el Código de seguros francés³⁹⁰, que contempla

la categorización del error inexcusable, al abandonar la distinción entre error de hecho y de derecho. DE CASTRO (1988) p. 428.

³⁸⁹ En la doctrina italiana, a juicio de VISINTINI, el factor subjetivo de culpa que se incorpora en el artículo 1892 del Código civil, y que se apartaría del sistema de vicios del consentimiento, tendría su origen en la práctica mercantil, específicamente en la cláusula de incontestabilidad, durante la vigencia del artículo 429 del Código de comercio. VISINTINI (1971) p. 432.

³⁹⁰ Bajo el sistema de la Ley francesa de 1930 la doctrina distingue entre *réticences et fausses déclarations intentionnelles ou de mauvaise foi* y *omissions et déclarations inexactes de bonne foi*. BRIÈRE (1973) pp. 74 y ss.; PICARD Y BESSON (1964) pp. 142 y ss. Es opinión de LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR, que los efectos derivados del incumplimiento del deber precontractual de declaración del estado del riesgo, bajo el régimen de *Code de assurances*, constituyen una derivación de la normativa anterior. Siguen el criterio de la ley de 1930. LAMBERT-FAIVRE Y LEVENEUR (2005) p. 266. Ha resuelto la *Cour D'appel* de París en sentencia de 19 de octubre de 1982, que la declaración inexacta de un comerciante sobre su actividad, acarrea la nulidad del seguro de incendio. Lo que plantea esta sentencia es una clara divergencia entre la actividad o profesión (riesgo asegurado) declarada por el contratante al asegurador, y la realidad. En RGDA 1983, p. 193. La *Cour de*

dos supuestos de infracción: la falsa declaración intencional que da lugar a la nulidad del contrato, y la falsa declaración no intencional que da lugar a la rescisión del contrato, o a su mantención con aumento de prima, o a una rebaja proporcional de la indemnización, dependiendo si el descubrimiento del incumplimiento al deber de declarar se detecta antes o después de ocurrido el siniestro³⁹¹.

En la doctrina francesa, a juicio de ABRAVANEL-JOLLY, los supuestos de falsa declaración del asegurado que contiene el Código de seguros, contemplan “dos tipos de sanciones, cuya intensidad dependerá de la buena o mala fe del contratante”³⁹². Lo que observa el autor citado, coincide, a nuestro juicio, con la exposición de motivos del Proyecto de ley chileno sobre modificación del Código de comercio, al señalar que se regulan los efectos de las reticencias e inexactitudes en la información de los riesgos, “*distinguiendo según la gravedad de dichas reticencias e inexactitudes*”³⁹³.

Siguiendo el mismo criterio de la Ley francesa de 1930, el Código civil italiano introdujo una regulación para el caso de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa distinguiendo, entre el supuesto de declaración inexacta y reticente con dolo o culpa grave, contenida en el artículo 1892, que acarrea la nulidad del contrato³⁹⁴, y el supuesto de

Cassation, en sentencia de 9 de abril del 2009, señala que “*le caractère intentionnel d’une faute qui, au sens de l’article 113-1 du Code de assurances, implique la volonté de son auteur de créer le dommage tel qu’il est survenu*” (El carácter intencional de una falta que, en el sentido del artículo 113-1 del Código de seguros, implica la voluntad de su autor de crear el daño tal como se haya ocurrido). En RGDA 2009, p. 747.

³⁹¹ Véanse LAMBERT-FAIVRE Y LEVENEUR (2005) p. 270; ABRAVANEL-JOLLY (2007) p. 818.

³⁹² ABRAVANEL-JOLLY (2007) p. 818.

³⁹³ Ver Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

³⁹⁴ Uno de los problemas que se han planteado en la doctrina y la jurisprudencia italiana, apuntan a la determinación del alcance o sentido de la culpa grave del artículo 1892 del *Codice civile*. En tal sentido, SOLIMANDO sostiene, que “en cuanto a la noción de culpa grave, hay tres posturas diversas. Según la primera dirección, la culpa consistiría en una negligencia grosera o torpe en determinar la circunstancia objetivamente esencial con el fin de dar un conocimiento a la contraparte del verdadero estado de la cosa. Otro punto de vista acoge un concepto

declaración inexacta y reticente sin dolo o culpa grave, contenida en el artículo 1893, que faculta al asegurador para desistirse del contrato, si tiene conocimiento de la inobservancia de la carga antes de ocurrido el siniestro, o tendrá la facultad de rebajar proporcionalmente la indemnización, si tal conocimiento se da después de ocurrido el siniestro³⁹⁵.

Por su parte, el Derecho español sustituyó la regulación sobre el deber precontractual de declarar el riesgo del Código de comercio, al introducir una nueva regla en el artículo 10 de la LCS. Siguiendo un criterio similar al Derecho francés e italiano³⁹⁶, el legislador español

más específico y selectivo de la culpa, asimilándolo a la grave negligencia del asegurado en orden a la fallida relevancia causal de la información o noticia de su conciencia, reteniendo, por grande ligereza o negligencia, lo irrelevante para la valoración del riesgo”. A juicio de la autora, “la jurisprudencia al tratar la culpa grave o dolo efectúa en primer lugar una sutil distinción que llevan al asegurado a la carga del deber de establecer las circunstancias relevantes con el fin de determinar el riesgo y de exponerle fielmente al asegurador. La dificultad probatoria del estado subjetivo del contratante induce a la jurisprudencia a adoptar criterios abstractos y de tipicidad. Más precisamente, la prueba del dolo o culpa grave se establece sobre la base de presunciones simples y/o de un juicio de normal probabilidad o a la como del *id quo plerunque accit*, valorando la circunstancia callada, en un curso normal. Mientras más fuerte es la influencia de la noticia callada sobre la determinación del riesgo, tanto más arduo resultará demostrar que aquel error de valoración no es atribuible, cuanto menos, a culpa grave”. SOLIMANDO (2001) pp. 39 y ss.

³⁹⁵ Ver MARANO y MARIOTI (1990) p. 949. Sobre lo mismo, es opinión de PELAGGI, que la hipótesis del artículo 1893 del Código civil se refiere a la declaración inexacta o reticente pero con culpa leve. En este caso el contrato no es nulo, pero el legislador se preocupa de mantener el equilibrio del negocio jurídico, en consideración a que el contrato de seguro es de ejecución continuada y los efectos que ya transcurrieron no pueden ser puestos en nulidad. El asegurador, sin embargo, podrá liberarse haciendo uso del derecho de receso. PELAGGI (1967) p. 227. Ver LONGO (1978) pp. 54 y ss.

³⁹⁶ Si revisamos los comentarios sobre la discusión en el parlamento español de la LCS, que nos muestra SÁNCHEZ CALERO, parecen confirmar lo que hemos apuntado. Señala el autor lo siguiente: “En el Congreso, las Enmiendas núm. 31, del señor Ruiz Navarro, y núm. 94, del señor De la Vallina, de contenido idéntico, pretendían fundamentalmente sustituir el término rescindir por resolver y las palabras dolo o culpa grave por mala fe. La Enmienda núm. 118 del Grupo Socialista quería añadir un nuevo párrafo, pretensión que reiteraron las Enmiendas núm. 5 y 6 del Grupo Socialista del Senado. Mas, no se admitió enmienda alguna”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 283. A juicio de CALZADA, el artículo 10 de la LCS española sigue la estructura del derecho francés. CALZADA (1989) p.

optó por dos supuestos de incumplimiento, pero apuntando a la temporalidad del descubrimiento de la inobservancia. Se distingue si el incumplimiento es conocido por el asegurador antes o después de ocurrido el siniestro, y en el caso de haber ocurrido el riesgo asegurado, la LCS distingue apuntando a la conducta del contratante, en cuanto a si este último actuó con dolo o culpa grave o no³⁹⁷. En el primer supuesto de inejecución, la ley da al asegurador la facultad de rescindir³⁹⁸ el contrato en el caso que tenga conocimiento de la inobservancia de la carga que recae en el contratante, y no haya ocurrido el riesgo cubierto o amparado en el contrato. En el segundo supuesto de incumplimiento, si ha mediado dolo o culpa grave de parte del contratante o tomador, el asegurador quedará liberado de su obligación de indemnizar. En caso contrario, se reducirá proporcionalmente la prestación del asegurador a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado en el caso de haberse conocido el verdadero estado del riesgo asegurado³⁹⁹.

El derecho alemán, con la entrada en vigencia de la nueva Ley de seguros del 2008, seguirá la tendencia que hemos observado en los ordenamientos jurídicos francés, italiano y español. Contempla dos supuestos de infracción apuntando a criterios subjetivos de la conducta del declarante. Por un lado, observamos el incumplimiento fraudulento

165. A juicio de RUIZ, el artículo 10 de la LCS tiene como fuente los artículos 1892 y 1893 del Código civil italiano, pero con un tratamiento más acertado, ya que la regulación es unitaria. RUIZ (1991) p. 33.

³⁹⁷ Es opinión de LATORRE, que la opción del asegurador no es discrecional, sino que se hace depender de la conducta observada por el tomador en el cumplimiento de su deber". LATORRE (2002) p. 170. A juicio de BATALLER, se aplica en este caso una regla de equidad. BATALLER (1997) p. 20.

³⁹⁸ Es opinión de SÁNCHEZ CALERO, que "en su redacción definitiva la Ley quiso calificar esta facultad como rescisoria, seguramente por el deseo de alejarla del problema de la existencia o no de vicios en el consentimiento. Sin embargo, la LCS, en este artículo, como en otros, usa el término de rescisión en sentido amplio de facultad de dejar sin efecto el contrato, que, por supuesto, no puede equipararse al concepto de rescisión que emplea el Código Civil". Es opinión del autor, que la LCS ha conferido aquí al asegurador una facultad de denuncia, de desistimiento (o de receso, si se quiere) de la relación obligatoria del contrato de las que llevan a su extinción. Facultad de denuncia que implica una resolución del contrato". SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 300.

³⁹⁹ Ver por todos SÁNCHEZ CALERO (2010) pp. 296 y ss.

(doloso)⁴⁰⁰ del tomador, que contempla el §22 de la VVG y que autoriza al asegurador a impugnar la validez del contrato. Este derecho de impugnar la validez del contrato (*Anfechtung*) se rige por las normas contenidas en el BGB. Por otro lado, observamos el incumplimiento no fraudulento, que acarrea la rescisión del contrato en el caso de culpa grave, o en su defecto la ley da al asegurador un derecho de desistimiento o retractación del contrato, que lo libera de su obligación de indemnizar. Finalmente, el párrafo 6° del §19 de la VVG, contempla la facultad del asegurador de aumentar la prima, cuando habiéndose observado una divergencia entre el riesgo real y el declarado, este no se deba a una conducta imputable (dolo o culpa) del tomador⁴⁰¹.

De lo que hemos señalado sobre los ordenamientos jurídicos francés, italiano, español y alemán, podemos concluir que ninguno de ellos recurre al vocablo inexcusabilidad, sino más bien, a la buena o mala fe, o al dolo o culpa grave o simple negligencia.

En relación a la inexcusabilidad del artículo 525 del CCMCH, a nuestro juicio, nuestro legislador – siguiendo la corriente de los ordenamientos jurídicos europeos referidos – ha querido decir culpa⁴⁰². El dolo (mala fe) queda exclusivamente circunscrito al artículo 539 del citado Código, según veremos de inmediato.

Con todo y, para terminar, precisamos que la frase “*si los errores, reticencias o inexactitudes sobre el contratante no revisten dichas características*” del inciso tercero del citado artículo 525, debe entenderse como ausencia de culpa.

3.4. LA DECLARACIÓN A SABIENDAS SUSTANCIALMENTE FALSA, UNIDAD DE SUPUESTO BÁSICO DEL ARTÍCULO 539 DEL CCMCH

El artículo 539 del CCMCH, contempla bajo la rúbrica “*Otras causales de ineficacia del contrato*”, la declaración a sabiendas

⁴⁰⁰ Sobre dolo o fraude (*arglist*) en la declaración del riesgo asegurado, véanse BECKMANN (2009) p. 756; KARCZEWSKI (2012) p. 531.

⁴⁰¹ Ver por todos BECKMANN (2009) pp. 722 y ss.

⁴⁰² En nuestra doctrina, a juicio de ARELLANO, “la calificación de inexcusable obviamente comprende, aunque no exclusivamente, las actuaciones de mala fe”. ARELLANO (2013) p 71.

sustancialmente falsa del contratante⁴⁰³.

A nuestro juicio, la norma parece clara, y obedece tanto al dolo como a la mala fe del tomador del seguro⁴⁰⁴. En este sentido, es necesario considerar que ambas acepciones, dolo y mala fe, obedecen a criterios que si bien tienen una interdependencia, son autónomos conceptualmente. La mala fe advierte una concepción de deshonestidad, es el reflejo negativo de la buena fe y vulnera siempre, qué duda cabe, la confianza que debe regir las relaciones de los contratantes. El dolo, por su parte, se relaciona con la conducta destinada a engañar al otro contratante e involucra una intención positiva de causar daño a otro en los términos del artículo 44 de nuestro Código civil⁴⁰⁵. No toda mala fe involucra dolo. Por el contrario, todo dolo es mala fe⁴⁰⁶.

