

Remedios civiles ante el fraude de seguros. Estudio comparado del Derecho chileno y del Derecho inglés

*Lorena Carvajal Arenas**

RESUMEN

Este artículo examina los remedios que el Derecho chileno y el Derecho inglés colocan a disposición del asegurador ante el fraude de seguros. Para que se configure el fraude, en ambas jurisdicciones se requiere información sustancialmente falsa y dolo. Aun cuando ambos sistemas prevén los mismos remedios, la diferencia radica en su aplicación. Mientras el Derecho inglés prevé la exoneración del pago de la indemnización y la resolución es una opción para el asegurador; aquí se plantea que, ante el fraude, el Derecho chileno requiere que se decrete la resolución del contrato para que el asegurador, como consecuencia, quede liberado de su principal obligación. Esta interpretación no se aplica en la práctica. Por tanto, este estudio pretende contribuir a la aplicación correcta de los remedios previstos por la ley.

Fraude – seguros – remedios

Remedies for fraudulent claims in insurance. A comparative study of Chilean and English law

ABSTRACT

This paper deals with remedies for fraudulent claims that Chilean and English law offer to the insurer. In both legal systems, fraud at the post-contractual stage requires information to be essentially false and given on purpose. Although both systems provide the same remedies, the difference is the way in which they are applied. While English law frees the insurer to pay the claim and termination of the contract is an option; it is stated here that, Chilean law requires the termination of the contract by judicial resolution to release the company from its main obligation. This interpretation has no application in practice. Therefore, this paper attempts to contribute to the correct application of the remedies foresaw by the law.

Fraud – insurance – remedies

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Portsmouth, Reino Unido. Profesora de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: lorena.carvajal@pucv.cl

Las traducciones del inglés al castellano han sido realizadas por la autora, a menos que se indique expresamente lo contrario.

Artículo recibido el 31 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación en este número el 23 de julio de 2018.

INTRODUCCIÓN

El fraude del asegurado al momento de exigir el pago de la indemnización conforme a la póliza de seguros es un antiguo problema que se presenta durante la ejecución del contrato¹. *Prima facie*, puede indicarse que este fraude consiste en que, al momento de la denuncia del siniestro (o con posterioridad a la denuncia), existe un engaño o una maquinación del asegurado tendente a obtener la indemnización respectiva². En el ordenamiento jurídico chileno, esta actividad disruptiva de la buena fe postcontractual tiene consecuencias civiles y penales³. Este artículo analiza el fraude de seguros al momento de la declaración del siniestro desde el punto de vista de sus consecuencias civiles.

Ante el fraude, el remedio que la ley chilena prevé es la resolución del contrato, conforme al artículo 539 del Código de Comercio, cuyo texto es el siguiente: “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”.

La obligación del asegurado, cuyo incumplimiento genera el remedio indicado, está establecida en el artículo 524 N° 8 del Código de Comercio, el que dispone que el asegurado está obligado a: “Acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia, sus circunstancias y consecuencias”⁴. El asegurador tiene

¹ Vid. VANCE, 1908, p. 2. En diversos países el fraude de seguros es objeto de atención desde el punto de vista de: la gestión del seguro; la regulación por la autoridad; y también en el ámbito judicial, porque, además de la transgresión al Derecho, sus consecuencias financieras son enormes. Vid. n. 66. Vid también: LESCH y BAKER, 2011, pp. 82-120. En el Reino Unido existe conciencia acerca de los daños que el fraude de seguros ocasiona en la industria aseguradora, especialmente el fraude en seguros con consumidores. Se ha establecido un registro y una unidad policial para enfrentar el fraude de seguros. El registro se denomina *Insurance Fraud Register*. La unidad policial especializada es la *Insurance Fraud Enforcement Department* (IFED).

Vid. <http://www.theifr.org.uk/en>; <https://www.cityoflondon.police.uk/advice-and-support/fraud-and-economic-crime/ifed/Pages/About-IFED.aspx> [Fecha de consulta: 29.3.2017].

² En el seguro, el fraude también tiene lugar en caso de otorgamiento de información falsa por parte del asegurado a la compañía aseguradora al suscribir la póliza. Se considera que, en realidad, el fraude de seguros al contratar sería un acto preparatorio para cometer el fraude de seguro al momento de la reclamación. En este sentido, CONTRERAS, 2016, p. 1558. En el Reino Unido, el fraude en la fase precontractual es llamado *fraudulent non-disclosure*. Vid. *Mutual Energy Ltd v Starr Underwriting Agents Ltd; Travelers Syndicate Management Ltd*. [2016] EWHC 590 (TCC). Véase también: MACDONALD, 2017, p. 35.

³ La Ley N° 20.667, 2013, incorporó al sistema jurídico nacional el delito de “fraude de seguros”. Acerca del punto, vid. MAYER y CARVAJAL, 2015, pp. 279-313.

⁴ Se ha dicho que el momento de la reclamación del siniestro es el “momento supremo” en la relación entre el asegurador y el asegurado, esto es, el momento en el que las partes se conocerán realmente. En muchos casos, el riesgo será examinado cuidadosamente por el asegurador solo al momento de la reclamación. Vid. COUSY, 2008, pp. 119-132.

derecho para exigir el cumplimiento de esa obligación. Si no se cumple, puede exigir la aplicación del remedio previsto por la ley, es decir, la resolución⁵.

La liberación del pago de la indemnización es un remedio que la ley chilena no contempla. El remedio previsto, la resolución, apunta, fundamentalmente, a determinar la suerte del contrato, o sea, su término. El pago de la indemnización es un efecto secundario, porque si se cometió el fraude por el asegurado al denunciar el siniestro y este está claramente identificado, entonces, la prestación del asegurador, en principio, se transforma en imposible⁶.

Este trabajo postula que, para que el contrato se resuelva y, por tanto, la compañía sea liberada de cumplir su obligación principal (pagar la indemnización), se requiere el incumplimiento grave de la obligación de acreditar el siniestro y de declarar fielmente y sin reticencias sus circunstancias y consecuencias. La gravedad está determinada por la presencia de dos elementos requeridos por la ley: la información debe ser sustancialmente falsa; y, además, otorgada con dolo.

Se propone, asimismo, que la exigencia de un incumplimiento grave de la señalada obligación del asegurado —para que opere el remedio— entraña la exigencia de una máxima buena fe del asegurador en esta fase del contrato. Esto significa que el asegurador no puede exigir la liberación del cumplimiento de su principal obligación en el seguro, invocando un *simple* incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 524 N° 8.

Desde un punto de vista práctico, las compañías de seguros demandan que se les releve del pago de la indemnización, sin solicitar la resolución del contrato contemplada en el artículo 539 del Código de Comercio. Simplemente, alegan un incumplimiento de la obligación de acreditar el siniestro y de declarar fielmente y sin reticencias sus circunstancias y consecuencias. La mayoría de las veces se alega que, la declaración de la ocurrencia del siniestro se ha realizado extemporáneamente, o bien que esta contiene algún elemento falso. Los tribunales, por su parte, examinan si la extemporaneidad o la información falsa es sustancial y, conforme a ello, relevan o no del pago de la indemnización⁷. Por tanto, los tribunales no aplican el remedio previsto por la ley en el artículo 539 del Código de Comercio.

⁵ La Ley N° 20.667 explicita en dos numerales (7 y 8) del artículo 524 la obligación contenida en el N° 5 del artículo 556 hoy derogado. Vid. n. 12 de este trabajo. Para Lagos, este numeral establecía una carga no estructural, cuya inejecución daba lugar a una forma de ineficacia especial, llamada *rescisión*. LAGOS, 2006, p. 151. Para Ríos, también se trata de una carga, la que genera un efecto particular: “Lo que hemos apuntado, considerando la estructura de carga del deber impuesto en el artículo 524 número 8° del C. Com. hace inoperante el efecto resolutorio”. Se trataría, a juicio del autor, “[d]e un derecho de desistimiento del asegurador del contrato, que lo libera de su obligación de indemnizar ocurrido el siniestro, y que opera de pleno derecho”. RÍOS, 2015, p. 438.