La declaración referida en el artículo 539 del CCMCH, busca

⁴⁰³ El informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro, en su acápite discusión particular, al abordar el artículo 539, señala: “El artículo 539, que ordena la nulidad del contrato de seguro, en el evento que el asegurado proporcione al asegurador información falsa al celebrarlo, y le permite retener la prima o demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditarlo, fue objeto de una indicación complementaria del Diputado Chahín, en orden a precisar que el contrato de seguro es nulo si el asegurado a sabiendas proporciona al asegurador información sustancialmente falsa al prestar la declaración a que está obligado por ley. El artículo, con la indicación, fue aprobado por mayoría de votos”. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

⁴⁰⁴ Sobre la responsabilidad por información maliciosamente falsa, ver BARROS (2006) pp. 1027 y ss.

⁴⁰⁵ A nuestro juicio, y si bien no es esta la sede para que profundicemos sobre la concepción del dolo en nuestro derecho, la definición que Bello introduce en el artículo 44 del Código civil, hace más restrictivo su concepto. En este sentido, la doctrina italiana al abordar el dolo del artículo 1892 del Código civil, sostiene que el dolo no queda circunscrito únicamente a la intención fraudulenta. En consecuencia, según los autores hay dolo en todos aquellos casos en los que hay conciencia de la inexactitud o reticencia de parte del asegurado o contratante del seguro. Este sería, por lo demás, el criterio que sigue la jurisprudencia. Véanse en este sentido GRISI (1990) pp. 749 y ss.; MARANO Y MARIOTI (1990) pp. 945 y ss.; VIANELLO (1991) pp. 285 y ss.; SOLIMANDO (2001) p. 39; MENICHINO (2001) p. 876.

⁴⁰⁶ En la doctrina italiana VISINTINI, en su análisis de los artículos 1892 y 1893 del Código civil, sostiene que la mala fe es un término más comprensivo que el dolo o engaño VISINTINI (1971) p. 433.

engañar al asegurador, con el fin de obtener un amparo, que bajo circunstancias normales y de buena fe no hubiera sido aceptado o se hubieran impuesto otras condiciones. Queda vulnerada la confianza depositada por el asegurador en los datos suministrados por el tomador sobre el riesgo asegurable. En este contexto, el legislador intolerante frente al fraude o el engaño, sanciona con la nulidad del contrato.

4. LOS REMEDIOS O EFECTOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 525 Y 539 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Podemos observar, que el tratamiento que da la doctrina y las legislaciones extranjeras del deber precontractual de declaración del riesgo, permite sostener que la regulación de esta carga *in contrahendo* obedece a una regulación especial apartada de las normas del derecho común en materia de formación del contrato, y asimismo, hace viable la ampliación de un elenco de soluciones frente a la inobservancia de este deber, distintos de la nulidad del contrato, y que buscan, por el contrario, su mantención. Como sostiene DONATI, al analizar los cambios que introduce el *Codice civile* en materia de declaración inexacta o reticente sobre el riesgo, el legislador busca un mayor *favor contractus*⁴⁰⁷.

Por otra parte, la falta de sistemática que hemos observado en las normas que regulan los efectos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa en nuestro Código de comercio a partir de las modificaciones introducidas el año 2013, nos obligan a proponer una ordenación de la nueva regulación, con el fin de dotarle de estructura y coherencia⁴⁰⁸. De ello, nos ocuparemos de inmediato.

⁴⁰⁷ DONATI (1954) p. 300. A juicio de SALANDRA, considerando que el contrato de seguro es de ejecución continuada se aplicaría el principio que inspira los arts. 269 y 271 del libro de las obligaciones sobre la rectificación del contrato infectado por error, esto es el principio de conservación del contrato rectificado; la aplicación se da en la posibilidad de rebaja proporcional de la suma asegurada. Esta norma ya se contenía en la póliza de seguro de vida en el caso de declaración errónea del asegurado SALANDRA (1942) p. 7. En el mismo sentido RUIZ (1991) p. 33.

⁴⁰⁸ Esta crítica de falta de sistemática, la formulamos en nuestra intervención durante el proceso de discusión del proyecto en la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo. Ver: Informe de la Comisión de Economía, Fomento y

Los artículos 525 y 539 del CCMCH, contemplan de modo general dos efectos que se derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa. El legislador opta por el término del *vinculum iuris* que nace de la celebración del contrato de seguro, mediante los remedios de la nulidad para los casos de una declaración dolosa o de mala fe, o la rescisión para los casos de una declaración con culpa. En aquellos casos en que la conducta del contratante sea errónea, inexacta o reticente, sin culpa o dolo, nuestro legislador optó por introducir remedios que apuntan, más bien, a la mantención del contrato, adaptándolo mediante un aumento de la prima o un cambio en las condiciones de cobertura, o la rebaja proporcional de la indemnización a la diferencia entre la prima pactada y la que se hubiese convenido en el caso de conocer el verdadero estado del riesgo.

Recapitulamos lo siguiente: la concurrencia de la culpa o su ausencia, lo mismo en el caso del dolo o la mala fe, no constituyen un factor de atribución de responsabilidad⁴⁰⁹. Sólo cumplen la función de determinar si el contrato queda ineficaz o subsiste.

4.1. LA RESCISIÓN

Nuestro análisis sobre la rescisión del artículo 525 del CCMCH, la abordaremos en dos perspectivas. En primer lugar, revisaremos los supuestos complementarios que hacen operar este remedio o efecto. Luego, analizaremos el vocablo rescisión con el fin de determinar su significado en el contexto del citado artículo 525.

4.1.1. LOS SUPUESTOS COMPLEMENTARIOS DE LA RESCISIÓN

El artículo 525 incisos tercero y cuarto del CCMCH, incorporan como supuestos complementarios al incumplimiento, la temporalidad en el descubrimiento de la divergencia y la inexcusabilidad (culpa). No obstante, en el caso de la rescisión, observamos que la norma citada contempla este remedio para los casos en que concurre la culpa, haya o

Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O. el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

⁴⁰⁹ En tal sentido ver GRISI (1990) p. 763.

no ocurrido el siniestro.

Por otra parte, este efecto opera en los casos de ausencia de culpa y de siniestro, cuando frente a los supuestos de aplicación del remedio de la mantención del contrato falte la aceptación del asegurado⁴¹⁰.

En consecuencia, los supuestos complementarios de temporalidad y excusabilidad, no operan de modo determinante para este caso. Lo que hemos apuntado, refleja la falta de sistemática que hemos enunciado, y justifica, a su vez, nuestra propuesta de reformulación y orden.

El citado artículo 525 inciso tercero contempla el remedio de la rescisión en aquellos casos en los que “*el siniestro no se ha producido*” y el contratante hubiera incurrido inexcusablemente en errores, reticencias o inexactitudes determinantes del riesgo asegurado en la información que solicite el asegurador de acuerdo al número 1° del 524 del CCMCH, que señala que “*el asegurado está obligado a declarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos*”.

Lo mismo aplica, si el asegurado rechaza la proposición del asegurador de adaptación del contrato o no le da contestación a esta propuesta dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de envío de la misma. Siguiendo el texto de la referida norma legal, en este último caso, la rescisión se producirá a la expiración del plazo de treinta

⁴¹⁰ Recapitulamos el siguiente texto: señala en inciso tercero del artículo 525 del CCMCH, lo siguiente: “*Si el siniestro no se ha producido, y el contratante hubiere incurrido inexcusablemente en errores, reticencias o inexactitudes determinantes del riesgo asegurado en la información que solicite el asegurador de acuerdo al número 1° del artículo anterior, el asegurador podrá rescindir el contrato. Si los errores, reticencias o inexactitudes sobre el contratante no revisten alguna de dichas características, el asegurador podrá proponer una modificación a los términos del contrato, para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura a las circunstancias no informadas. Si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de diez días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá rescindir el contrato. En este último caso, la rescisión se producirá a la expiración del plazo de treinta días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación*”.

días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación. Se trata de un remedio que opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, como ocurre en nuestro derecho con la nulidad.

Sobre lo anterior, surge la problemática de determinar o precisar de qué manera queda demostrado que el asegurado o tomador del seguro, fue efectivamente comunicado de la posibilidad de adaptación del contrato. El CCMCH no resuelve este punto, por lo que en caso de litigio, corresponderá al asegurador dar fe del envío de la comunicación y de su recepción, al pretender eximirse del cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato.

Por otra parte, según el inciso cuarto del artículo 525 del CCMCH, la rescisión opera cuando “*producido el siniestro*” el contratante hubiera incurrido inexcusablemente en errores, reticencias o inexactitudes determinantes del riesgo asegurado en la información que solicite el asegurador de acuerdo al número 1° del artículo 524 del CCMCH⁴¹¹.

La procedencia de la rescisión como efecto que pone término al *vinculum iuris* que liga al asegurador con el contratante (o asegurado según los casos), debiera observar lo dispuesto en el artículo 17B, letra b) de la Ley de protección al consumidor chilena, que señala lo

⁴¹¹ Recapitulamos el siguiente texto: señala el inciso cuarto del artículo 525 del CCMCH, lo siguiente: “*Si el siniestro se ha producido, el asegurador quedará exonerado de su obligación de pagar la indemnización si proviene de un riesgo que hubiese dado lugar a la rescisión del contrato de acuerdo al inciso anterior y, en caso contrario, tendrá derecho a rebajar la indemnización en proporción a la diferencia entre la prima pactada y la que se hubiese convenido en el caso de conocer el verdadero estado del riesgo*”. La procedencia de la rescisión como efecto que pone término al *vinculum iuris* que liga al asegurador con el contratante (o asegurado según los casos) debiera, a nuestro parecer, quedar sujeto a lo dispuesto en el artículo 17B, letra b) de la Ley de protección al consumidor chilena, que señala lo siguiente: *Los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente: b) Las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor.*

siguiente: “Los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente: b) Las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor”⁴¹². Consecuencia de lo señalado, los aseguradores tienen la carga de incorporar en los condicionados generales, una cláusula de advertencia en el sentido que hemos formulado⁴¹³.

Para terminar nuestro análisis sobre la rescisión del artículo 525 del CCMCH, en nuestra opinión, el asegurador deberá restituir la prima recibida en proporción al riesgo asumido. En este sentido, y considerando que el efecto se asimila a la terminación anticipada del artículo 537 del mismo Código, el precio del seguro se debe reducir en forma proporcional al plazo corrido del contrato, salvo en el caso de ocurrencia de un siniestro de pérdida total que faculta al asegurador para retener el total de la prima.

⁴¹² Esta norma sigue, los criterios impuestos por las Directivas de la CE en materia de protección al consumidor, y que son recogidas en los derechos internos o nacionales de los Estados miembros mediante la superposición. En el caso concreto de la VVG del 2008, se impone al asegurador un deber de advertencia. En este sentido, señala BECKMANN, que “el asegurador solo puede hacer valer sus derechos por violación del deber de información por parte del tomador del seguro, si previamente advirtió a éste sobre las consecuencias de dicha violación”. Agrega en autor, que “la advertencia debe efectuarse en forma de texto (§ 126b BGB). Cualquier advertencia transmitida de forma oral es insuficiente”. Ver BECKMANN (2009) pp. 711 y ss.

⁴¹³ A nuestro juicio, los deberes de información del asegurador que se contienen en los artículos 514 y 529 del CCMCH, deben leerse de modo complementario con el artículo 17B de la LPC. En este sentido, y según lo exige el citado artículo 17B, letra b) de la LPC, los aseguradores deben incluir en sus condicionados una cláusula de advertencia sobre terminación del contrato.

4.1.2. EL SIGNIFICADO DEL VOCABLO RESCISIÓN DEL ARTÍCULO 525 DEL CCMCH

Es insoslayable revisar y determinar el sentido del vocablo rescisión del artículo 525 citado. Ya señalamos al abordar la norma decimonónica del artículo 557 del CCMCH, la postura mayoritaria y reciente de nuestra doctrina civilista que confiere al vocablo rescisión un sentido comprensivo de dejar sin efecto. No se trata de un sinónimo unívoco de nulidad relativa en el contexto del derecho común.

El contrato termina, quedando liberado el asegurador de las obligaciones que nacen producto de la celebración del seguro. La nulidad, queda como remedio residual para los casos de mala fe⁴¹⁴. Se trata, además, de un efecto que opera de pleno derecho.

A nuestro parecer, lo que formulamos se ajusta a la *Voraussetzungstheorie* elaborada por BRUCK. Recapitulando, según esta teoría el cumplimiento de la *Obliegenheit* (la identificamos con el deber *in contrahendo* de declarar el riesgo en su dimensión de carga), constituye un requisito previo para exigir el cumplimiento de la obligación del asegurador⁴¹⁵. Lo que queda afectado es el *vinculum iuris* que nace de la celebración del negocio jurídico. La consecuencia es la disolución del contrato sin necesidad de un pronunciamiento judicial⁴¹⁶. No se trata, de un presupuesto de validez en el contexto del derecho común⁴¹⁷.

⁴¹⁴ En el derecho español, en concreto sobre el análisis de la rescisión del artículo 10 LCS, véanse RUBIO (2003) pp. 112 y ss.; SANCHEZ CALERO (2010) pp. 299 y ss.

⁴¹⁵ BRUCK (1930) p. 283.

⁴¹⁶ En este sentido ver HARTEN (2007) p. 123.

⁴¹⁷ En nuestra doctrina, ARELLANO, pareciera asimilar el vocablo rescisión a nulidad relativa. Este autor, al abordar el incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo, del artículo 525 del CCMCH se refiere a la acción rescisoria, a la validez del contrato, en fin a un vicio en la formación del contrato, que afecta la voluntad del asegurador, por lo que el contrato debe anularse. ARELLANO, parece seguir el texto del proyecto de Ley (Ley 20.667) en su estructura original al señalar en su análisis del artículo 525 del CCMCH, que “si los errores, reticencias o inexactitudes del contratante no revisten el carácter de inexcusables y determinantes, el contrato será válido [...]”. Ver ARELLANO (2013) pp. 120 y ss. La frase *el contrato será válido*, por su imprecisión, fue eliminada en el segundo trámite constitucional de la Ley 20.667.

Con todo, advertimos que, a nuestro parecer, esta facultad rescisoria del asegurador– que podría asimilarse a una facultad de desistimiento contractual que se contempla en otros sistemas jurídicos, como el español – opera sin efecto retroactivo. En consecuencia, como sostiene RUBIO en la doctrina española, “el contrato es válido por el tiempo transcurrido, cuyos efectos no desaparecen, quedando el asegurador liberado de su prestación a partir de ese instante”⁴¹⁸.

4.2. LA MANTENCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO (*Favor contractus*)

4.2.1. EL AUMENTO DE LA PRIMA O LA MODIFICACIÓN DE LA COBERTURA

Este remedio consiste en adaptar el contrato de seguro mediante una adecuación de la prima o de las condiciones de cobertura pactadas. Nuestro legislador sigue de este modo los criterios del derecho francés⁴¹⁹ y alemán⁴²⁰.

⁴¹⁸ RUBIO (2003) p. 117.

⁴¹⁹ Ver el inciso segundo del artículo 113-9 del Código de seguros francés.

⁴²⁰ Señala el § 19 de la VVG párrafo 6: “*Si la prima a pagar aumentara en más del 10% o el asegurador excluyera la circunstancia no informada, en el caso de una adaptación del contrato según el párrafo 4 frase 2, el asegurado puede, dentro de un mes de haber recibido la comunicación, desistirse del contrato sin necesidad de cumplir con un plazo. El asegurador tiene la obligación de informar al asegurado de este derecho en la comunicación.*”(Erhöht sich im Fall des Absatzes 4 Satz 2 durch eine Vertragsänderung die Prämie um mehr als 10 Prozent oder schliesst der Versicherer die Gefahrabsicherung für den nicht angezeigten Umstand aus, kann der Versicherungsnehmer den Vertrag innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung des Versicherers ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Der Versicherer hat den Versicherungsnehmer in der Mitteilung auf dieses Recht hinzuweisen). Por su parte, el § 25 de la VVG (*Prämienerhöhung wegen Gefahrerhöhung*), señala: (1) *Der Versicherer kann an Stelle einer Kündigung ab dem Zeitpunkt der Gefahrerhöhung eine seinen Geschäftsgrundsätzen für diese höhere Gefahr entsprechende Prämie verlangen oder die Absicherung der höheren Gefahr ausschließen. Für das Erlöschen dieses Rechtes gilt § 24 Abs. 3 entsprechend.* (2) *Erhöht sich die Prämie als Folge der Gefahrerhöhung um mehr als 10 Prozent oder schließt der Versicherer die Absicherung der höheren Gefahr aus, kann der Versicherungsnehmer den Vertrag innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung des Versicherers ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Der Versicherer hat den Versicherungsnehmer in der Mitteilung auf dieses Recht hinzuweisen.* A juicio de BECKMMAN, el § 25 de la VVG, faculta al asegurador para aumentar la prima, de modo de ajustarla al monto que correspondería según las circunstancias reales de las cuales ahora tiene conocimiento, o bien puede excluir de la cobertura la parte del riesgo que no declaró o informó defectuosamente el tomador. Al

La posibilidad de adaptar el contrato como remedio frente a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, acarrea ciertas interrogantes ¿Qué razón justifica contemplar diversos remedios de adaptación del contrato? ¿Por qué no unificar el efecto en un solo remedio, como la rebaja proporcional de la indemnización, por ejemplo? La respuesta se encontraría en el factor cronológico o de temporalidad como supuesto complementario a la inejecución del deber de declaración del riesgo en el caso del artículo 525 del CCMCH, que ya hemos analizado en el punto 3.4. anterior.

Si el siniestro no ha ocurrido, considerando que la prestación del asegurador está condicionada a la verificación del riesgo, no hay indemnización que reducir, por lo que la solución de aumentar la prima o cambiar las condiciones de cobertura constituyen los instrumentos que permiten reequilibrar la relación comercial entre asegurador y contratante, trastocada por un incumplimiento al deber precontractual de declarar el riesgo.

Por su parte, el artículo 525 inciso tercero del CCMCH al señalar que “*el asegurador podrá*”, pareciera contemplar una facultad potestativa⁴²¹, al depender de la voluntad de la compañía de seguro la aplicación de un aumento de la prima o un cambio de las condiciones de cobertura pactadas⁴²². No obstante, a nuestro juicio, la lectura de la

momento de decidir adaptar el contrato, el asegurador debe comunicar al asegurado de dicha situación. Si el aumento de la prima es mayor al 10% de la prima pactada inicialmente o si el asegurador decide excluir de cobertura el riesgo no declarado del contrato, el asegurado tiene la opción de desistirse del contrato dentro del plazo de un mes desde que recibe la comunicación por parte del asegurador. Ver BECKMMAN (2009) pp. 749 y ss.

⁴²¹ Ver MORALES MORENO (2011) pp. 412 y ss.

⁴²² A nuestro parecer, el remedio de adaptación del contrato, mediante un aumento de la prima, un cambio de las condiciones de cobertura o una rebaja proporcional de la indemnización, constituyen una reconducción de remedios contractuales a la fase precontractual de negocio jurídico. En este sentido, a juicio de MORALES MORENO, “en la moderna construcción del derecho de contratos podemos encontrar un ejemplo de sistema de remedios en el del incumplimiento del contrato. En cambio, resulta más difícil identificar un sistema (o sistemas) precontractual de remedios. En este ámbito precontractual, ciertamente, encontramos algunos supuestos de aplicación del remedio de la indemnización de daños (responsabilidad precontractual) y otros de anulación del contrato. Pero no

norma debe considerar que nuestro legislador ha optado por introducir ciertos remedios que permitan mantener el *vinculum iuris* en interés de ambos contratantes, y no sólo uno de ellos.

Nuestro legislador incorporó como presupuesto para dar lugar a los remedios de adaptación del seguro, la aceptación de parte del asegurado. Señala en este sentido el inciso tercero del artículo 525 de CCMCH, que *“si el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de diez días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá rescindir el contrato. En este último caso, la rescisión se producirá a la expiración del plazo de treinta días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación”*.

Con todo, en el caso de imposibilidad de aplicar los remedios que permiten la mantención del contrato, le queda a salvo al asegurador la facultad rescisoria cuyos efectos se producirán a la expiración del plazo de treinta días contados desde la fecha de envío de la respectiva comunicación, según lo señala la parte final del inciso tercero del artículo 525 citado, rescisión que opera de pleno derecho como ya hemos señalado.

4.2.2. LA REBAJA PROPORCIONAL DE LA INDEMNIZACIÓN

En el ordenamiento jurídico chileno, la mantención del contrato mediante el remedio de rebaja proporcional de la indemnización o prestación del asegurador⁴²³, no obstante haber incumplido el contratante o asegurado su deber de declarar sobre el estado del riesgo como manda el artículo 524 número 1° del CCMCH, exige la concurrencia

es fácil saber cómo uno y otro remedio (indemnización y anulación) puedan quedar articulados en un sistema, semejante al del incumplimiento”. MORALES MORENO (2011) p. 402.

⁴²³ Este remedio considerado por nuestro legislador, sigue el criterio impuesto por la Ley de seguros francesa de 1930, que como ya hemos apuntado durante esta investigación sustituye el artículo 348 del CCFR, en el ámbito de los denominados seguros terrestres. Con ello, la rígida o estricta sanción de la nulidad queda desplazada en todos aquellos casos en los que si bien nos enfrentamos a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, no hay culpa, dolo o mala fe. La instauración de este mecanismo de solución o remedio constituye, un argumento más para sostener que nos encontramos frente a un sistema apartado de la disciplina general de vicios del consentimiento.

de requisitos específicos según lo dispone el artículo 525 del citado Código: que la inejecución no se deba a culpa grave, dolo o mala fe del contratante⁴²⁴, y que el siniestro ocurra antes del descubrimiento de la divergencia entre el riesgo real y el declarado.

4.2.2.1. FUNDAMENTOS DE LA REBAJA PROPORCIONAL DE LA INDEMNIZACIÓN

La determinación del fundamento que justifica mantener subsistente la obligación de indemnizar, no obstante existir una infracción al deber precontractual de declarar el riesgo, se resuelve en el contexto del principio proporcionalidad prima-riesgo y al alero del principio *favor contractus*⁴²⁵.

La defectuosa o incompleta entrega de datos relevantes sobre el riesgo asegurado, provoca un desequilibrio en la relación contractual que vincula al asegurador y al asegurado. Esta falta de equilibrio en la relación negocial que surge del contrato de seguro, queda representada en la falta de proporcionalidad entre el riesgo asumido por el asegurador y la prima recibida del contratante o asegurado⁴²⁶. No se justifica, en

⁴²⁴ Se sigue el criterio de los ordenamientos jurídicos europeos. SOLIMANDO en su análisis del artículo 1983 del Código civil italiano, señala, que “es el factor de diligencia el que justifica la posibilidad optar por reducir la indemnización. SOLIMANDO (2001) p. 36.

⁴²⁵ Este remedio de rebaja proporcional de la indemnización es asimilable, o cuando menos, cercano a la *actio quanti minoris*. El punto de acercamiento entre el remedio de rebaja proporcional de la indemnización que se contempla en las legislaciones de frente a la declaración del riesgo incompleta o defectuosa, en el contrato de seguro, y la *actio quanti minoris* está representado en el mantenimiento del contrato. La *actio aestimatoria* o *quanti minoris*, es una de las dos acciones que el Edicto Curil concedía al comprador por vicios ocultos de los esclavos, cuyo finalidad era obtener una reducción del precio, en proporción al valor efectivo del esclavo. Según KASER el vendedor antes de la celebración de la compraventa, promete al comprador que no conoce ningún vicio (*Mānguel*) del esclavo o los vicios que conoce los declara, y declara además que no está actuando dolosamente (se trata de una *stipulatio*). En el caso de incumplimiento el edil curil le otorga la *actio redhibitoria* o la *quanti minoris* al comprador. KASER (1971) pp. 558-559-560; Véanse VOCI (2004) p. 449; GUARINO (2001) p. 895; TALAMANCA (2001) pp. 305-306.

⁴²⁶ En este sentido, a juicio de LATORRE, “entre el riesgo y la prima existe, por tanto, una estrecha correlación que en el terreno práctico se traduce, fundamentalmente, en los siguientes efectos: por una parte, si no hay riesgo ninguna prima se deberá al asegurador y si el riesgo deja de existir la prima dejará de ser debida y, por otra parte, si el riesgo varía, la prima lo hará en la misma

consecuencia, que el asegurador frente a un contrato válido, no obstante en desequilibrio, quede obligado al cumplimiento íntegro de su obligación⁴²⁷.

La doctrina ha justificado la subsistencia del contrato, y en consecuencia, la exigibilidad de la obligación del asegurador, siempre y cuando, el contratante o tomador durante el proceso de formación del contrato y de entrega de información sobre el riesgo haya actuado de buena fe.

En la doctrina francesa, a juicio de PICARD Y BESSON, la mutualidad que inspira este contrato, justifica que el asegurador que no ha recibido la prima correspondiente al riesgo real no debería soportar el total de la pérdida que ocasionó la ocurrencia del riesgo o dicho de otro modo, que no quede obligado a cumplir su prestación íntegramente, por un lado, y por el otro, el asegurado o contratante que actuó de buena fe, no debería quedar privado de la indemnización, por lo que, debe ser cubierto parcialmente en la medida de la prima pagada⁴²⁸.

Por su parte, en la doctrina española, a juicio de RUBIO, debido a que el asegurador “no ha cobrado el importe que corresponde al riesgo real, se comprende fácilmente que no deba soportar todas las consecuencias económicas del siniestro”⁴²⁹. Agrega el autor, que “dado que el tomador no ha infringido el deber de forma consciente o intencional, también parece oportuno que no se le deba privar de toda la

proporción”. LATORRE (2000) p. 17. En el mismo sentido ver RUBIO (2003) p. 121. A juicio de SÁNCHEZ CALERO, “la obligación del asegurador para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de la cobertura se vincula en este artículo que comento al cobro de una prima, de forma que se produce una correlación entre la prestación del asegurador de cobertura del riesgo y la del pago de la prima por el tomador del seguro. Surge una relación sinalagmática entre ambas prestaciones que nace desde el momento en que el contrato de seguro produce sus efectos materiales, ya que desde ese momento asume el asegurador el riesgo o, si se quiere, se produce la cobertura del riesgo que se vincula a la obligación de pago de una determinada prima por el tomador del seguro. La valoración del riesgo asumido por el asegurador va a influir en la determinación de la cuantía de la prima”. SÁNCHEZ CALERO (2010) pp. 56-57.

⁴²⁷ RUBIO (2003) p. 121.

⁴²⁸ PICARD Y BESSON (1964) p. 147; en el mismo sentido PELAGGI (1967) p. 227; SOLIMANDO (2001) p. 25.

⁴²⁹ RUBIO (2003) p. 121.

cobertura o garantía pactada”⁴³⁰.

En consecuencia, nuestro legislador ha optado por un remedio de adecuación de las condiciones del contrato para los casos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa de buena fe, al inclinarse por la validez del seguro, pero la indemnización o prestación, en caso de siniestro, se reducirá en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que habría correspondido en caso de haberse conocido la verdadera entidad del evento de peligro.