⁶ La prevención “en principio” obedece al hecho que, en Derecho inglés se discutió acerca de la posibilidad de indemnizar la parte del siniestro incontrovertida o, en otras palabras, aquella que no había sido contaminada por el fraude. Vid. n. 32 y 33 de este artículo.

⁷ Antes de la Ley N° 20.667, 2014, las partes tampoco buscaban la declaración de rescisión del contrato conforme al artículo 557 del Código de Comercio: “[a] las partes solo les interesa, en la práctica, saber si se decreta que la indemnización debe ser pagada, o si no debe serlo”. LAGOS, 2006, pp. 149 s.

Las hipótesis planteadas (*i.e.*, la resolución ante un incumplimiento agravado y la operatividad de la máxima buena fe del asegurador en casos de *simple* incumplimiento) se comprueban mediante el estudio exegético y dogmático y de la jurisprudencia del Derecho nacional y del Derecho inglés⁸. Se escogió este último sistema para efectuar el análisis comparativo, porque la norma concerniente al fraude de seguros, la sección 12 de la *Insurance Act* de 2015, también prevé la resolución como remedio. A pesar de que esta sección no se pronuncia, específicamente, acerca del carácter sustancial de la información falsa, la jurisprudencia emanada de los tribunales de dicha jurisdicción no considera como fraudulenta la información falsa contenida en la denuncia del siniestro, cuando no afecta la esencia del derecho que se reclama. En consecuencia, en ambas jurisdicciones es fundamental determinar cuándo la información es sustancial. Se usará el Derecho inglés para ilustrar acerca de un criterio objetivo acerca de este punto. Asimismo, aún más explícita que en el caso nacional, la sección 12 utiliza la nomenclatura *fraudulent claim*, lo que implica que solo la reclamación falsa que se efectúa con dolo autoriza a resolver el contrato.

Como referencia, tanto la legislación chilena como la legislación inglesa introducen reformas sustanciales al Derecho de seguros vigente por más de una centuria en estas jurisdicciones. La legislación chilena de seguros actual constituye la gran reforma al Derecho de seguros desde la vigencia del Código de Comercio de 1865. En tanto, la modificación introducida por la ley inglesa de 2015 puede considerarse la mayor reforma de la legislación relativa al contrato de seguro en los últimos cien años⁹, si se considera la *Marine Insurance Act* (MIA) de 1906, verdadera codificación de los principios del seguro, cuya interpretación se ha extendido más allá del Derecho marítimo¹⁰. Sin embargo, si se considera el fallo *Carter v Boehm*¹¹, la legislación de 2015 es la primera, desde el siglo XVIII, en establecer principios nuevos que rigen la formación y operatividad de los contratos de seguros.

El trabajo se divide en dos secciones, las que desarrollan los siguientes puntos: la primera, el fraude de seguros en Derecho chileno; la segunda, el fraude de seguros en el Derecho inglés. En esta última sección se reflexiona acerca de las proyecciones de las soluciones del Derecho inglés para el caso chileno. Finalmente, la conclusión contiene la verificación de las hipótesis propuestas.

⁸ La *uberrima bona fides* –matriz de los remedios previstos ante el fraude– en el ámbito de los seguros tiene su origen en el Derecho inglés. Exactamente, hace 251 años Lord Mansfield articuló el principio de la máxima buena fe para los seguros en el caso *Carter v Boehm* (1766) 3 Burr 1905. Vid. Vance, 1908, p. 17.

⁹ Uno de los puntos nodales de la reforma es aquel relativo a los remedios del asegurador ante reclamaciones fraudulentas. Vid. Bill Explanatory Notes, Background N° 9. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/notes/contents> [Fecha de consulta: 7 mayo de 2017].

¹⁰ Vid. Bill Explanatory Notes, Background N° 6. Desde el inicio de la vigencia de la *Marine Insurance Act*, la House of Lords ha declarado que las secciones 17 a 20 se aplican a todo tipo de seguros y reaseguros. Vid. WOLONIECKI, 2002, p. 1.

¹¹ Vid. n. 8.

I. REMEDIOS ANTE EL FRAUDE DE SEGUROS EN DERECHO CHILENO

En Chile, la Ley N° 20.667 de 9 de mayo de 2013 cambió la fisonomía regulatoria del fraude de seguros. En materia civil, la consecuencia del fraude era la rescisión del contrato, conforme a los artículos 556 N° 5, 557 N° 2, y 558 del Código de Comercio de 1865¹². Actualmente, el artículo 539 del Código de Comercio establece la resolución del contrato.

El fraude civil se configura por un incumplimiento grave de la obligación de acreditar la ocurrencia del siniestro, y declarar fielmente y sin reticencias sus circunstancias y consecuencias. Es decir, en la denuncia del siniestro se ofrece información sustancialmente falsa con dolo (“a sabiendas”)¹³.

La Historia de la Ley apoya la tesis acerca de la necesidad de un incumplimiento grave para que opere la resolución en el caso de la denuncia del siniestro. El Proyecto de la Ley N° 20.667 contenía un inciso tercero en el artículo 539, cuyo contenido es el siguiente: “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”¹⁴. Es posible deducir que, para el resto de las obligaciones legales y contractuales del seguro, es posible solicitar la resolución conforme al Código Civil (artículo 1489). Para el incumplimiento de la obligación de acreditar que el siniestro ocurrió, y de declarar sus circunstancias y consecuencias fielmente y sin reticencia, se aplica el remedio previsto en el artículo 539 del Código de Comercio, previsto que se cumplan los requisitos que este impone.

Se considera que la resolución ante un incumplimiento grave, como el descrito, es un remedio “coherente, funcional al interés del acreedor perjudicado y adecuado a las actuales condiciones de la actividad contractual”¹⁵, porque, por una parte, es de carácter prospectivo, es decir, deja intactos los derechos adquiridos previamente por las partes (a diferencia de la rescisión) y exonera a la compañía aseguradora de perseverar en el contrato. Por otra parte, el remedio impele a esta última a desplegar su máxima buena fe, pues solo puede pretender la exoneración del pago de la indemnización ante

¹² El texto de los artículos es el siguiente. “Artículo 556 N° 5. El asegurado está obligado: N° 5: A notificar al asegurador, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la noticia, el advenimiento de cualquier accidente que afecte su responsabilidad, haciendo en la notificación una enunciación clara de las causas y circunstancias del accidente ocurrido; artículo 557. El seguro se rescinde: 2° Por inobservancia de las obligaciones contraídas; artículo 558: pronunciada la nulidad 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”. La necesaria intervención judicial en la declaración de nulidad en el sistema chileno se diferenciaba de la regulación británica. Como ilustración, vid. Corte Suprema, 3.04.2001, rol 1075-2001; Corte Suprema, 7.08.2008, rol 4539-08; y CLARKE, 2015, para. 5.61.

¹³ Vid. MEJÍAS, 2011, p. 267.

¹⁴ HL 20.667, 2013, p. 28.

¹⁵ Vid. VIDAL, 2011, p. 257.

un hecho grave del asegurado, quien, dolosamente, atenta contra el plan contractual¹⁶. En línea con este último argumento, el voto disidente del ministro Tapia de la Corte de Apelaciones de Concepción:

“La negativa de la compañía para dar curso al siniestro denunciado por el asegurado no es sino un subterfugio inadmisibles y arbitrario para hacer creer que existe un derecho controvertido sobre la interpretación del contrato de seguro y atribuirle al propio asegurado un incumplimiento de las condiciones generales de ese contrato, que en la especie no ha existido, y obligarlo así a concurrir a un juicio declarativo previo, que a juicio de este disidente es totalmente improcedente en este caso y demostrativo de *mala fe* en la actuación de la compañía” (énfasis añadido)¹⁷.

Sin embargo, el examen de la jurisprudencia revela que las compañías no invocan el artículo 539 del Código de Comercio. Las aseguradoras solo buscan que se aplique la consecuencia final de la resolución del contrato, esto es, la liberación del pago de la indemnización, sin alegar el fraude en sede civil¹⁸. Como se verá, la razón de dicha omisión es la dificultad de probar los elementos que prevé la norma: dolo y la información sustancialmente falsa.

En la práctica, en caso que la compañía cuente con evidencia acerca de la actuación dolosa del asegurado, sigue la vía penal y no ejerce acciones civiles¹⁹. Sin embargo, como

¹⁶ En los hechos, Ferrante concuerda con esta posición. Con todo, el autor considera que la exoneración del pago de la obligación no se produce porque la prestación ha devenido imposible, producto de la prueba del fraude y la consecuente resolución del contrato. Para él, el dolo que concurre en la declaración del siniestro sería aquel que excluye la indemnización: “[l]a falta de una previsión expresa de exclusión de responsabilidad podría hacer imprescindible la expresa invocación, por parte de la compañía de seguros, del artículo 535 del Código de Comercio (“El asegurador no está obligado a indemnizar el siniestro que se origine por dolo o culpa grave del asegurado o del tomador en su caso”), a petición de la parte. A no ser que el juez considere, por el principio *iura novit curia*, abogar a un principio general del derecho y excluir la indemnización invocando el principio *fraus omnia corrumpit*” (paréntesis agregado). FERRANTE, 2017, inédito.

¹⁷ La parte transcrita corresponde al considerando sexto de: Corte de Apelaciones de Concepción, 5.10.2015, rol 4226-2015.

¹⁸ Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, 14.08.2014, rol 9227-2013, ante la discusión relativa a si el actor cumplió con comunicar la ocurrencia del siniestro y que este corresponde al riesgo asegurado, declaró que: “no tienen relevancia las inexactitudes que se reprochan en cuanto a la hora del accidente, pues no se advierte perjuicio o indicios de fraude que afecten a la Compañía de Seguros”. Esta resolución fue confirmada por la Corte Suprema, 20.04.2015, rol 28763-2014. Otro ejemplo es la resolución de la Corte Suprema, 30.11.2016, rol 16929-2016, en la que también se discutía si el demandante cumplió con su obligación de denunciar el siniestro dentro de los plazos pactados en el contrato, esto es, dentro de los 5 días siguientes de ocurrido el siniestro. Es decir, en virtud de la alegación de incumplimiento contractual relativo a la declaración del siniestro, se pretende obtener el relevo del pago de la indemnización.

¹⁹ Por ejemplo, sentencia del 11° Juzgado de Garantía de Santiago, 4.04.2015, RUC 1610003691-K, RIT 1216-2016. Bajo el antiguo régimen del Código de Comercio “[n]ormalmente, cuando un asegurado se daba cuenta de que lo condenarían, se desistía del siniestro y, tratándose de una estafa, que requiere perjuicio patrimonial de la víctima para configurarse como delito, las Compañías nunca ejercieron acciones civiles por los perjuicios derivados de una declaración falsa de siniestro. Se contentaban con no pagar la indemnización... El sistema procesal posreforma tampoco ha ayudado mucho, pues hoy los fiscales ofrecen

se ha expresado, desde el punto de vista civil, el juez no debería relevar a la compañía de su obligación principal, sin resolución de por medio, conforme a la norma expresa del artículo 539 del Código de Comercio. En ese contexto, la prueba del dolo es fundamental. En *Odette Reyes Bustos con Compañía de Seguros La Chilena Consolidada*²⁰ se declaró, en virtud del artículo 1698 del Código Civil, que la compañía demandada no ha probado el acto malicioso y la exclusión invocada, por ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 539 del Código de Comercio, desestimó esta causal como fundamento de la demandada para negar el pago del siniestro²¹.

El fallo es interesante por dos razones. Primero, porque revela que quien debe probar el fraude de seguro es la compañía aseguradora. La buena fe del asegurado se presume; la mala fe debe establecerla quien la alega²². Este aspecto se mantiene vigente hoy, en virtud del artículo 539 inciso 2° del Código de Comercio, el que dispone que el asegurador puede retener la prima o demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditar el fraude de seguros. Segundo, porque dimana del fallo que la consecuencia de la prueba de mala fe en la denuncia del siniestro sería, conforme a la demanda, la exención de pago de la indemnización, sin mencionar el remedio que obra como presupuesto, consistente en la declaración de rescisión del contrato, conforme al antiguo régimen. Como se ha dicho, esa es la situación que, frecuentemente, acontece en la realidad²³. A pesar de ello, se insiste en la importancia de solicitar la terminación del contrato. En la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso *María Inés Quintero Pérez con Chubb de Chile Cía. de Seguros Generales S.A.*, el considerando 10 indica: “Que, a mayor abundamiento, el demandado solo se limitó a contestar la

salidas alternativas a quienes defraudan a las Compañías, las que también se conforman, para evitar el pago de la indemnización que ilícitamente se pedía, pero no ejercen luego acciones civiles. También se usa mucho el juicio abreviado, por lo que no existe jurisprudencia civil asociada”. Comunicación personal, mediante correo electrónico, de Edmundo Agramunt, director del diplomado de Derecho de seguros de la Pontificia Universidad Católica de Chile (16 de marzo de 2017).

²⁰ Fallo arbitral de 23 de mayo de 1997 emitido por la Superintendencia de Valores y Seguros. Recopilación de CONTRERAS, 1998, pp. 1173-1175.

²¹ El artículo 1698 del Código Civil indica: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”. Conforme al laudo, corresponde a la aseguradora probar el acto malicioso que alega. El argumento invocado para sostener esta decisión se considera errado, porque la obligación de declarar fielmente las circunstancias en que ocurrió el siniestro es legal y, además, está estipulada en la póliza. Por tanto, quien debe probar su extinción, *i.e.*, que se cumplió fielmente, es el asegurado o beneficiario. Con todo, como la aseguradora alega un incumplimiento doloso, la norma que debería aplicarse es el artículo 1459 del Código Civil, porque debe probar el dolo quien lo invoca. ABELIUK, 2014, p. 957.

²² Sobre los costos de probar la buena o mala fe: DIXIT y PICARD, 2002.

²³ En algunos casos, no se intenta la vía declarativa, sino que el Recurso de Protección. Se invoca el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. En esos casos, el asegurado argumenta el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 524 N° 8 del Código de Comercio, con el fin de obtener el pago de la indemnización. Por ejemplo, en resolución de Corte de Apelaciones de Concepción, 5.10.2015, rol 4226-2015, la recurrida hace presente que conforme al artículo 8° de las Condiciones Generales de la Póliza, ‘el asegurado estará obligado a acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia sus circunstancias y consecuencias’, a lo que, según el actor, se ha dado por su parte íntegro y exacto cumplimiento”.

demanda, no habiendo ejercido en la oportunidad legal las acciones correspondientes con el efecto de poner término al contrato de seguro”²⁴.

Desde el punto de vista de los requisitos para obtener la resolución del contrato, en este trabajo se sostiene que, la sustancialidad de la información que entrega el asegurado no puede ser calificada por la propia compañía aseguradora. Así se deduce, *mutatis mutandis*, del siguiente razonamiento extraído de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago:

“Es decir, su obligación de pagar depende de una condición previa que es la calificación de la temporalidad del aviso, que también depende de la compañía en cuanto deudor del pago de la indemnización. En consecuencia, se estaría en presencia de una condición meramente potestativa cuya verificación de cumplimiento, en este caso, dependería de la mera voluntad de la compañía de seguros y que el artículo 1478 del Código Civil declara nula, por cuanto el acreedor de aquella condición es precisamente la compañía de seguros, y verificada la condición, la compañía pasa a ser deudora. De ahí que el tránsito de sujeto activo a pasivo mediante la calificación efectuada por una misma persona como acreedor y posterior deudor, tornen aquello en lo que el artículo señalado repudia”²⁵.