4.2.2.2. INCONVENIENTES DE LA REBAJA PROPORCIONAL DE LA INDEMNIZACIÓN

El primer inconveniente que se observa en la aplicación del remedio de rebaja proporcional de la indemnización, del inciso cuarto del artículo 525 del CCMCH, se refleja en aquellos casos en los que el asegurador conociendo el verdadero estado del riesgo se hubiera retraído de la celebración del contrato.

Se trata de los riesgos que no son asegurables por criterios más bien técnicos o de conveniencia económica del asegurador. En el caso de eventos de peligro que obedecen a una determinación realizada *a priori* por el asegurador, que se ajustan a un tipo concreto de riesgo ya tarifado, el asegurador debiera ajustar la indemnización según los parámetros técnicos que correspondan. No obstante, si conocida la entidad real del evento de peligro, este no se ajusta a ningún tipo de riesgo predeterminado por el asegurador, parece lógico que la compañía pueda quedar liberada del contrato, restituyendo las primas percibidas, y no quede obligado al pago del siniestro aunque la indemnización se reduzca⁴³¹.

En cuanto a los riesgos que no son asegurables por disposición del legislador, el conocimiento íntegro del evento de peligro no debe dar lugar a la reducción de la indemnización, ya que, en este caso nos enfrentamos a una situación de ilicitud de objeto, que da lugar a la nulidad absoluta del contrato, no subsanable.

⁴³⁰ RUBIO (2003) p. 121.

⁴³¹ RUBIO (2003) pp. 122 y ss.

Finalmente, en cuanto a la problemática técnica y probatoria en el ajuste del contrato mediante una reducción del *quatum* de la prestación del asegurador, la dificultad estará representada en los casos que no tienen un criterio al que ajustarse cuando conocida la entidad real del riesgo, este no encaja en ninguno de los tipos de eventos predeterminados y tarifados por el asegurador. A este problema técnico, confluye la dificultad probatoria en la determinación de la justa reducción. Surge de lo que hemos señalado, la siguiente interrogante ¿Cómo resolverlo? A nuestro parecer, se trata de una cuestión de *officium iudicis*, que deberá resolver caso a caso el Juez⁴³², siguiendo, por ejemplo, los criterios que se contienen en el respectivo informe de liquidación del siniestro, que debe referir una pérdida indemnizable⁴³³.

4.3. LA NULIDAD

Nuestro legislador siguiendo la tendencia de las últimas modificaciones introducidas en los sistemas jurídicos europeos, mantiene el remedio de la nulidad de modo residual, sólo para los casos de dolo o mala fe⁴³⁴.

Es necesario precisar, que la nulidad del artículo 539 del CCMCH es relativa. El citado artículo no contempla un supuesto de nulidad absoluta en los términos del artículo 1682 del Código civil, pues, se trata más bien, de otras especies o tipos de defectos. Como señala en

⁴³² En este sentido véanse PICARD Y BESSON (1964) p. 147; RUBIO (2003) pp. 123 y ss.

⁴³³ En este sentido, el artículo 28 del Reglamento de Auxiliares del Comercio de Seguros, contenido en el D.S. 1055, dispone lo siguiente: “Contenido del informe de liquidación. Los informes de liquidación deberán contener, a lo menos, la siguiente información: 4) Relación del siniestro y determinación de los daños; 5) Opinión técnica fundada sobre la procedencia de cada cobertura y determinación de la pérdida y de la indemnización si procede, señalando el valor real del bien siniestrado y explicando el procedimiento, como así también los criterios y parámetros específicos empleados. Esta opinión, deberá efectuarse en términos claros y simples, que permitan una adecuada comprensión por parte del asegurado, considerando para ello el tipo de cobertura contratada y la naturaleza del siniestro objeto de la liquidación. Asimismo, y en caso de no corresponder pago, el informe de liquidación deberá contener una opinión clara y precisa respecto del monto rechazado, individualizando cada tipo de cobertura rechazada y su justificación.

⁴³⁴ En este sentido ver artículo 2:104 de los PDECS. Siguen claramente este criterio, el artículo 10 de la LCS y el § 22 de la VVG.

nuestra doctrina, ALESSANDRI BESA, “la nulidad relativa es la regla general en nuestro Derecho, porque todo requisito exigido para la validez de un acto o contrato que no produzca nulidad absoluta, por no estar señalado entre las causales que taxativamente mencionan los dos primeros incisos del artículo 1682, produce nulidad relativa”⁴³⁵.

Revisada la historia de la ley 20.667 sobre las modificaciones introducidas al CCMCH, se puede llegar a la conclusión que hemos formulado en el contexto del Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, que señala en el acápite antecedentes, lo siguiente: “*Se establecen normas claras y precisas que regulan las situaciones que acarrearán la terminación anticipada o la resolución del contrato, aquellas que producen la nulidad relativa del mismo y las que son causales de su nulidad absoluta (artículos 520, 521, 525, 526, 528, 536, 537 y 539)*”⁴³⁶.

⁴³⁵ ALESSANDRI BESA (2008) p. 17. En el mismo sentido VIAL (2003) p. 257; DOMÍNGUEZ (2011) p. 208.

⁴³⁶ Ver Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro. En un análisis de comparación de derecho y revisión de posibles fuentes, si revisamos el derecho francés, italiano y alemán, observamos que la tendencia de los legisladores europeos frente a la declaración incompleta o defectuosa sobre el riesgo asegurado mediando culpa será la ineficacia del contrato, en estructura de nulidad. Con todo, advertimos que la estructura de la invalidez del contrato en estos ordenamientos jurídicos tiene diferencias importantes. Ver en tal sentido JEREZ (2011) pp. 38 y ss. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO sobre el sentido de la rescisión referida en el artículo 10 de la LCS, señala: “La Ley habla en este artículo de rescisión del contrato (ver también arts. 12, 35, etc.) y no de anulación. Ciertamente la distinción entre anulabilidad y rescisión resulta discutible y la línea divisoria de ambas categorías no es siempre nítida. Sin embargo, parece claro que mientras que en el caso de la anulabilidad la ineficacia del negocio proviene de la existencia de algún vicio (cfr. art. 1300 del Código Civil), la rescisión se aplica a los contratos válidamente celebrados, pero que tiene consecuencias lesivas para una de las partes (cfr. arts. 1291 y 1294 del Código Civil). Precisamente -según vimos anteriormente- la doctrina, al interpretar el artículo 381 del Código de Comercio, hablaba de anulabilidad del contrato cuando se hubiera producido una declaración inexacta por parte del tomador del seguro. Pero quizá con el deseo de huir del régimen de la anulabilidad del contrato - y pensando más bien en una facultad resolutoria, o de deshacer el contrato, que se confiaba al asegurador- se escogió el término de rescisión, utilizado, por otro lado ampliamente, por el Código de Comercio al regular el contrato de seguro (cfr. arts. 389, 392, 401, 414, etc.).

4.3.1. TITULARES DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

Como ya anunciamos en el capítulo anterior al abordar el asunto sobre la titularidad de la acción de nulidad relativa, la regla general viene impuesta por el artículo 1684 del Código civil, en los siguientes términos: la acción de nulidad relativa sólo puede ser impetrada “*por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios*”⁴³⁷.

En el caso del contrato de seguro, las modificaciones introducidas al Título VIII, del Libro II del CCMCH, no innovan en cuanto a la titularidad de la acción de nulidad que contempla el artículo 539, para los casos de una inejecución al deber precontractual de declaración del riesgo impuesto al asegurado, contratante o tomador en el artículo 524 número 1° del mismo Código. Por consiguiente, la acción de nulidad relativa que opera para el caso de una declaración incompleta o defectuosa de mala fe, protege, el interés particular del asegurador.

Consecuencia de lo señalado, sólo tiene la calidad de legitimado activo de la acción de nulidad relativa, en el específico caso del artículo

De los trabajos preliminares de la Ley resulta que en un principio se habló en este supuesto de causa de anulación del contrato (cfr. art. 10 del Anteproyecto de 1969, que se refería también al derecho a impugnar el contrato), mientras que en otros se otorgaba al asegurador la facultad de rescisión del contrato (ver arts. 14 y 38 del Anteproyecto de 1969). En su redacción definitiva la Ley quiso calificar esta facultad como rescisoria, seguramente por el deseo de alejarla del problema de la existencia o no de vicios en el consentimiento. Sin embargo, la LCS, en este artículo, como en otros, usa el término de rescisión en sentido amplio de facultad de dejar sin efecto el contrato, que, por supuesto, no puede equipararse al concepto de rescisión que emplea el Código Civil. A mi juicio, la LCS ha conferido aquí al asegurador una facultad de denuncia, de desistimiento (o de receso, si se quiere) dé la relación obligatoria del contrato de las que llevan a su extinción. Facultad de denuncia que implica una resolución del contrato”. SÁNCHEZ CALERO (2010) pp. 299-300. A nuestro parecer la norma española sigue en este punto el derecho italiano, en concreto la denominada facultad de receso o desistimiento que contempla el artículo 1893 del Código civil italiano. A juicio de DONATI, la hipótesis de la declaración inexacta o reticente del artículo 1893, “se trata de un verdadero y propio receso unilateral en el sentido técnico del artículo 1373, es decir, una resolución del contrato mediante una simple declaración unilateral de una de las partes contratantes a la otra. DONATI (1954) p. 316.

⁴³⁷ En cuanto a la titularidad de la acción de nulidad relativa en el derecho chileno, ver por todos DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2011) p. 209.

539 del CCMCH, la compañía de seguros que erró al momento de la celebración del contrato debido a una declaración a sabiendas sustancialmente falsa emitida por el contratante o tomador del seguro⁴³⁸.

Recapitulamos lo siguiente: el titular de la acción de nulidad será el asegurador que contrató con el asegurado (contratante o tomador), o quien adquiera los derechos del primero en el concreto caso de una cesión de cartera regulada por el artículo 27 del DFL 251. En tal caso, será la compañía cesionaria, quien tendrá la calidad de legitimada activa de la acción de nulidad relativa, en aplicación del artículo 1684 del Código civil, ya citado.

Con todo, cabe advertir una técnica particular de las restituciones mutuas en el caso de la nulidad del seguro, que abordaremos a continuación.

4.3.2. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO

Como ya hemos señalado en el capítulo anterior al abordar el efecto de la nulidad del contrato de seguro, bajo el régimen del artículo 557 número 1° y 558 del CCMCH – normas sustituidas – en nuestro derecho la nulidad que ha sido pronunciada judicialmente produce un efecto retroactivo, según lo establece el artículo 1687 del Código civil.

Consecuencia de lo señalado, el contrato se desvanece, debiéndose las partes las prestaciones mutuas en los términos del ya citado artículo 1687 del Código civil⁴³⁹. No profundizaremos nuevamente las razones del término del contrato y las restituciones a que están obligados los contratantes. Sobre ello, nos remitimos a lo ya apuntado en punto 1.5 del capítulo anterior.

4.3.3. EL EFECTO IRRETROACTIVO DEL ARTÍCULO 539 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

La nueva regulación sobre los efectos derivados de una

⁴³⁸ En cuanto al sujeto pasivo de la acción de nulidad, este quedará identificado con el asegurado, tomador, contratante o cesionarios, según los casos.

⁴³⁹ Ver por todos ALESSANDRI BESA (2008) p. 326.

declaración del riesgo incompleta o defectuosa, sigue el mismo criterio de excepción a la regla general sobre los efectos de la nulidad, contenidos en la norma decimonónica del artículo 558 del CCMCH.

El inciso segundo de artículo 539 del CCMCH sobre “Otras causales de ineficacia del contrato”, dispone que *“pronunciada la nulidad o resolución del seguro, el asegurador podrá retener la prima o demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditarlo, aunque no haya ocurrido riesgo alguno, sin perjuicio de la acción criminal”*.

Lo que hemos señalado, tiene su fundamento en el espíritu general del proyecto de modificación del Título VIII, Libro II del CCMCH, representado por el objetivo de seguir la moderna doctrina y las tendencias de las legislaciones extranjeras en materia de regulación del contrato de seguro⁴⁴⁰. En este sentido, hemos observado que tanto el Código de seguros francés en su artículo 113-8, como en el Código civil italiano en su artículo 1892, facultan al asegurador para retener la prima o cobrar el saldo insoluto, sólo en el caso de dolo o mala fe en la declaración sobre el estado del riesgo asegurado⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Ver Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, correspondiente a la tramitación de la Ley número 20.667, publicada en el D.O el 09 de mayo del 2013, sobre el contrato de seguro.

⁴⁴¹ Ver por todos VISINTINI (1971) p. 452. Se aparta en este punto la LCS española, que establece la facultad de retención de la prima pagada en cualquiera de las hipótesis de incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo asegurado. En tal sentido, es opinión de SANCHEZ CALERO, la siguiente: “El artículo 10.2 establece una norma especial respecto a las primas percibidas por el asegurador, una vez efectuada la facultad resolutoria del contrato. Los principios del pago anticipado y de la indivisibilidad de la prima tienen como consecuencia el que el asegurador se queda con las primas del periodo de curso. Sólo en la hipótesis de que haya mediado dolo o culpa grave por su parte tendrá que devolver las primas. Así lo establece el artículo 10 cuando dice que corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas del periodo en curso en el momento que haga esta declaración. La solución dada por la Ley puede ser considerada injusta, ya que si el tomador del seguro ha efectuado la declaración de buena fe, parece lógico -como sucede en casi todos los países- que debiera tener derecho al reembolso de la prima. De ahí que no sería de extrañar que los tribunales efectuaran una interpretación amplia de los supuestos de dolo o culpa grave del asegurador -casos en los que, como sabemos, debe devolver las primas percibidas-, ya que, articulado el deber de declaración en torno al cuestionario ofrecido por el asegurador, aquellas omisiones o inexactitudes que

A pesar de la desafortunada sistematización de las normas del CCMCH sobre invalidez del contrato de seguro, en el caso de la inejecución de la carga de información *in contrahendo* sobre el riesgo asegurado, es nuestro parecer, que la facultad de retención que contempla el citado artículo 539 debe ser de aplicación restrictiva, quedando, en consecuencia, circunscrita sólo a los casos de una declaración defectuosa falsa o de mala fe⁴⁴².