Cuando se alega el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 524 N° 8, es necesario probar que se ha entregado información sustancialmente falsa a sabiendas²⁶. Así, la obligación de pagar de la compañía depende de una condición previa, cual es la calificación de sustancialidad de la información falsa. En consecuencia, se trata de una condición meramente potestativa cuya verificación de cumplimiento depende de la mera voluntad de la compañía de seguros –el deudor de la obligación de indemnizar–. Como el artículo 1478 del Código Civil declara nulas este tipo de condiciones, tal condición tiene que estar anclada en un criterio fuera de la voluntad del deudor. Para ofrecer criterios que permitan determinar cuándo la información es sustancial, y también para dar luces acerca de otros puntos no resueltos en Derecho nacional, en el siguiente párrafo se estudia el Derecho inglés.

²⁴ Corte Suprema, 20.10.2010, rol 335-2009.

²⁵ Resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, 20.6.2016, rol 1620-2016. Otra causa, entre muchas, en la que se discute acerca de la declaración tardía del siniestro es: Corte de Apelaciones de Santiago, 6.5.2016, rol 12.715, donde el considerando segundo indica: “Que, analizada la prueba aportada al proceso por la demandada, no se encuentra acreditado que la asegurada Servicio de Salud Chiloé, haya informado el acaecimiento del siniestro tardíamente”.

²⁶ La letra del artículo 524 N° 8 cuando indica que, “El asegurado estará obligado a: declarar *fielmente y sin reticencia*” el siniestro, está en perfecta sincronía con el artículo 539 que exige que la declaración sea *sustancialmente falsa y entregada a sabiendas*.

II. EL FRAUDE DE SEGUROS EN EL DERECHO INGLÉS. POSIBLES PROYECCIONES DE SUS SOLUCIONES EN DERECHO CHILENO

En Inglaterra, el fraude de seguros se encontraba comprendido por la Sección 17 de la Marine Insurance Act (MIA) de 1906²⁷, la que imponía un simple, con todo, draconiano remedio: “El contrato de seguro marítimo es un contrato basado en la máxima buena fe y si la máxima buena fe no se observa por alguna de las partes, el contrato puede ser rescindido por la otra”.

La Marine Insurance Act proveyó durante más de una centuria un marco legal accesible y claro. Sin embargo, el transcurso del tiempo, el desarrollo de la tecnología y las nuevas prácticas en la contratación revelaron la desactualización y la consiguiente inaplicabilidad de muchos principios recogidos en esa ley. Ante ello, las propias aseguradoras y las entidades reguladoras suministraron, por medio de pólizas y directrices, soluciones para mitigar los problemas y lagunas legales. Sin embargo, las Cortes no podían sustituir de manera perenne la falta de regulación mediante principios y del derecho consuetudinario²⁸. Además, muchas veces las soluciones previstas por estas fuentes resultaban contrarias a las normas legales. La propia sección 17 de la MIA, la que prevía la nulidad del contrato *ab initio* en caso de inobservancia de la ubérrima *bona fides*²⁹, era considerada por las Cortes como un elemento que obstruía sus intentos de llegar a sanciones justas y proporcionales para el caso de fraude de seguros, pues el remedio de la nulidad, en la práctica, no era efectivo para el asegurado³⁰.

Así, durante largo tiempo, en el Reino Unido tuvo lugar un debate respecto de los deberes postcontractuales del asegurado y, específicamente, en relación con su deber de solicitar la indemnización de un siniestro conforme con las obligaciones impuestas por el contrato de seguro y respecto de los principios que lo rigen. En julio de 2010 la *Law Commission* abrió una consulta acerca del deber postcontractual de buena fe del asegurado³¹. El principal aspecto considerado en esta consulta relativa al deber de buena fe al momento de denunciar un siniestro fue qué remedio debía ponerse a disposición de las compañías aseguradoras si los asegurados actuaban fraudulentamente. Los tribunales británicos habían sido proclives a sancionar el fraude del asegurado con la pérdida del derecho a pedir la indemnización respectiva y no con la nulidad del contrato. Los

²⁷ Respecto a la aplicación de la MIA a los seguros en general, vid el N° 6 de las notas explicativas de la Insurance Act 2015 en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/4/notes?view=plain> [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017].

²⁸ La irrupción del Derecho del consumidor para proteger a los asegurados determinó, entre otras razones, que la MIA de 1906 resultara insuficiente. En años recientes las disputas de seguros que involucraban a consumidores fueron resueltas por el Financial Ombudsman Service (FOS). Vid. Hertzell, 2017, p. 3.

²⁹ Esta sanción es consecuencia de la concepción: “*Fraus omnia corrumpit*”.

³⁰ Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro establecen que, en caso de fraude, el asegurador tiene derecho a demandar la nulidad del contrato (“*avoid the policy altogether*”) y retener la prima, conforme al artículo 2:104. Vid. 2009: *Principles of European Insurance Contract Law*.

³¹ Disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/insurance-contract-law.htm> [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017].

comisionados apoyaban esta posición del siguiente modo: si un asegurado sufre una pérdida legítima de 18.000 libras esterlinas, pero hace una reclamación ficticia de 2.000 libras más por un ítem que nunca ha existido, el asegurado pierde la indemnización por 20.000. Se considera que esto es justo. Los asegurados no deben estar habilitados para inventar ítems para ser reclamados en conocimiento que, incluso si se descubre el fraude, no van a perder nada³².

Dicha posición fue redargüida. En las consultas que la *Law Commission* efectuó, algunos jueces de la Corte Comercial consideraron lo siguiente:

“Es difícil pensar en otra área del Derecho en la cual tengamos una política donde se priva a la parte de daños a los cuales tenía derecho como resultado de un aspecto deliberadamente falso de la reclamación o de una evidencia o prueba invocada para sustentarla. Con todo, los aseguradores no son los únicos en afrontar reclamaciones exageradas. Estas son comunes en las demandas civiles, así como también lo son los elementos falsos que sirven de soporte a reclamaciones legítimas. Por ejemplo, los demandantes de una indemnización por daños personales suelen exagerar sus dolencias. Uno se pregunta por qué un asegurado cuya casa se quemó pierde su derecho a exigir cientos de miles de libras por el edificio y el contenido quemado, solo porque falsamente exigió indemnización por algunos computadores extras. En circunstancias que, un individuo con daños en su persona, cuya deshonestidad puede ser aún más grosera y más repudiable, continúa teniendo derecho a ser indemnizado”³³.

El elemento disuasivo en el Derecho de seguros siempre ha sido importante, en el sentido que, si el asegurado sabe que si pide más de lo que está autorizado no va a perder nada, entonces intentará obtener más. Sin embargo, la eficacia de esta regla como disuasivo del fraude es dudosa. Se postula que la justificación de la diferencia de tratamiento entre el seguro y los daños personales se encuentra en la buena fe. La víctima de daños personales no está ligada con el demandado por un vínculo de observancia del principio de buena fe³⁴.

En la actualidad, los seguros con consumidores, así como aquellos de grandes riesgos o entre empresas, han sido regulados por la Insurance Act 2015, la que comenzó a regir a partir del 12 de agosto 2016³⁵. La norma aplicable al fraude es la

³² Vid. Aikens, 2010, p. 379.

³³ Summary of Responses to Second Consultation Paper. Post contract duties and other issues. Chapter 2: Insurers' remedies for fraudulent claims, parágrafo 2.13. Disponible en: <http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/11/Summary-of-responses-post-contract-duties-and-other-Issues-insurers-remedies-for-fraudulent-claims.pdf> [Fecha de consulta: 27 de agosto de 2017].

³⁴ Vid. LÓPEZ, 2010, pp. 65-113.

³⁵ Las normas de la Insurance Act 2015 sobre *warranties* (garantías) y fraude de seguros se aplican tanto a seguros comerciales o de grandes riesgos como a los seguros celebrados con consumidores.

sección 12³⁶. Sumariamente, tal sección prevé que, en caso de una reclamación fraudulenta, el asegurador no está obligado a pagar la indemnización, está autorizado para recuperar toda suma pagada al asegurado en relación con dicha reclamación y, además, puede terminar el contrato de seguro. La decisión del asegurador de terminar el contrato debe ser comunicada al asegurado y, por supuesto, no afecta reclamaciones previas al acto fraudulento³⁷. El asegurador solo puede rechazar su responsabilidad respecto de reclamaciones posteriores³⁸.

La sanción legislativa siguió la línea jurisprudencial, pues antes de la reforma de la Insurance Act de 2015, la House of Lords había reinterpretado el deber postcontractual de buena fe consagrado en la sección 17 de la MIA³⁹. En el famoso fallo recaído en el caso “Star Sea”, la House of Lords declaró que, mientras en la fase precontractual la buena fe es de naturaleza estricta (es decir, autoriza a anular el contrato), en el período postcontractual la buena fe es flexible y moldeable de acuerdo con las circunstancias (así, es posible que el contrato se resuelva en vez de anularse)⁴⁰.

Conforme con la sección 12 de la Insurance Act, en caso de fraude de seguros, para impugnar una reclamación se requiere que, tanto el fraude como la pérdida, alcancen cierta entidad. Es decir, se debe estar en presencia de una reclamación por una pérdida que se sabe que no existe o es exagerada y, además, dicha pérdida debe ser relevante o sustancial. Que sea sustancial significa que debe tener un efecto sustantivo en la voluntad del asegurador de pagar⁴¹. Así, para rechazar una reclamación por fraude, los aseguradores deben probar que es “deliberadamente falsa” y “de una manera sustancial”. El primer requisito indica que el asegurado conoce la falsedad de la reclamación o la hace sin comprobar su verosimilitud⁴². Respecto de este punto es conveniente indicar que el *common law* ha fallado que exageración no es fraude, sino, meramente, una mejor

³⁶ Section 12. Remedies for fraudulent claims

(1) If the insured makes a fraudulent claim under a contract of insurance—

(a) the insurer is not liable to pay the claim,

(b) the insurer may recover from the insured any sums paid by the insurer to the insured in respect of the claim, and

(c) in addition, the insurer may by notice to the insured treat the contract as having been terminated with effect from the time of the fraudulent act.

³⁷ La Sección 12 de la Insurance Act distingue entre la reclamación fraudulenta y el acto fraudulento. El acto transforma la reclamación en fraudulenta y puede tener lugar con posterioridad a la reclamación.

³⁸ La sección 12 N° 3 de la Insurance Act prevé:

(3) si se considera el contrato como terminado conforme a esta sección, esto no afecta los derechos y obligaciones de las partes del contrato en relación con un evento relevante ocurrido antes del acto fraudulento.

³⁹ Sección 17 MIA: “A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party”.

⁴⁰ El caso es: Manifest Shipping Ltd. v. Uni-Polaris Insurance Co. Ltd-the ‘Star Sea’ (2001) UKHL 1; [2003] 1AC 469 at (64); [2001] Lloyd’s Rep. I.R. 493 at [63]. Disponible en: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010118/manife-1.htm> [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017].

⁴¹ CLARKE, 2015, p. 184.

⁴² El artículo 539 del Código de Comercio excluye esta última posibilidad, es decir, la culpa grave. En el sistema chileno, la reclamación fraudulenta es aquella hecha con dolo.

posición al momento de exigir una prestación⁴³. Para ilustrar, a continuación, se analizará un caso fallado antes de la vigencia efectiva de la Insurance Act, habiendo sido esta ya promulgada. En el caso *Versloot Dredging BV v HDI Gerling Industrie Versicherung AG*⁴⁴, la *Supreme Court* del Reino Unido se pronuncia acerca de la adición de antecedentes en contravención a la buena fe, o sea, se trataba de antecedentes falsos⁴⁵. Este es un caso de seguro marítimo, en el que el dueño de la nave alegó contra la decisión de la *Highb Court* y contra aquella de la *Court of Appeal*, las que consideraron a los aseguradores autorizados para rechazar el pago de la indemnización, bajo los términos de “Fraude de seguro”. Los hechos son los siguientes: la sala de máquinas del barco se había inundado, dañando el motor principal sin posibilidad de reparación. En virtud de la póliza, el dueño hizo una reclamación por 3,2 millones de Euros. La causa de la inundación inicialmente no estaba clara. El propietario de la nave imprudentemente indicó que la alarma de sentina había sonado, pero la tripulación había sido incapaz de hacer frente a la fuga, debido al vaivén de la nave por el mal tiempo. Eso no era cierto. De hecho, la inundación fue causada por una combinación de hechos. Por una parte, la negligencia de la tripulación, que no pudo cerrar una válvula de emergencia contra incendios; la negligencia de contratistas anteriores, incapaces de sellar el mamparo de la sala de máquinas correctamente; y defectos en el sistema de bombeo de la sala de máquinas. Por tanto, la falsedad del propietario de la nave era irrelevante, porque la pérdida fue causada por un *peril of the seas* o riesgo particular de la actividad marítima cubierto por la póliza. Como se aprecia, la reclamación estaba justificada plenamente conforme con las condiciones de la póliza. Solo que la información otorgada para justificarla había sido deshonestamente embellecida para obtener un pago rápido, o bien, para incrementar las perspectivas del asegurador de aceptar la reclamación. Esto fue considerado una “mentira colateral”, desde que no incidía en el derecho del asegurado de ser indemnizado. El asegurado, además, no estaba tratando de obtener más de lo que le correspondía. La decisión de la *Supreme Court* indicó que el seguro versa respecto de la apreciación del riesgo y el pago de la indemnización. Ambos procesos dependen de la buena fe y de la información adecuada. Una mentira que el asegurado consideró necesaria para promover sus intereses no podía ser considerada “sustancial” y, por tanto, se catalogó como desproporcionadamente dura para el asegurado la negación de la indemnización.

Aun cuando esta sentencia es anterior a la vigencia efectiva de la Insurance Act 2015, es ilustrativa respecto de la posición de las Cortes, pues venían implementando la idea que la falta de buena fe del asegurado, “en alguna medida”, no autoriza para abolir

⁴³ “Merely a bargaining position” *Nsubuga v Commercial Union Assurance Co plc* [1998] 2 Lloyd’s Rep 682. Aunque en algunos fallos, como *Wisenthal v World Auxiliary Ins Corp Ltd* (1930) 38 Ll Rep 54, 61, se ha indicado que el fraude también incluye engaños para lograr el pago de manera expedita.

⁴⁴ *Versloot Dredging BV v HDI Gerling Industrie Versicherung AG* [2016] UKSC 45. El caso fue fallado el 20 de julio de 2016.

⁴⁵ Tradicionalmente, se les llama *fraudulent devices*. Una expresión más precisa es *collateral lies*.

el contrato o para aplicar una sanción desproporcionada a la contraparte⁴⁶. Justamente, en esa evaluación se presenta la buena fe del asegurador. Así, aun cuando en todas las reformas propuestas por la *Law Commission* las respuestas de los interesados y las legislaciones sucesivas, entre ellas, la Insurance Act 2015 y la Enterprise Act 2016, acentúan el deber de buena fe en ambas partes del contrato, la buena fe del asegurador debe ser extrema en el caso de declaración del siniestro: no se debe discutir una indemnización basada en argumentos no sustanciales. Esto acarrea que no debe demorar innecesariamente el pago de la indemnización. En efecto, en 2010 la *Law Commission* consultó a los operadores acerca de *Damages for Late Payment and the Insurer's Duty of Good Faith* (Issues Paper 6). El resultado de esta consulta se concretó en la Enterprise Act de 2016⁴⁷. La parte 5 de esta ley contiene normas que ordenan la inclusión de una nueva sección 13 A en la Insurance Act 2015, con el fin de establecer como un *implied term* de los contratos de seguros que las reclamaciones deben pagarse “dentro de un período razonable”⁴⁸. Por supuesto, ello no obsta a la discusión de la procedencia o monto de la reclamación, en casos justificados. La sección 13 A indica:

(4) Si el asegurador demuestra que existían *bases razonables para discutir la reclamación* (en relación a la suma, o en relación a la procedencia del pago) – (a) el asegurador no incumple el término implícito por la subsección (1) solo por no pagar la reclamación (o la parte afectada por ella) mientras la discusión está pendiente, pero (b) la conducta del asegurador que discute la procedencia de la indemnización puede ser un factor relevante en la decisión si tal término fue incumplido y, si así es, cuándo (énfasis añadido).