5. EL SANEAMIENTO DEL CONTRATO: REGLA DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

5.1. GENERALIDADES

El legislador en el inciso final del artículo 525 del CCMCH establece, que las sanciones que operan en el caso de una declaración del riesgo errónea, reticente o inexacta, no se aplicarán si el asegurador después de la celebración del seguro, se allana a que se subsanen los defectos originados por la declaración defectuosa o incompleta o los acepta expresa o tácitamente.

Una revisión de la regla contenida en el inciso final del artículo 525 del CCMCH nos obliga a un análisis de la historia de la ley, que permite determinar su aplicabilidad y sentido. En esta perspectiva, es nuestro parecer, que las modificaciones que se fueron incorporando al citado artículo 525 durante su tramitación parlamentaria, desdibujaron la estructura de la norma. La incorporación de mecanismos destinados a subsanar los defectos provocados por la inejecución del deber *in contrahendo* de declarar el riesgo llenaba el vacío que contemplaba la norma en su original estructura, que sólo contemplaba como remedios la rescisión y la rebaja proporcional de la indemnización⁴⁴³.

fácilmente pueden percibirse por un experto como importantes, deben ser advertidas por el asegurador al tomador del seguro en momento oportuno y no hacerlo puede considerarse como una negligencia grave”. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 302.

⁴⁴² En este sentido ver artículo 113-8 del Código de seguros francés y artículo 1892 del Código civil italiano.

⁴⁴³ Previo a las indicaciones presentadas por el Senador Lagos, el texto del artículo 525 rezaba lo siguiente: “Declaración del estado de riesgo. Para prestar la

El allanamiento o aceptación del asegurador de la insuficiente declaración incompleta o defectuosa, exige necesariamente una adaptación del contrato, ya sea, mediante un aumento de la prima o un cambio en las condiciones de cobertura. Lo que formulamos queda reforzado por el principio de proporcionalidad prima-riesgo, que permite mantener el equilibrio contractual y cuidar de la comunidad de riesgos. Un simple allanamiento o aceptación vulnera el necesario equilibrio entre riesgo asumido y la prima recibida.

Por otra parte, de acuerdo al inciso final del artículo 525 del CCMCH, los remedios – sanciones indica el artículo – que se contemplan para los casos de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa no se aplicarán si el asegurador, después de la celebración del contrato, se allana a que se subsanen o los acepta expresa o tácitamente⁴⁴⁴.

Es nuestro parecer, que esta regla debe quedar restringida a los casos de rescisión, ya que, al saneamiento de los defectos que se

declaración a que se refiere el número 1 del artículo anterior, será suficiente que el contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo. Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración del estado de riesgo, éste no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud, salvo que sean inexcusables. El asegurador podrá solicitar la rescisión del contrato, si el contratante incurre inexcusablemente en errores, reticencias o inexactitudes sustanciales en la información que otorgue. Si los errores, reticencias o inexactitudes del contratante no revisten el carácter de inexcusables y sustanciales, el contrato será válido, pero la indemnización o prestación, en caso de siniestro, se reducirá en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que habría correspondido. Estas sanciones no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido los errores, reticencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos; o si después de su celebración, se allana a que se subsanen o los acepta expresa o tácitamente”.

⁴⁴⁴ No nos ha quedado claro en nuestra investigación la fuente de esta norma. Es posible que el autor del Proyecto de modificación al Título VIII, del Libro II del CCMCH siguiera en este punto la doctrina francesa que formula, dentro de los obstáculos a la aplicación de remedios derivados de la inejecución al deber de declarar el riesgo, la renuncia del asegurador (*renonciation de l'assureur*). Sin embargo, se trata, más bien, de la aplicación de la cláusula de incontestabilidad propia de los seguros de vida, no de daños. Véanse: PICARD Y BESSON (1964) p. 151; BEIGNIER (2011) pp. 217 y ss.

derivan de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, subyacen los remedios de adaptación del contrato. Por lo demás, en nuestra opinión, los mecanismos destinados a mantener el *vinculum iuris* no pueden ser considerados como una sanción. Sí lo es, la rescisión como término del contrato de seguro.

5.2. EL ALLANAMIENTO Y LA ACEPTACIÓN EXPRESA O TÁCITA DEL ASEGURADOR A LOS DEFECTOS DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN DEL RIESGO INCOMPLETA O DEFECTUOSA NO DOLOSA O FALSA

El allanamiento del asegurador a ser subsanados los defectos que acarrea la declaración errónea, reticente o inexacta, exige del contratante la entrega de la información correcta o faltante y el asegurador el ajuste de la prima al valor que corresponda, restableciendo con ello el equilibrio contractual – representado por la proporcionalidad entre riesgo y prima – y cuidando de la comunidad de riesgos⁴⁴⁵.

En cuanto a la aceptación expresa o tácita de la declaración incompleta o defectuosa, no se trata de una corrección de la inexactitud o falta de información, sino más bien, de una convalidación del defecto.

De lo que hemos señalado, surge como interrogante la siguiente ¿Se trata esta aceptación de una confirmación del acto nulo? La respuesta a la interrogante formulada podría ha de ser negativa, ya que como hemos señalado con anterioridad al abordar el significado del vocablo rescisión del artículo 525 del CCMCH, no se trata de nulidad

⁴⁴⁵ Pareciera que nuestro legislador, en este punto, recoge la regla contenida en el derecho francés y alemán, que facultan al asegurador para optar por la mantención del contrato con aumento de prima. Ver artículo L113-9 del Código de seguros francés y párrafo 6° del §19 de la VVG. HARTEN nos entrega una situación similar que denomina como “renuncia de la invocación de la sanción de incumplimiento del deber”. A juicio del autor, “no obstante la violación del deber de declaración del riesgo por el tomador de seguros, independiente de la buena o mala fe de su conducta, existen casos donde no le son aplicables las sanciones, porque el asegurador haya renunciado, tácita o expresamente, a ellas”. En opinión de HARTEN, esta renuncia obedece a razones de carácter comercial, extrajurídicas. “Son casos donde el asegurador ve mayor desventaja en ejercer el derecho legalmente previsto que en soportar los perjuicios que la eventual declaración inexacta le (o a la mutualidad) haya causado”. HARTEN (2007) pp. 136-137.

relativa, sino más bien de un remedio que deja sin efecto de pleno derecho el contrato de seguro.

No obstante, la aceptación referida en el artículo 525 inciso final del citado Código es semejante a la figura de la confirmación o convalidación del acto nulo del artículo 1695 del Código civil. Se trata, de una regla especial que sana el acto del defecto originado por la información inexacta o faltante, que sólo puede ser ejercida por el asegurador, quien además debe tener conocimiento del defecto que subsana o acepta.

CONCLUSIONES

Nuestra investigación sobre las consecuencias que se derivan de la inejecución del deber precontractual de información del riesgo, nos permite extraer las siguientes conclusiones:

1. El deber precontractual de declarar el estado del riesgo asegurado, en condiciones habituales, es un acto o actividad de suministro de información que debe ejecutar el contratante, tomador o asegurado en su calidad de sujeto pasivo de esta carga de informar. El asegurador es el receptor de la información requerida o solicitada al tomador, que lo deja en una posición de conocimiento adecuado sobre el evento de peligro, con el fin de asentir en la celebración del contrato y fijar un precio por la asunción del riesgo, si el proceso de formación de este negocio jurídico llega a término.
2. El deber precontractual de declarar sobre el estado del riesgo, tiene la naturaleza jurídica de ser una carga de origen legal, *in contrahendo*. En la perspectiva de la técnica de aseguramiento, este deber de información permite poner en marcha el proceso de determinación del riesgo asegurado, con el fin de establecer la cobertura y la consiguiente prestación del asegurador.
3. Bajo el vigor de las normas decimonónicas, nuestro derecho contemplaba un sistema dual sobre los efectos derivados de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, pues, confluyen la norma legal que contempla la nulidad del contrato de seguro frente a la inejecución del deber (artículo 557 número 1° del CCMCH) y normas convencionales contenidas en los condicionados generales o pólizas *standar*, que contemplan la liberación del asegurador de su obligación de indemnizar en estructura de carga. Ambos remedios – el legal y el convencional – coexistían.
4. La imposición del deber precontractual de declarar el riesgo asegurado, en sus orígenes, tuvo como justificación la imposibilidad del asegurador de obtener, por sus propios medios, la información sobre el evento de peligro asegurable. A fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, debido a la estandarización de los contratos o pólizas tipo, seguida de la

comercialización masiva de lo que denominamos como productos de seguros, la posición de desventaja del asegurador en el proceso de formación del contrato cambió a una de ventaja.

5. En algunas legislaciones extranjeras – ordenamientos jurídicos francés, español, italiano y alemán, por ejemplo - se observa en la actualidad que esta carga *in contrahendo* de información sobre el riesgo asegurado queda circunscrita a lo que pregunte el asegurador sobre las circunstancias relevantes o significativas en la determinación del riesgo, y que sean conocidas por el contratante del seguro.

6. Nuestro legislador, siguiendo algunos derechos extranjeros, delimitó el contenido del deber de declaración sobre el estado del riesgo en los artículos 524 número 1° y 525 del CCMCH, a lo solicitado por el asegurador y conocido por el contratante. En consecuencia, para enfrentarnos a una inobservancia del deber precontractual de declarar el riesgo, es necesario que los datos relevantes o significativos estén contenidos en el formulario de preguntas o cuestionario que debe entregar el asegurador al tomador.

7. El año 2013 mediante la Ley 20.667 (modificatoria del Título VIII del Libro II del CCMCH, sobre el contrato de seguro), nuestro legislador incorporó a través de los artículos 525 y 539 del CCMCH, además de la nulidad, una pluralidad de remedios para el caso de una inejecución del deber *in contrahendo* de declarar el riesgo, que aparecen presentadas de modo asistemático y en un lenguaje, en ocasiones, impreciso.

8. Nuestra propuesta interpretativa y de ordenación es la siguiente: los artículos 525 y 539 del CCMCH, contemplan una unidad de supuesto básico, representada en dos tipos de incumplimiento a la carga *in contrahendo* de declarar el riesgo: a) La declaración errónea, reticente o inexacta del artículo 525 del CCMCH y; b) La declaración a sabiendas sustancialmente falsa del artículo 539 del CCMCH.

9. La unidad supuesto de básico representada por la declaración errónea, reticente o inexacta del artículo 525 del CCMCH, contempla dos supuestos complementarios: la ocurrencia o no del riesgo asegurado, que denominamos como factor cronológico o de temporalidad, y el factor subjetivo de la declaración del contratante del seguro, que la ley denomina como inexcusabilidad y que hemos entendido como culpa.

10. Sobre estos supuestos complementarios del artículo 525 del CCMCH, nuestro legislador incorporó los siguientes remedios: por una

parte, *la rescisión* que pone término de pleno derecho al *vinculum iuris* que nació del contrato de seguro, en aquellos casos en los que el contratante actuó con culpa (inexcusabilidad), o sin culpa, pero no consintió en la mantención del seguro propuesta por el asegurador, según lo dispone el artículo 525 inciso tercero del citado Código. Este remedio opera haya ocurrido o no el siniestro. Por otra parte, si falta la inexcusabilidad o culpa del contratante del seguro, procede *la mantención del contrato*, mediante su adaptación, aumentando la prima o modificando las condiciones de cobertura, si el siniestro no se ha verificado. O, si el siniestro ocurrió, una rebaja proporcional de la indemnización.

11. En el caso de la unidad de supuesto básico representada por la declaración a sabiendas sustancialmente falsa del artículo 539 del CCMCH, nuestro legislador, intolerante frente el dolo o la mala fe, mantuvo el remedio de la nulidad del contrato. Se sigue el criterio adoptado por los Derechos francés y alemán, que contemplan la nulidad únicamente para el caso del dolo o la mala fe del contratante del seguro en su declaración *in contrahendo* sobre el riesgo asegurado.