La exigencia de buena fe del asegurador en esta fase es tal, que los remedios en caso de incumplimiento de la obligación de pagar oportunamente serán aquellos ofrecidos tradicionalmente en contratos bilaterales, incluida la indemnización de perjuicios. Por supuesto, el asegurado deberá probar que la pérdida que debe ser reparada por medio de la indemnización de perjuicios se ha producido por causa del incumplimiento del *implied term* por parte del asegurador. Esto que, *prima facie*, puede aparecer como un efecto normal, no lo es en el Derecho inglés, donde se había negado sistemáticamente el

⁴⁶ En Chile, también en el período previo a la dictación de la Ley N° 20.667, era posible ver atisbos de morigeración del principio de la *uberrima bona fides*. Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema, 30.09.2010, rol 1824-2009, se declaró que si la falta de información precontractual no había alterado sustancialmente el riesgo, no debía ser considerada en orden a eximir al asegurador.

⁴⁷ La que entró en vigor el 4 de mayo de 2017.

⁴⁸ La sección 13A (2) y (3) de la Enterprise Act 2016 indica qué debe entenderse por un “período razonable”:

(2) Un período razonable incluye un tiempo conveniente para investigar y evaluar la reclamación.

(3) Aquello que es razonable dependerá de todas las circunstancias relevantes. Sin embargo, los siguientes son ejemplos de aspectos que se deben tener en consideración: (a) el tipo de seguro, (b) el tamaño y la complejidad de la reclamación, (c) conformidad con estatutos correspondientes o reglas o guías regulatorias, (d) factores fuera del control del asegurador.

derecho a indemnización por daños al asegurado, en atención a una antigua ficción del Derecho de seguros inglés consistente en que la obligación del asegurador es mantener al asegurado o su propiedad a salvo e indemnes y que todo monto exigible en virtud del contrato de seguro lo era en virtud de daños por el incumplimiento de dicha obligación. Un asegurado no podía ser indemnizado, además, por los daños derivados de un pago tardío por el asegurador. Por tanto, su único remedio, en virtud de la legislación de 1906, era, simplemente, el interés sobre la suma debida⁴⁹.

También en Chile el asegurador debe evaluar la información adecuadamente y no usar el remedio de la caducidad —que produce la preclusión del derecho a recibir la indemnización—, por ejemplo, en caso de una notificación del siniestro ligeramente extemporánea⁵⁰. También, en el supuesto en que se omitan antecedentes irrelevantes en la apreciación del siniestro y en el consiguiente surgimiento de la obligación de indemnizar, no debería discutir o dilatar el pago de la indemnización. Estos aspectos son una manifestación de la buena fe del asegurador, escasamente considerada por la doctrina y por la regulación nacional⁵¹, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones⁵².

Canadá, por ejemplo, en un caso relativo a la buena fe del asegurador en esta fase del contrato, se alejó de su histórica adherencia al Derecho inglés, consistente en la no concesión de indemnización de perjuicios con carácter punitivo en caso de incumplimiento contractual⁵³. En *Whiten v Pilot Insurance Co*⁵⁴, la casa y el menaje de casa de la apelante fueron destruidos en un incendio, el que además causó daños a la persona de su marido. La apelante solicitó la indemnización en virtud de la póliza de seguro de incendio de su casa. Sin embargo, se encontró con intransigencias y demoras.

⁴⁹ En los hechos, esto producía una injusticia. Por ejemplo, en el caso *Sprung v Royal Insurance* [1999] 1 Lloyd's Rep IR 111, [1997] CLC 70, un pago tardío a Mr. Sprung por su aseguradora resultó en la pérdida de su negocio familiar. Esta regulación, además, significaba una contradicción con los principios generales del Derecho contractual de Inglaterra y de Gales (el derecho escocés reconocía la procedencia de la indemnización de los daños en este caso), pues en dichos sistemas jurídicos la regla general es que, si una parte incumple el contrato, la otra podía reclamar los perjuicios sufridos a causa del incumplimiento, siempre y cuando esto haya sido previsto al tiempo de la celebración del contrato.

⁵⁰ El artículo 524 del Código de Comercio en el numeral 7 establece como obligación del asegurado “notificar al asegurador, tan pronto sea posible una vez tomado conocimiento, de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro”.

⁵¹ En Chile solo existe el artículo 26 del Reglamento de Auxiliares del Comercio de Seguros y también la NCG Nº 331 (2012) de la SVS. Esta última establece que las pólizas que cubran riesgos asociados a créditos hipotecarios deberán señalar el plazo máximo en que la aseguradora pagará la indemnización al asegurado, el que no podrá exceder de 6 días hábiles contados desde que se establezca la pérdida y procedencia de su pago, de acuerdo con el informe final de liquidación.

⁵² En línea con la legislación británica analizada supra, el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro española de 1980 regula la mora en el cumplimiento de la obligación del asegurador.

⁵³ La indemnización por daños de carácter punitivo (*punitive damages*): corresponde a una indemnización concedida en caso de una conducta incorrecta seria o maliciosa para punir o desalentar a otros de actuar de la misma forma. También se conocen como “daños ejemplares” o “dinero inteligente”. Merriam-Webster's Dictionary of Law, 201. Disponible en: http://search.credoreference.com/content/entry/mwdlaw/punitive_damages/0 [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2017].

⁵⁴ [2002] 1 SCR 595. Se refiere a este caso, ROWAN, 2012, pp. 175 ss.

El asegurador incluso trató de investigar si ella había iniciado deliberadamente el incendio, sin siquiera tener base para proceder en esa línea de investigación. La apelante, privada de su casa y pertenencias, experimentó problemas financieros considerables. Esta situación se intensificó en virtud de la conducta de la aseguradora. La Corte Suprema de Canadá, en voto mayoritario, consideró que el asegurador había infringido su obligación de actuar de buena fe, pues actuando de esa manera, había previsto conducir a la apelante a una posición tal que no tendría otra alternativa sino aceptar un acuerdo por una suma inferior. Se declaró que el asegurador “la explotó atrozmente”, aun cuando el objetivo principal de los contratos de seguro es otorgar *peace of mind*.

La idea de la buena fe del asegurador está presente desde la instauración del principio en el contrato de seguro: “Lord Mansfield advierte en *Carter v Boehm* que pueden existir circunstancias en las cuales el asegurador, al exigir su derecho de rescindir el contrato en virtud de reticencias del asegurado, se coloque él mismo en una situación de ausencia de la máxima buena fe”⁵⁵. Por tanto, la buena fe que rige el contrato de seguro exige la cooperación entre las partes⁵⁶. La buena fe impele al asegurador y al asegurado a salir al encuentro de las expectativas de su respectiva contraparte. En esa línea, la jurisprudencia chilena ha demostrado ser consecuente con la exigencia de sustancialidad de la información falsa entregada, así como ocurre en Derecho inglés⁵⁷. La lectura que puede hacerse a partir de ello es que, tanto en Derecho inglés como en Derecho nacional, el asegurador debe evaluar la reclamación y no obstruir el pago por una cuestión no sustancial. El punto que marca la diferencia entre ambos sistemas es que mientras en la jurisdicción inglesa se exige la sustancialidad de la información falsa a propósito del fraude propiamente tal, la jurisprudencia chilena no lo menciona, porque ni siquiera las partes lo invocan. Como se ha expresado, en estricta técnica jurídica, la aseguradora debe solicitar la resolución del contrato y, si se decreta por el tribunal, como consecuencia, se exonera del pago de la indemnización. En el Derecho inglés, en cambio, se prevé expresamente la liberación del pago de la indemnización⁵⁸. En todo caso, en este sistema, permanece la interrogante si el contrato perdura una vez que este ha sido “teñido” por el fraude. La conclusión, en teoría, es que la póliza sobrevive en caso que la compañía no opte por notificar la resolución⁵⁹.

Desde la perspectiva del derecho del asegurador a obtener la indemnización de los perjuicios sufridos en caso de fraude, las cortes inglesas han sido renuentes a otorgar la

⁵⁵ Lord Lloyd en *Drake Ins plc vs Provident Ins plc* (2003) EWCA Civ 1834, (2004) QB 601, p. 87.

⁵⁶ BETTI, 1959, p. 102; GARRIGUES, 1982, p. 46.

⁵⁷ Vid. n. 7. En la sentencia de la Corte Suprema, 30.11.2016, rol 16929, se resolvió: “[s]i bien la demandante no cumplió con su obligación de denunciar el siniestro dentro de los plazos pactados en el contrato, esto es, dentro de los 5 días siguientes de ocurrido el siniestro ni dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la demanda laboral, ello no exonera a la aseguradora de cumplir con su deber de otorgar defensa judicial, por cuanto tomó conocimiento de la demanda con tiempo suficiente para proveer defensa jurídica a la asegurada...”

⁵⁸ Section 12. Remedies for fraudulent claims: (1) If the insured makes a fraudulent claim under a contract of insurance (a) the insurer is not liable to pay the claim.

⁵⁹ Vid. RAINEY y WALSH, 2017, p. 67.

indemnización de daños en este caso⁶⁰. El juez Goddard rechazó una demanda de este tipo fundado en que, si la compañía decide investigar antes de pagar y descubre que hubo un fraude de seguro, ya tiene la ventaja de no tener que pagar la indemnización, pero no puede considerarse que está autorizada a exigir daños por quebrantamiento del deber implícito de observar la buena fe en la exigencia de la indemnización⁶¹.

En Chile, aun cuando los riesgos no hayan transcurrido, conforme al artículo 539 del Código de Comercio, es posible para el asegurador retener la prima pagada o demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditar el fraude. Esta posibilidad –un claro mensaje antifraude– podría ser considerada, en los hechos, una indemnización del asegurador por daños provocados. En contra de esta perspectiva, Ríos ve en dicha facultad del asegurador, antes que un resarcimiento, una sanción civil⁶². En este artículo se considera que, en el caso de la resolución, la facultad de retener la prima o exigir su pago por el período en que el contrato estuvo vigente, en ningún caso puede significar una sanción civil o una “pena privada”, pues tanto la retención como la exigibilidad del precio del seguro constituyen un efecto natural del contrato ante un remedio que solo produce efectos desde el momento de su declaración⁶³. En cambio, la facultad de cobrar los gastos que haya demandado acreditar el fraude, si bien no apunta a indemnizar los daños, tiene, al menos, carácter resarcitorio de la afectación al patrimonio que aquellos gastos han producido.

Sigue pendiente la interrogante relativa a la posibilidad de reparar, en el sistema jurídico chileno, los daños causados a la aseguradora en caso de fraude. Según los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, los que consagran el principio general *neminem laedere*, la respuesta habría de ser positiva, pues se trata del incumplimiento de una obligación del asegurado cometida con dolo⁶⁴. Sin embargo, y como comentario final, la verdadera pregunta es si el asegurador sufre perjuicios a causa del fraude, considerado de manera casuística. Muchas veces la compañía ni siquiera lo invoca, aunque esté en conocimiento de su existencia, porque se considera una pérdida sistémica. También existe poco interés en perseguirlo por la dificultad de la prueba y porque la “víctima” del fraude, la compañía aseguradora, no soporta los costos de este acto, pues la pérdida generada por una prestación indebida (el pago de la indemnización) repercute en el ejercicio siguiente sobre

⁶⁰ *Ibidem*, p. 70.

⁶¹ London Assurance v Clare (1937) 57 Ll L Rep. 254, p. 270.

⁶² Ríos, 2015, p. 440.

⁶³ El caso de la nulidad, la doctrina indica que ni aun una pena privada justifica la regla de la improcedencia de la restitución. DOMÍNGUEZ, 2012, p. 224.

⁶⁴ Así, Mejías, en casos de incumplimientos dolosos, deliberados o cometidos con culpa grave, estima procedente la acción de indemnización de perjuicios. La autora cita jurisprudencia para fundar su posición. Vid. MEJÍAS, cit., pp. 267 a 272. Ferrante, en tanto, propone que: “La nueva disposición relativa al dolo del art. 535 CCom reúne en sí un concepto de dolo que puede entenderse tanto como vicio de consentimiento (art. 524 N° 1 del CCom) como incumplimiento contractual (art. 524 N° 8 en relación con el art. 539 del CCom), aspecto que, hasta hoy, no se ha dado, ya que la contextualización del Código Civil se dedica a cada concepto de dolo por separado. Ni siquiera el art. 44 CC ha sabido categorizar cada una de sus voces, aspectos que sí ha realizado la doctrina” (paréntesis añadidos). FERRANTE, 2017, inédito.

los asegurados, quienes verán incrementado el costo de las primas⁶⁵. Esto no significa que las compañías aseguradoras no tomen medidas contra el fraude, específicamente aquellas que permitan medirlo, detectarlo y disuadirlo⁶⁶.

III. CONCLUSIONES

El remedio previsto ante el incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral es la resolución, conforme al artículo 1489 del Código Civil. Sin embargo, en el seguro el incumplimiento de la obligación de acreditar la ocurrencia del siniestro y de declarar fielmente y sin reticencia sus circunstancias y consecuencias tiene una regulación especial en el artículo 539 del Código de Comercio.

La ley permite resolver el contrato y, en consecuencia, el asegurador se libera del pago de la indemnización cuando se cumplen dos requisitos que impone el artículo 539 del Código de Comercio: que el asegurado entregue información sustancialmente falsa a sabiendas. Las alegaciones del asegurador relativas a la exención de su principal obligación en el seguro deben cumplir los dos requisitos antedichos.

Sin embargo, en los hechos, la compañía, simplemente, persigue la liberación del pago de la indemnización. Esto es un error, en estricta técnica jurídica. Si los tribunales relevan del pago de la indemnización, en virtud de un *simple incumplimiento* de la obligación contenida en el artículo 524 N° 8, como sería la omisión de alguna información o antecedente relativo al siniestro, incurren en un error de Derecho.

Respecto de los requisitos exigidos por el artículo 539 del Código de Comercio, es posible concluir que la obligación será sustancialmente falsa si afecta de manera determinante la voluntad de pagar del asegurador, conforme con la interpretación que los tribunales ingleses han efectuado de la *Section 12* de la *Insurance Act*. Es importante destacar que dicha ley prevé la resolución del seguro como consecuencia del fraude, en virtud de la notificación de la propia compañía aseguradora. Con todo, la misma ley indica que es posible obtener la liberación del pago de la indemnización aun antes de la aplicación del remedio. Aquí radica la principal diferencia con el sistema chileno, donde, en ausencia de una norma que releve del pago de la indemnización a la compañía, se requiere: probar el fraude conforme al artículo 539 del Código de Comercio; obtener la resolución del contrato; y, por último, como consecuencia, se obtendrá la exoneración del pago de la indemnización.

El asegurador puede seguir esta cronología solo si, analizados los antecedentes, considera que se ha producido un incumplimiento grave de la obligación señalada en el artículo 524 N° 8 del Código de Comercio. Así, el asegurador deberá usar la máxima buena fe para analizar la reclamación antes de objetarla por la vía judicial.

⁶⁵ Desde el punto de vista penal, la estafa o fraude de seguros es calificado como un "delito caballeresco", debido a la falta de estigmatización social del hecho engañoso. Vid. SILVA, 1987, p. 332.

⁶⁶ Vid. n.1. Véase también: MORSE y SKAJAA, 2004; y DERRIG, 2002, pp. 271-287.