12. Al contemplar nuestro ordenamiento jurídico efectos que no se circunscriben exclusivamente a la invalidez del contrato de seguro, el sistema de remedios que opera frente a una declaración del riesgo incompleta o defectuosa se aparta de la regulación común sobre vicios del consentimiento. Con ello, se optimiza el seguro como negocio jurídico y económico, y se evita de esta manera la frustración de los asegurados, tan común hoy, al verse enfrentados a la regla de todo o nada de la indemnización ocurrido el siniestro. Se evita, además, un exceso de litigación y se protege al contratante débil.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René (1995): *Las Obligaciones*, Tomo II. (Editorial Jurídica de Chile) pp.1066.
- ABRAVANEL-JOLLY, Sabine (2007): *Declaration des risques* (Revue Générale des Assurances) pp. 747-753.
- ACHURRA, Juan (2005): *Derecho de Seguros. Escritos de Juan Achurra Larraín Tomo III*. (Universidad de los Andes, Colección Jurídica N° 7) pp.280.
- ALAUZET, Isidore (1844): *Traite General des Assurances, Tomo I*. pp.494.
- ALCALDE, Jaime (2009): *La rescisión en el Código Civil Chileno. Estudios de Derecho Civil V*. (Lexis Nexis) pp. 787.
- ALESSANDRI BESA, Arturo (1949): *De la Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno. V 2°* (Editorial Universitaria) pp. 1296.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1942): *Fuente de las Obligaciones. Tomo IV*. (Editorial Nacimiento) pp.1015.
- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA Manuel y VODANOVIC Antonio (1988): *Tratado de Derecho Civil, Parte Preliminar y General, Tomo I* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 657.
- ALFARO, Jesús (2002): *Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación. Obra colectiva: Comentario a la ley sobre condiciones generales de la contratación* (Civitas). pp. 1584.
- ALONSO, Mariano (1971): *La Responsabilidad Precontractual* (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario) pp. 859-922.
- ALTAVILLA, Enrico (1941): *Errore, reticenza, falsità e malafede* (Assicurazioni) pp. 145-167.

- ALVARADO, Lucia (2003): *Validez, en Comentarios a los Principios Unidroit para los contratos del comercio internacional* (Thomson-Aranzadi) pp. 167-232.
- ÁLVAREZ, Natalia (2004): *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español* (Thomson-Aranzadi) pp. 269.
- AMUNÁTEGUI, Andrés (2011): *Código de Comercio. Doctrina y Jurisprudencia* (Legal Publishing Chile) pp. 605.
- AMUNÁTEGUI REYES, Luis (1894): *Imperfecciones y erratas manifiestas de la edición auténtica del Código civil chileno*. pp. 287.
- ALPA, Guido (2000): *Trattato di Diritto Civile* (Guiffre) pp. 1063.
- ARELLANO, Sergio (2013): *La Ley del Seguro* (Legalpublishing-Thomson Reuters) pp. 591.
- ASÚA, Clara (1989): *Culpa in contrahendo*. (Universidad del País Vasco) pp. 294.
- BAEZA, Sergio (2001): *El Seguro* (Editorial Jurídica de Chile) pp.511.
- BANFI, Cristián (2003): *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual* (Lexis Nexis) pp. 279.
- BARAONA, Jorge (2006): *Nulidad: ¿por qué relativa? Estudios de Derecho Civil II*. (Editorial Lexis Nexis) pp.539-548.
- (2007): *La acción redhibitoria como acción de nulidad. Estudios de Derecho Civil III*. (Editorial Lexis Nexis) pp.659-670.
- BARRIENTOS, Marcelo (2008): *Daños y Deberes en las Tratativas Preliminares de un Contrato* (Lexis Nexis) pp.142.
- BARRIOLHET, Claudio (2007): *Derecho de Seguro Marítimo* (Editorial Librotecnia) pp.765.
- BARROS, Enrique (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 1230.
- BATALLER, Juan (1997): *Deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. (Tecnos) pp.59.

- BATALLER, Juan, LATORRE, Nuria y OLAVARRIA, Jesús (2007): *Derecho de los Seguros Privados* (Editorial Marcial Pons – Madrid – España). pp.391.
- BEATSON, Anson (2002): *Law of contract* (Oxford University Press) pp. 732.
- BECKMANN, Roland (2009): *Versicherungsrechts- Handbuch*. (Verlag c.h. Beck München) pp. 3066.
- BEIGNIER, Bernard (2011): *Droit des assurances*. (Montchrestein) pp. 716.
- BENÍTEZ DE LUGO, Luis (1955): *Tratado de Seguros. Volumen primero* (Instituto Editorial Reus) pp. 576.
- BESSON, André (1933): *La conclusión du contrat d'assurance: formation, prise d'effet, prevue*. (Librerie générale de Droit e Jurisprudence) pp. 84.
- BIN, Marino (1993): *Informazione e contratto di assicurazione* (Rivista Trimestrale di Diritto e procedura Civile) pp. 727-737.
- BRAHM, Enrique (2000): *José Gabriel Ocampo y la Codificación Comercial Chilena, Tomo I* (Colección Jurídica N° 5 de la Universidad de los Andes) pp. 600.
- BRIÈRE, George (1973): *Droit des Assurances* (Thémis Droit) pp. 334.
- BROSETA, Manuel (1961): *El contrato de Reaseguro*. (Aguilar) pp. 268.
- BRUCK, Ernst (1930): *Das Privat-Versicherungsrecht* (Bensheimer Mannheim - Berlin) pp. 819.
- BRUNETTI, Antonio (1951): *Derecho Marítimo Privado Italiano, Tomo III* (Editorial Bosch- Barcelona –España – Traducción de Gay de Montellá) pp. 787.
- BUTTARO, Luca (1962): *In tema di dolo e di colpa nella descrizione precontrattuale del rischio assicurato*. (Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile) pp. 730-756.
- CABANILLAS, Antonio (1988): *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil* (Madrid-Montecorvo) pp. 327.

CHAGNY, Muriel y PERDRIX, Louis (2009): *Droit des Assurances* (L.G.D.J. Extensoédition) pp. 562.

CALZADA, María Ángeles (1989): *El Deber Precontractual de Declaración del Riesgo*. (Poder Judicial) pp.159-165.

CAMACHO, Sandra (2006): *Tráfico jurídico electrónico y contrato de seguro* (Revista Española de Seguros) pp. 433-474.

CAMPUZANO, Herminia (2008): *El cumplimiento del Deber de Declaración del Riesgo*. (Revista de Derecho Patrimonial. Civitas) pp.105-133.

CARRASCO PERERA, Ángel (2010): *Derecho de Contratos*. (Aranzadi Thomson-Reuters) pp. 1319.

CASAREGIS, Jean Marie (1719): *Discursus Legales de Commercio*. pp. 605.

CASTELBLANCO, Mauricio (1979): *Las obligaciones restitutorias del código civil y la inflación* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 226.

CASTELLANO, Gaetano (1970): *Le Assicurazione Private* (Unión Tipográfica – Editrice Torinese) pp. 556.

CLARO SOLAR, Luis (1937): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen V, De Las Obligaciones*. (Editorial Jurídica de Chile) pp.812.

COING, Helmut (1996): *Derecho privado europeo. Traducción de Antonio Pérez Martín* (Europa-Notariado) pp. 854.

COLINVAUX, Raoul (1970): *The law of insurance*. (London: Sweet & Maxwell) pp. 370.

CONTRERAS, Osvaldo (1999): *Jurisprudencia Sobre Seguros. Recopilación y Análisis. 3 v.* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 1234.

- (2002): *El Contrato de Seguro* (Editorial La ley) pp. 330.

- (2008): *Temas Relevantes del Derecho de Seguros Contemporáneo* (Mapfre-Ediciones) pp. 593.

- (2011): *Instituciones de derecho mercantil, Tomo II* (Legal Publishing Chile) pp. 1850.

- CORRAL, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 423.
- (2013): *La Cláusula Penal, función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*. (Editorial Jurídica de Chile) pp. 394.
- CUADRADO, Carlos (2003): *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. (Publicaciones del Real Colegio de España) pp. 396.
- D'AMICO, Giovanni (2003): *Buona fede in contrahendo* (Rivista di Diritto Privato) pp. 335-383.
- D'EMERIGON, (1827): *Traité des Assurances et des Contrat a la Gross, Tomo I*. pp. 251.
- DELGADO, Jesús y PARRA, María Ángeles (2005): *Las nulidades de los contratos* (Dikinson) pp. 419.
- DE ANSALDIS (1718): *Commercio et Mercatura*. pp. 621.
- DE CASTRO, Federico (1988): *De nuevo sobre el error en el consentimiento* (Anuario de Derecho Civil) pp. 403-439.
- DE LA MAZA, Iñigo (2005): *El silencio de los Inocentes: Hacia una caracterización del Deber de Informar en Sede Precontractual. Estudios de derecho Civil*. (Lexis Nexis) pp.127-177.
- (2006): *Justicia contractual, contratos por adhesión electrónicos y buena fe*.
- (2010): *Los Límites del Deber Precontractual de Información* (Civitas) pp.413.
- (2011): *La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información*. (Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) pp. 115 – 135.
- (2011): *El error vicio del consentimiento: Entre la protección y el aprovechamiento, en Estudios de Derecho Civil VII* (Abeledo Perrot-Thomson Reuters) pp. 511-523.
- DE LAS RIVAS, Domingo (1976): *El deber de declaración exacta y sus consecuencias jurídicas*. (Revista Española de Seguros) pp. 286.

- DE LOS MOZOS, José Luis (1965): *El principio de buena fe. Aplicaciones Prácticas en el Derecho Español* (Bosch) pp. 287.
- DE LUCA (1716): *Discurssus*. pp. 339.
- DE GREGORIO, Alfredo (1934): *Assicurazioni in Generale* (Assicurazioni) pp. 65-75.
- DE RUGGERIO, Roberto (1934): *Istituzioni di Diritto Civile*. (Casa Editrice Giuseppe Principato) pp. 465.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (1991): *La reticencia en la formación del contrato*. (Revista Aranzadi Civil) pp. 197-236
- (1999): *Error y responsabilidad en el contrato* (Tirant lo Blanch) pp. 230.
- DELVINCOURT, Claude (1834): *Cours de Code Civil, Tome second* (1834) pp. 664.
- DEL CAÑO, Fernando (1983): *Derecho Español de Seguros*. pp. 571.
- DEL VISO, Salvador (1857): *Lecciones Elementales de Historia y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España. Segunda parte. Del Derecho Civil*. pp.506.
- DIEZ-PICAZO, Luis, ROCA, E. Trias y MORALES, A.M. (2002): *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos* (Civitas) pp. 529.
- DIEZ-PICAZO, Luis (2006): *Contratos de consumo y derecho de contratos* (Anuario de Derecho Civil) pp. 11-58.
- (2007): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Obra colectiva. (Civitas) pp.511
- (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. (Civitas) pp. 657.
- (2008): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias* (Civitas) pp.1092.
- DONATI, Antigono (1954): *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private. Volume Secondo* (Editore Guiffré) pp. 561.

-
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011): *Teoría General del Negocio Jurídico*. (Editorial Jurídica de Chile) pp. 284.
- DORS, Álvaro (1968): *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1 – 19*. Versión Castellana. pp. 736.
- DUCCI, Carlos (1988): *Derecho Civil Parte General*. (Editorial Jurídica de Chile) pp.410.
- DURANTE, Aldo (1979): *La buona fede e il contratto di assicurazione*. (Assicurazioni) p. 227.
- EHRENZWEIG, Albert (1952): *Versicherungsvertragsrefit*. (Wien Springer - verlag) pp. 490.
- EICHLER, Hermann (1966): *Versicherungsrecht*. pp. 443.
- ELGUERO, José María (2004): *El contrato de Seguro* (Fundación Mapfre) pp.276.
- EMBID, José Miguel (2002): *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Obra colectiva editada por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia – España) pp.1222.
- (1997): *Aspectos Institucionales y Contractuales de la Tutela del Asegurado en el Derecho Español* (Revista Española de Seguros) pp. 7-32.
- FABRES, José Clemente (1908): *Obras completas* pp.321.
- FABRE-MAGNAN, Muriel (1992): *De l'obligation d'information dans Les contrats* (Librairie Générale des Droit et de Jurisprudence) pp. 573.
- FALCO, Gianluca (2010): *La buona fede e l'Abuso del Diritto* (Giuffrè) pp. 533.
- FIorentino, Adriano (1941): *La descrizione del rischio nell'assicurazione* (Assicurazioni) pp. 50-63.
- FUEYO, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 650.

- GALGANO, Francesco (1988): *Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Il Negozio Guiridico* (Guiffré) pp. 581.
- GALLO, Paolo (2007): *Asimmetrie Informative e dovere di informazione* (Rivista Trimestrale di Diritto Civile) pp. 641-680.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO, Marta (2010): *La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo* (Indret) pp. 62.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón (1997): *Ley de Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: El derecho de revocación.* (Aranzadi) pp. 335
- GARRIDO Y COMAS, J (1952): *La Reticencia del Asegurador y sus efectos en el Contrato de Seguro.* (Revista Jurídica de Cataluña) pp. 23-41.
- (1954): *Teoría Elemental de los Seguros Privados.* (Escuela Profesional del Seguro de Barcelona) pp. 231.
- GARRIGUES, Joaquín (1973): *Contrato de Seguro Terrestre.* pp. 677.
- (1982): *Contrato de Seguro Terrestre.* pp. 594
- GAUDEMET, Eugene (2000): *Teoría General de las Obligaciones.* Traducción de Pablo Macedo (Editorial Porrúa) pp. 534.
- GAZARRA, Nino (1974): *Contratto di assicurazioni e dichiarazioni inesatte* (Giurisprudenza di merito) pp. 47-51.
- GHESTIN, Jacques (1963): *La Notion d'erreur Dans le Droit Positif Actuel* (Paris- Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence) pp. 371.
- (2001): *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat* (L.G.D.J) pp. 1340.
- GIERKE, Von Julius (1947): *Versicherungsrecht.* pp. 414.
- GÓMEZ CALLE, Esther (1994): *Los Deberes Precontractuales de Información* (La Ley) pp. 138.

- GRISI, Giuseppe (1990): *L'omessa o inesatta informazione precontrattuale nella disciplina del contratto di assicurazione* (Rivista Critica di Diritto Privado) pp. 743-772.
- GRÜN y JOLIAT (1828): *Traité des Assurances Terrestres*. pp. 594.
- GUARINO, Antonio (2001): *Diritto Privato Romano* (Editore Jovene Napoli) p. 895.
- GUISASOLA, Antonio (2001): *Seguros Multiriesgos* (Fundación Mapfre Estudios) pp. 264.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1997): *Derecho Romano Privado. Tomo II.* (Editorial Jurídica de Chile) pp.790.
- HAPERLING, Isaac y BARBATO, Nicolás (2003): *Seguros, Exposición Crítica de las Leyes 17.418, 20.091 y 22.400* (Lexis Nexis). pp. 1161.
- HARDY, Ivamy (1970): *General principles of insurance law* (Butterworths insurance library) pp. 596.
- HARTEN, Carlos (2007): *El Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro. Exposición y Crítica del modelo Brasileño y estudio de Derecho Comparado.* (Ratio Legis- Salamanca-España) pp. 153.
- HAYMANN, Franz (1934): *La Disposizioni generali sui vizi di volontà in rapporto all'obbligo di denuncia precontrattuale da parte del'assicurando.* (Assicurazioni) pp. 332-355.
- HEBRERO, Juan Ignacio (2002): *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daño al medio ambiente.* (Dykinson) pp. 305.
- HÉMARD, Joseph (1924): *Théorie et Pratique de Assurances Terrestres.* (Recueil Sirey-Paris) pp. 700.
- HINESTROSA, Fernando (2008): *Restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato. Obra colectiva Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet* (Fundación Fernando Fueyo) pp. 463-486.
- JACOB, Nicolás (1974): *Des Assurances* (Dalloz) pp. 480.

- JARAMILLO, Carlos Ignacio (2011): *Derecho de Seguros, Tomo II* (Themis) pp. 781.
- JEREZ, Carmen (2011): *La anulación del contrato* (Thomson Reuters) pp. 324.
- IHERING, Rudolf (1967): *Culpa in Contrahendo* (Verlag Gehlen-Bad Homburg v. D. H.) pp. 164.
- JOSSERAND, Luis (2008): *Teoría General de las obligaciones*. (Editorial Palermo) pp. 605.
- KARCZEWSKI, Christoph (2012): *Vorvertragliche Anzeigepflichten, § 19 ff. VVG n.F., § 16f. VVG a.f.*, pp. 521-532.
- KASER (1971): *Das Römische Privatrecht*. pp. 558-559-560.
- KELLER, Bertram (2008): *Favor Contractus, Reading the CISG in Favor of the Contract. Sharing International Commercial Law Across National Boundaries* (Simmons & Hill Publishing) pp. 247.266.
- KISCH, Wilhelm (1920): *Handbuch des Privatversicherungsrechtes, 2. Band: Die Lehre von der Versicherungsjiefahr*. pp. 604.
- KÖNIG, Willy (1967): *Schweizerisches Privatversicherungsrecht, System des Versicherungsvertrages und der einzelnen Versicherungsarten* (Berna, Verlag Herbert Lang & Cie.) pp. 554.
- LAGOS, Osvaldo (2006): *Las Cargas del Acreedor en el Seguro de Responsabilidad Civil* (Fundación Mapfre) pp.502.
- (2012): *Comentarios e indicaciones al proyecto de ley sobre reforma al código de comercio, parte general y daños* (Revista Chilena de Derecho de Seguros) pp. 119-138.
- LAMBERT-FAIURE, Yvonne (1973): *Droit des Assurances*. (Dalloz) pp. 541.
- (1992): *Droit des Assurances*. (Dalloz) pp. 775.
- LAMBERT-FAIURE, Yvonne y LEVNEUR, Laurent (2011): *Droit des Assurances*. (Dalloz) pp. 930.

- (2005): *Droit des Assurances*. (Daloz) pp. 918.
- LARENZ, Karl (1958): *Derecho de Obligaciones, Tomo II*. Traducción de Jaime Santos Briz (Editorial Revista de Derecho Privado) pp. 542.
- (1979): *Lehrbuch Des Schuldrechts* (C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung) pp. 541.
- LASTARRIA, José Victorino (1864): *Instituta del Derecho Civil Chileno*. pp.352.
- LATORRE, Nuria (2000): *La Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros*. (Editorial Comares). pp. 310.
- (2002): *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Obra colectiva editada por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia – España). pp.1222.
- LEONHARD, Franz (1898): *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse*, pp. 95.
- LETTA, Luigi (1997): *Dichiarazioni inesatte e reticenze dell'assicurato dell'assicurazione privata*. (Rivista Responsabilita civile e previdenza) pp. 176-187.
- LOCENI (1549): *Scriptorum de Iure Nautico et Maritimo*. pp. 1186.
- LONGO, Giovanni (1978): *La dichirazion del Rischio all'origine ed in corso di contratto: conseguenze e sanzioni* (Assicurazioni) pp.26-75.
- LYON-CAEN y RENAUT (1913): *Traité de Droit Commercial* (Libraire Générale des Droit et de Jurisprudence) pp. 1104.
- LACER, María Rosa (1992): *El saneamiento por vicios ocultos en el código civil: su naturaleza jurídica* (Bosch). pp. 226.
- LLOBET, Josep (1996): *El deber de información en la formación de los contratos* (Marcial Pons) pp. 189.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús (2011): *El error en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. Derecho*

Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España. (Atelier) pp. 626.

MARANO, Mario y MARIOTTI, Paolo (1990): *Quando il Rischio reale non corrisponde al rischi assicurato* (Responsabilità Civile e Previdenza) pp. 944-955.

MARRONE, Matteo (2006): *Istituzioni di diritto romano.* (Palermo-Palumbo). pp. 683.

MARTINIC, María y REVECO, Ricardo (2005): *Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos. Estudios de Derecho Civil* (Lexis Nexis) pp.259-296.

MENICHINO, Cristina (2001): *Reticenze ad informazioni precontrattuali en el contratto di assicurazione* (Rivista Giurisprudenza contratti in generale) pp. 870-876

MEZA BARROS, Ramón (1979): *Manual de Derecho Civil. Tomo I.* (Editorial Jurídica de Chile) pp.442.

MONTI, José Luis (2003): *Operatividad de la Regla de Buena Fe en el Contrato de Seguro* (Rivista Economia e Diritto del Terziario) p. 161-197.

MORALES MORENO, Antonio (1988): *El Error en los Contratos* (Ceura) pp. 383.

- (2011): *¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo, en Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España.* (Atelier) pp. 400-422.

MORANDI, Félix (1971): *Estudio de Derecho de Seguros.* (Ediciones Pannedille) pp. 447.

MUSY, Alberto (1999): *Il Dovere di Informazione.* (Dipartimento di Scienze Guiridiche. Università Degli Studi di Trento) pp.302.

OSSORIO, Juan (1952): *Crisis Dogmática del Contrato* (Anuario de Derecho Civil) pp. 1175-1186.

- PAGADOR, Javier (2012): *La protección del consumidor en el contrato de seguro. En Derecho (privado) de los consumidores.* (Marcial Pons) pp. 367-388.
- PANTALEÓN, Fernando (2011): *Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos* (Anuario de Derecho Civil) pp. 897-929.
- PARDESSUS, Jean Marie (1838): *Collection de Lois Maritimes. Tome Quatrieme.* (Royale). pp. 609.
- (1856): *Cours de Droit Commercial* p. 482.
- PARRELLA, Alberto (1930): *La reticenza del contratto di assicurazione* (Rivista di Diritto Commerciale) pp. 755-758
- PELAGGI, Antonio (1967): *Il dolo omissivo nel contratto di assicurazione* (Assicurazioni) pp. 219-244.
- PEÑAILILLO, Daniel (2003): *Obligaciones, parte general e clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 502.
- PEÑAS, María Jesús (1999): *La Protección del Asegurado. Análisis de la problemática derivada de la pluralidad de normas aplicables.* (Mc Graw Hill) pp. 123.
- PETIT, María Victoria (2007): *La Protección del Asegurado en la Doctrina de Nuestros Tribunales* (Revista Española de Seguros) pp. 65-114.
- PICARD, Maurice y BESSON, Andre (1964): *Les Assurances Terrestres en Droit Francais* (Librería General de Derecho y Jurisprudencia, R. Pichon y R Duranz Auzias) pp. 756.
- PIZARRO, Carlos (2012): *La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno, en Consumidores* (Abeledo Perrot – Thomson Reuters) pp. 47-73.
- PIZARRO, Carlos y PETIT, Jean (2013) *Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, en Protección de los derechos de los consumidores* (Thomson Reuters) pp. 305-311.

- POLOTTI, Alberto (1988): *Declarazioni inesatte o reticenti dell'assicurato* (Rivista Guirisprudenza di merito) pp. 1-5.
- POTHIER, Joseph (1839): *Tratado de las Obligaciones* (Traducción de la Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona España) pp. 566.
- (1841): *Tratado del Contrato de Compra y Venta*. (Traducción de la Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona España) pp.344.
 - (1845): *Tratado del Contrato de Aseguración o Seguros*. (Traducción de la Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona España) pp.83.
 - (1882): *Tratado del derecho de dominio. De la propiedad* (traducción de Antonio Elías de Molins) pp. 301.
- PRÖLSS, Erich y MARTIN, Anton (1973): *Versicherungsvertrags-u Gesetz* (C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München) pp.1101.
- QUENAUT (1828): *Traité des Assurances Terrestre*. pp. 512.
- REGLERO, Fernando (2006): *Tratado de Responsabilidad Civil*. (Thomson-Aranzadi) pp. 2271.
- RIPERT, George (1954): *Tratado Elemental de Derecho Comercial* (Traducción de Felipe de Solá Cañizares) pp. 565.
- ROJO, Luis (1994): *El dolo en los contratos* (Cívitas) pp. 317.
- RUBIO, Pedro (2003): *El deber Precontractual de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro* (Fundación Mapfre) pp. 188.
- RUIZ, Miguel (1991): *Deber de Declaración del Riesgo del Tomador en el Contrato de Seguro y Facultad Rescisorio del Asegurador*. (Revista Española de Seguros) pp.13-45.
- RUIZ-TAGLE, Carlos (2007): *El Deber de Informar en el Contrato de Seguro*. Estudios de Derecho Civil III. (Lexis Nexis) pp.583-598.
- (2011): *La Buena Fe en el Contrato de Seguros de Vida* (Editorial Jurídica de Chile). pp. 478.
 - (2012): *Comentario del proyecto de ley de modificación del Código de Comercio respecto del seguro de vida*. (Revista chilena de seguros) pp. 23-38.

- SAINT-JOSEPH, Antoine (1855): *Concordanza fra i Codici di Commercio Stranieri ed il Codice di Commercio Francese* (Prima Traduzione italiana – Venezia) pp. 756.
- SALA, Juan (1844): *Digesto Romano Español. Libro XVIII, Título V.* pp.242.
- SALANDRA, Vittorio (1942): *Le dichiarazioni dell'assicurato secondo il nuovo código* (Assicurazioni) pp. 1-19
- SALANITRO, Ugo (2009): *Gli obblighi precontrattuali di informazione: Le regole e i rimedi nel progetto Acquis.* (Europa e Diritto Privato) pp.59-86.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (1965): *Efectos de la declaración inexacta del asegurado.* (Revista Riesgos y Seguros) pp. 57-83.
- (1980): *Las Condiciones generales en los contratos de seguro y la protección a los consumidores.* (Revista Española de Seguros) pp. 5-23.
 - (2005): *Ley de Contrato de Seguro* (Aranzadi) pp. 2364.
 - (2010): *Ley de Contrato de Seguro* (Aranzadi) pp. 2914.
- SANDOVAL, Ricardo (2004): *Derecho del Consumidor.* (Editorial Jurídica de Chile) pp.247.
- (2007): *Derecho Comercial. Tomo III.* (Editorial Jurídica de Chile) pp.352.
- SANGIOVANI, Valero (2011): *Dichiarazioni inesatte, reticenze e annullamento del contratto di assicurazioni* (Assicurazioni) pp. 275-298.
- SANTERNA, Pedro (1552): *Tractatus de Assecurationibus et Sponsionibus Mercatorum.* pp. 202.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco (1954): *Dottrine Generali del Diritto Civile* (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene) pp.295
- SCHIAVONE, Giovanni (2008): *Dolo (Raggio) e Responsabilità Precontrattuale.* (Responsabilità civile e Previdenza) pp. 786-811.

- SOLIMANDO, Angela (2001): *Disciplina delle Dichiarazioni Precontrattuali nel Contratto di Assicurazione. Evoluzione della Guirispudenza* (Assicurazioni) pp.21-52.
- SOTGIA, Sergio (1972): *Considerazioni sulla descrizione del rischio nel contratto di assicurazione*. Studi in Onore di Francesco Santoro-Passarelli (Casa editrice Dott. Eugenio Jovene – Napoli) pp. 499-522.
- STIGLITZ, Rubén (2008): *Derecho de Seguros* (Editorial La Ley Buenos Aires – Argentina) pp.802.
- STOLFI, Giuseppe (1959): *Teoría del Negocio Jurídico*. Traducción de Jaime Santos Briz. (Editorial Revista de Derecho Privado)
- STRACCHA, Benvenuto (1556): *Tractatus de Mercatura*. pp. 668.
- STYPMANNUS, Franciscus (1540): *Scriptorum de Iure Nautico et Maritimo*. pp. 1186.
- SUMIEN, Paul (1957): *Traitè des assurances terrestres et des opérations a long terme* (Daloz) pp. 611.
- TALAMANCA, Mario (2001): *Elementi di Diritto Privato Romano* (Guiffré Editore) pp. 305-306.
- TAPIA, Mauricio (2005): *Código Civil 1855 2005* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 471.
- (2008): *Orden público de protección en el Derecho chileno, en Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet* (Fundación Fueyo) pp. 606.
- TARDIA, Ignazio (2004): *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*. (Rassegna de Dirritto Civile) pp. 724-776.
- TEDESCHI, Guido (1958): *Misrepresentation e non disclosure nel diritto assicurativo italiano* (Rivista di Diritto Civile) pp. 279-500.
- TIRADO SUAREZ, Francisco Javier (1990): *Anotaciones al Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro* (Revista Española de Seguros) pp.129-139.