BIBLIOGRAFÍA

- BASEDOW, J., BIRDS, J. ET AL., 2009: *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, European Law Publishers.
- ABELIUK, R., 2014: *Las obligaciones*. Tomo II, Santiago: LegalPublishing.
- AIKENS, R., 2010: "The post-contract duty of good faith in insurance contracts: is there a problem that needs a solution?", *Journal of Business Law*, Nº 5.
- BETTI, E., 1959: *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado
- CLARKE, M., 2015: "Insurance", en A. Burrows (coordinador), *Principles of English Commercial Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 153-185.
- CONTRERAS, O., 1998: *Jurisprudencia sobre seguros. Recopilación y análisis*. Tomos III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CONTRERAS, O., 2016: *Instituciones de Derecho Comercial*. Tomo II, Santiago: Thomson Reuters La Ley.
- COUSY, H., 2008: "The Principles of European Insurance Contract Law: the duty of disclosure and the aggravation of risk", *ERA Forum*, Nº 9.
- DERRIG, R., 2002: "Insurance fraud", *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. LXIX, Nº 3.
- DIXIT, A. y PICARD, P., 2002: "On the Role of Good Faith in Insurance Contracting", *Princeton University Economic Theory Working Paper Nº 02S2*. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=303841> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.303841> [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017].
- DOMÍNGUEZ, R., 2012: *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERRANTE, A., 2017: "¿Hacia un concepto unitario de dolo u otra identidad? Sobre los deberes de información y el dolo en el contrato de seguro", en L. Carvajal y A. Toso (editoras), *Actas de las VIII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Inédito.
- GARRIGUES, J., 1982: *Contrato de seguro terrestre*, Madrid: Editorial Derecho Mercantil.
- HERTZELL, D., 2017: "The Insurance Act 2015. Background and philosophy", en M. Clarke y S. Baris (editores), *The Insurance Act 2015. A new regime for commercial and marine insurance law*, Oxford, Routledge, pp. 1-11.
- LAGOS, O., 2006: *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, Fundación Mapfre. Instituto de Ciencias del Seguro.
- LESCH, W. y BAKER, B., 2011: "Balancing the insurance equation: understanding the climate for managing consumer insurance fraud and abuse", *Journal of Insurance Issues*, volume XXXII Nº 2.
- LÓPEZ, P., 2010: "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 15.
- MAYER, L. y CARVAJAL, L., 2015: "El nuevo fraude de seguros", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen XXII, Nº 2.
- MACDONALD, P., 2017: "The fair presentation of commercial risks under the Insurance Act 2015", en M. Clarke y S. Baris (editores), *The Insurance Act 2015. A new regime for commercial and marine insurance law*, Oxford, Routledge, pp. 12-37.
- MEJÍAS, C., 2011: *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago: LegalPublishing.
- MORSE, D. y SKAJAA, L., 2004: *Tackling insurance fraud: law and practice*, Londres: LLP.
- RAINEY, S. y WALSH, D., 2017: "Remedies for fraudulent claims under the Insurance Act 2015", en M. Clarke y S. Baris (editores), *The Insurance Act 2015. A new regime for commercial and marine insurance law*, Oxford, Routledge, pp. 60-77.
- RÍOS, R., 2015, "Artículo 539", en Roberto Ríos (director), *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 433-441.
- ROWAN, S., 2012: *Remedies for Breach of Contract*, Oxford: Oxford University Press.

- SILVA, J., 1987: "La estafa de seguro (Criminología, Dogmática y Política Criminal)", *Cuadernos de Política Criminal*, N° 32.
- VANCE, W. R., 1908: "The early history of insurance law", *Columbia Law Review*, volumen VIII, N° 1.
- VIDAL, A., 2011: "El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos Español", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16.
- WOLONIECKI, J., "The duty of utmost good faith in insurance law: where is it in the 21st Century?", *Defense Counsel Journal*, Vol. LXIX, 2002. Disponible en: <https://www.questia.com/library/journal/1P3-109756673/the-duty-of-utmost-good-faith-in-insurance-law-where> [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2017].

Jurisprudencia citada

Reino Unido

- CARTER v Boehm (1766) 3 Burr 1905.
- LONDON Assurance v Clare (1937) 57 Ll. L. Rep. 254.
- NSUBUGA v Commercial Union Assurance Co plc (1998) 2 Lloyd's Rep. 682.
- SPRUNG v Royal Insurance (1999) 1 Lloyd's Rep IR 111, [1997] CLC 70.
- WHITEN v Pilot Insurance Co (2002) 1 SCR 595.
- DRAKE Ins plc vs Provident Ins plc (2003) EWCA Civ 1834, (2004) QB 601.
- MANIFEST Shipping Ltd. v. Uni-Polaris Insurance Co. Ltd-the 'Star Sea' (2001) UKHL 1; (2003) 1AC 469 at (64); (2001) Lloyd's Rep.I.R. 493.
- MUTUAL Energy Ltd v Starr Underwriting Agents Ltd; Travelers Syndicate Management Ltd. (2016) EWHC 590.
- VERSLOOT Dredging BV v HDI Gerling Industrie Versicherung AG (2016) UKSC 45.
- WISENTHAL v World Auxiliary Ins Corp Ltd (1930) 38 Ll. Rep 54.

Chile

- SUPERINTENDENCIA de Valores y Seguros, fallo arbitral de 23 de mayo de 1997.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 3 de abril de 2001 (recurso de apelación y protección), rol 1075-2001.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 12 de marzo de 2008 (recurso de casación en la forma y fondo), rol 4500-2006.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 7 de agosto de 2008 (recurso de casación), rol 4539-2008.
- CORTE Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2010 (recurso casación forma y fondo), rol 1824-2009.
- CORTE Suprema, sentencia de 20 de octubre de 2010 (recurso de casación en el fondo), rol 335-2009.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 22 de octubre de 2013 (recurso de protección), rol 63786-2013.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 14 de agosto de 2014 (recurso de apelación), rol 9227-2013.
- 11° Juzgado de Garantía de Santiago, sentencia de 4 de abril de 2015, RUC 1610003691-K, RIT 1216-2016.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 20 de abril de 2015 (recurso de casación en el fondo), rol 28763-2014.

CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 5 de octubre de 2015 (recurso de protección), rol 4226-2015.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 6 de mayo de 2016 (recurso de casación en la forma), rol 12.715-2015.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 20 de junio de 2016 (recurso de apelación), rol 1620-2016.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016 (recurso de casación en la forma y fondo), rol 16929-2016.

Normas Jurídicas citadas

Internacional

MARINE Insurance Act (Reino Unido), de 21 de diciembre de 1906.

INSURANCE Act (Reino Unido), de 12 de febrero de 2015.

ENTEPRISE Act (Reino Unido), de 4 de mayo 2016.

LEY Nº 50/1980 Contrato de Seguro (España) de 8 de octubre de 1980.

Chile

CONSTITUCIÓN Política de la República, publicada el 22 de septiembre de 2005.

DECRETO con fuerza de ley Nº 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, publicada el 16 de mayo de 2000.

CÓDIGO de Comercio, publicado el 23 de noviembre de 1865.

LEY Nº 20.667 Regula el contrato de seguro, publicada el 9 de mayo de 2013.

REGLAMENTO de Auxiliares del Comercio de Seguros y Procedimientos de Liquidación de Siniestros, publicado el 29 de diciembre de 2012.

NORMA de Carácter General Nº 331 de la SVS que establece normas relativas a las condiciones y coberturas mínimas que debieran contemplar los seguros asociados a créditos hipotecarios a que se refiere el artículo 40 del D.F.L. Nº 251, de 21 de marzo de 2012.

Abreviaciones

AC: Law Reports, Appeal Cases (Third Series).

BURR.: Burrow's King's Bench Reports tempore Mansfield.

CLC: Commercial Law Cases.

EWCA Civ: England & Wales Court of Appeal (Civil Division).

EWHC: England & Wales High Court.

LLOYD'S Rep. I.R.: Lloyd's Law Reports Insurance & Reinsurance.

LLOYD'S Rep.: Lloyd's Law Reports.

LL. L. Rep.: Lloyd's Law Reports.

LL. Rep.: Lloyd's List Law Reports.

QB: Law Reports, Queen's Bench (3rd Series).

TCC: Technology & Construction Court.

UKHL: United Kingdom House of Lords.