- URIA, Rodrigo (1962): *Derecho Mercantil* pp.927.
- VALERI, Guiseppe (1950): *Manuale di diritto commerciale. Tomo II* (Firenze: Carlo Cya) pp. 241.
- VALIN, René Josué (1766): *Nouveau Commentaire sur L'ordonnance de la Marine du Mois D'aût 1681.* pp. 882.
- VARELA, Raúl (1960): *Curso de derecho comercial* (Editorial Universitaria) pp. 269.
- VEIGA, Abel (2008): *Condiciones en el Contrato de Seguro* (Editorial Comares) pp.455.
- (2009): *Tratado del Contrato de Seguro.* (Civitas-Thomson Reuters) pp. 1010.
 - (2013): *El Riesgo: Análisis y estudio crítico de la causa del contrato de seguro, en Derecho de daños 2013* (Thomson Reuters Aranzadi) pp. 641-749.
- VIANELLO, Giorgio (1991): *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione dell'art. 1892 cod. Civil (Dichirazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave del contraente assicurando)* (Rivista Diritto e pratica nell'assicurazione) pp. 283-286.
- VIAL, Víctor (2007): *Teoría del Acto Jurídico.* (Editorial Jurídica de Chile) pp.407.
- VIDARI, Ercole (1892): *Corso di diritto commerciale, Vol. V* (Ulrico Hoepe Editore-Milano) pp. 540.
- VISINTINI, Giovanna (1971): *La reticenza nel contratto di assicurazione* (Rivista di Diritto Civile) pp. 423-458.
- VITERBO, Camilo (1948): *Ensayos de Derecho Comercial y Económico.* (Tea - Buenos Aires, argentina. Traducción de Leopoldo Melo) pp. 411.
- VIVANTE, Cesare (1889): *Trattato di Diritto Commerciale, Volume III. I Contratti,* pp. 514.
- (1922): *Contratto di Assicurazione. Codice de Commercio Commentato.* (Torino-Editrice) pp. 655.

VOCI, Pasquale (2004): *Istituzioni di Diritto Romano*. (Guiffré Editore) p. 449.

VOLPE, Giovanna (2010): *Comentario Breve al Diritto delle Assicurazioni*. (Cedam) pp.894.

ZIMMERMANN, Reinhard (2008): *El nuevo Derecho Alemán de las Obligaciones*. (Bosch) pp. 282.

NORMAS CITADAS

NORMAS CHILENAS

- LEYES

Ley 20.667

Ley 19.496

Ley 20.555

- CÓDIGO DE COMERCIO

Artículo 513

Artículo 514

Artículo 516

Artículo 518

Artículo 524

Artículo 525

Artículo 529

Artículo 531

Artículo 539

Artículo 542

Artículo 552

Artículo 566

Artículo 568

Artículo 570

Artículo 1176

Artículo 519 (sustituido)

Artículo 531 (sustituido)

Artículo 550 (sustituido)

Artículo 556 (sustituido)

Artículo 557 (sustituido)

Artículo 558 (sustituido)

Artículo 582 (sustituido)

- CÓDIGO CIVIL

Artículo 11

Artículo 12

Artículo 44

Artículo 706

Artículo 1469
Artículos 904 y ss.
Artículo 1545
Artículo 1546
Artículo 1452
Artículo 1453
Artículo 1454
Artículo 1458
Artículo 1465
Artículo 1468
Artículo 1684
Artículo 1687
Artículo 1693
Artículo 1695

- DECRETOS

Decreto supremo 1055, sobre Reglamento de Auxiliares del Comercio de seguros

Decreto con Fuerza de Ley 251 Sobre compañías de seguro

NORMAS EXTRANJERAS

- NORMAS ALEMANAS

VVG *a.f* 1908
Parágrafo (§) 242 del BGB
Parágrafos (§) 19 y ss. de la VVG

- NORMAS FRANCESAS

Ordonnance de la Marine de 1681
Ley de seguros Francesa de 1930
Ley número 89-1014 de 1989
Artículo 348 del CCFR
Artículo 357 del CCFR
Artículo 113-2 del Código de seguros francés
Artículo 113-9 del Código de seguros francés
Artículo 113-8 del Código de seguros francés

- NORMAS ESPAÑOLAS

Ordenanza de Barcelona 1435
Ordenanza de Barcelona 1484
Ordenanza de Burgos de 1537
Ordenanza de Bilbao de 1737
Artículo 57 del Código de comercio español
Artículo 381 del Código de comercio español de 1885
Artículo 2 LCS española
Artículo 10 LCS española
Artículo 1266 del Código civil

- NORMAS ITALIANAS

Artículo 429 del Código de comercio italiano de 1882
Artículo 1337 del *Codice civile*
Artículo 1892 *Codice civile*
Artículo 1893 *Codice civile*
Artículo 182 *Codice della assicurazioni*

- DIRECTIVAS EUROPEAS

Directiva comunitaria 92/96CEE
Directiva comunitaria 92/94/CEE
Directiva comunitaria 2002/CE

- NORMAS HOLANDESAS

Ordenanza de Amberes de 1570
Artículo 251 del Código de comercio de 1838

- NORMAS SUIZAS

Artículo 4 de la Ley de seguros privados de suiza de 1908

JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIAS DE TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA CITADAS

Cía. de Seguros Sud América con Joaquín Contreras Canto. (1904): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre de 1904.

Bustamante con Cía. de Seguros La Central (1908): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 abril de 1908. En *Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia*, segunda parte, sección segunda, pp. 109 y ss.

García con Cía. de Seguros La Valparaíso (1910): Corte Suprema, casación de oficio, 08 de abril 1910. En *Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia*, sección primera, pp. 20 y ss.

Henríquez con Compañía La Protectora (1913): Corte Suprema, casación en el fondo, 02 de Enero 1913. En *Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia*, sección primera, segunda parte, pp. 229 y ss.

Mera con Cía. de Seguros La Germano Ch (1932): Corte Suprema, casación en el fondo, 15 abril 1932. En *Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia*, segunda parte, sección primera, pp. 377 y ss.

Plácido Argomedo Letelier con Cía. De Seguros La Defensa (1948). En CONTRERAS (1998) p. 127.

Compañía de Seguros Allianz SA con Trans Warrants Ltda. (1997): Corte Suprema, 19 de octubre de 1998. Número identificador Legal Publishing: 14083.

Torres Ruíz Carmen con Banco de Crédito e Inversiones y AXA Seguros de Vida S.A. (2001): Corte Suprema, 24 de abril del 2001. En www.legalpublishing.cl. Cita Online: CL/JUR/2476/2001.

Natalia Soto Fuentes; con Compañía de Seguros de Vida Cruz del Sur SA (2001): Corte Suprema, 03 de abril del 2001, rol 1075-2001. En www.legalpublishing.cl. Cita Online: CL/JUR/2137/2001.

Castro Vásquez Cristina con Mapfre Seguros Generales (2005): Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de mayo del 2005, rol 9846-2001. En www.legalpublisching.cl. Cita online: CL/JUR/4903/2005; 50943

Capredena con Renta Nacional (2006): Corte de Apelaciones de Santiago (CSAN), 29 de junio del 2006, Seguro colectivo de salud. Inexistencia de reticencia. Número identificador Legal Publishing: CL/JUR/1974/2006.

Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A (2008): Corte Suprema, 19 de mayo del 2008, rol 1287-2008. Número identificador Legal Publishing: 47.653.

Distribuidora Comercial S.A. con Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de enero del 2008, rol 6988-1997. En www.legalpublisching.cl. Cita Online: CL/JUR/7097/2008.

Laser Medicine Technology S.A. con Royal and Sun Alliance Seguros Chile S.A. (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de enero de 2009. Número identificador Legal Publishing: 41645.

María Inés Quintero Pérez con Chubb de Chile Compañía de Seguros Generales S.A. (2009): Corte Suprema, 20 de octubre de 2010. Número identificador Legal Publishing: 45868.

Luis Barrera González con La Interamericana Compañía de Seguros de Vida S.A. (2009): Corte Suprema, 24 de junio de 2011. Número identificador Legal Publishing: 49399.

Consorcio de Transportes Trancura Limitada contra Tocale Tuna, Romilio Perfecto (2010): Corte Suprema, 19 de enero del 2010, rol 1908-2008. En www.legalpublisching.cl cita online: CL/JUR/815/2010; 43283.

Margarita Melo Rojas con Compañía de Seguros Cardif S.A. (2011): Corte Suprema, 31 de enero del 2011, rol 5817-2009. En www.legalpublisching.cl. Cita Online: CL/JUR/1162/2011.

Meyer Flores, Norma Herminia y otros contra Seguros de Vida Security Previsión Vida S.A. (2009): Corte Suprema, 05 de noviembre del 2009, rol 5439-2008. En www.legalpublisching.cl. Cita Online: CL/JUR/3043/2009.

Banco de Chile con Edwin Rodrigo Berríos Harriague (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de agosto del 2010, rol 6838-2009. En www.legalpublishing.cl. Cita Online: CL/JUR/12034/2010.

ABN AMRO (CHILE) Compañía de Seguros con Hernández San Martín Juana Isabel (2010): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2010, en www.poderjudicial.cl Recurso 1824/2009 - Resolución: 36694.

Testar y Compañía Limitada con BBVA Banco BHIF (2011): Corte Suprema, 30 de agosto del 2011, rol 6456-2009. En www.legalpublishing.cl. Cita Online: CL/JUR/7323/2011.

Jiménez Mira con Armijo Cerda (2011): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, recurso de casación en el fondo. En www.poderjudicial.cl Recurso 1872/2010 - Resolución: 58029.

JL Asociados Limitada con Compañía de Seguros Cruz del Sur S.A. (2011): Corte Suprema, 02 de mayo de 2011. Número identificador Legal Publishing: 48670.

Urrea Fuentes Cristian con Corpbanca (2012): Corte Suprema, 12 de Abril del 2012, rol 218-2011. En www.legalpublishing.cl. Cita Online: CL/JUR/788/2012

Cristian León Vera con Bermúdez Martínez Ginnia Maritza (2012): Corte de Apelaciones de Valparaíso (CVAL) 15 de junio de 2012, rol 764-2012. Número identificador Legal Publishing: CL/JUR/1121/2012.

Inversiones Aéreas Patagonia Ltda con Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur S.A. (2012): Corte Suprema, 10 de mayo del 2012, rol 4848-2010. En www.legalpublishing.cl. Cita Online: CL/JUR/887/2012.

SENTENCIAS TRIBUNALES ARBITRALES CITADAS

Árbitro EDUARDO INFANTE, Juan (2002) en www.aida.cl, registro de fallos.

Árbitro FERNÁNDEZ RICHARD, José (1999) en www.aida.cl, registro de fallos.

Árbitro URREJOLA MÖNCKEBERG, Sergio (2004).

Árbitro GUZMÁN SALCEDO, José Tomás (2003).

SENTENCIAS EXTRANJERAS CITADAS

Corte de Casación francesa, sentencia 7 de diciembre de 1982. Ver en *Revue Générale des Assurances* (1983) p. 349.

Corte de Casación francesa, sentencia del 7 de enero de 1997. Ver en *Revue Générale des Assurances* (1997) p. 120.

Corte de Casación francesa, sentencia de 19 de octubre de 1982. Ver en *Revue Générale des Assurances* (1983) p. 193.

Corte de Casación francesa, sentencia de 9 de abril del 2009. Ver en *Revue Générale des Assurances* (2009) p. 747.

Corte de Apelación de Perugia del 2 de junio de 1924. Ver en *Rivista Diritto Commerciale* (1924) p. 506.

Corte de Casación italiana, sentencia de 18 de marzo 1929, Ver en *Rivista Diritto Commerciale* (1929) p. 453

Corte de Casación italiana (*Corte di Casazione del Regno*), sentencia 30 de noviembre de 1937. Ver en *Assicurazioni* (1937) p. 236.

PÓLIZAS REGISTRADAS EN LA S.V.S. CITADAS

CÓDIGO DE DEPÓSITO	MATERIA
Pol 1 91 086.	Seguro de responsabilidad civil.
Pol 1 05 020.	Seguro de incendio.
Pol 1 90 006.	Seguro de incendio
Pol 1 98 022.	Seguro de vehículos motorizados.
Pol 1 05 028.	Seguro de multiriesgo.
Pol 1 09 019.	Seguro de equipos electrónicos móviles o portátiles
Pol 1 08 019.	Seguro de asistencia jurídica penal.
Pol 1 06 056.	Seguro individual protección total para clientes de instituciones bancarias, financieras y/o comerciales.
Pol 1 94 021.	Seguro de robo con fuerza en las cosas.
Cad 1 93 051.	Seguro de responsabilidad patronal.
Cad 1 09 008.	Seguro para robo de cartera, bolso o mochila, adicional a: seguro de protección integral.
Pol 1 96 005.	Seguro todo riesgo montaje