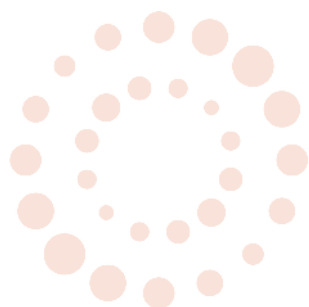


**Thomson
Reuters™**



**Thomson
Reuters™**

LOS SEGUROS DE GARANTÍA O CAUCIÓN

MARCELO NASSER OLEA

Thomson
Reuters™

Por Resolución Ex. N° 57 (10.05.2023) de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, que “Aprueba bases del concurso de proyectos FONDECYT regular 2024”, nuestras publicaciones otorgan el máximo puntaje de postulación.



Thomson
Reuters™

LOS SEGUROS DE GARANTÍA O CAUCIÓN

© MARCELO NASSER OLEA

2024 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: + 56 224838600 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 2024-A-3586 • I.S.B.N. 978 - 956 - 400 - 514 - 0

1ª edición mayo 2024 Legal Publishing Chile

Tiraje: 1.500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

Publicado por Thomson Reuters.

Legal Publishing Chile • Santiago, Chile.

La Ley - Abeledo Perrot • Buenos Aires, Argentina.

Dofiscal Editores • Ciudad de México.



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

ÍNDICE

	Página
Tabla de abreviaturas y acrónimos más utilizados.....	IX
Prólogo.....	XI
Introducción.....	1

CAPÍTULO I CAUCIONES O GARANTÍAS PERSONALES. ACCESORIEDAD Y ABSTRACCIÓN EN LAS DIVERSAS GARANTÍAS

1. Consideraciones preliminares sobre las garantías personales	5
2. Garantías personales como mecanismo de gestión de riesgo	7
3. Sobre si debe preferirse el uso de la expresión “garantía” o “caución”: ¿Es este un debate trascendente para el seguro de caución?	15
3.1. El debate histórico	15
3.2. Caución o garantía. El debate en Chile y la tradición francesa.....	19
4. La accesoriidad y las garantías autónomas o independientes: La abstracción es y ha sido históricamente siempre una ficción legal	24

	Página
5. La ficción como medio de creación jurídica: La garantía bancaria abstracta en el Derecho bancario romano y su influencia en las garantías independientes modernas.....	27
6. La ficción como fundamento de las garantías autónomas, independientes o abstractas: La “utilidad” como medida de la abstracción.....	30
7. Abstracción y fraude. Introducción a la <i>exceptio doli</i>	33

CAPÍTULO II

GARANTÍAS CIVILES Y MERCANTILES EN PARTICULAR

8. La fianza civil como sistema arquetípico de garantías personales.....	49
8.1. El incumplimiento de la obligación principal y la fianza	53
8.2. Aplicación práctica de la fianza civil	56
9. La fianza mercantil.....	57
10. El derecho de reembolso y la subrogación en la fianza	58
11. La solidaridad pasiva como garantía personal	59
12. El aval cambiario como garantía personal autónoma o independiente	61
12.1. ¿A qué y a cuánto se obliga el avalista?	63
12.2. Derecho de reembolso. Distinciones	64
13. La garantía personal prestada por sociedades anónimas y/o cooperativas de garantía recíproca	65
13.1. Accesoriedad de la caución prestada por Instituciones de Garantía Recíproca	66
13.2. Efectos del incumplimiento del principalmente obligado.....	67
13.3. Régimen de reembolso y subrogación.....	67
14. Las cartas de crédito <i>stand-by</i>	68
15. Cartas de patrocinio (<i>Comfort Letters</i>).....	70
15.1. Naturaleza supuestamente contractual de la <i>comfort letter</i>	71

	Página
15.2. Naturaleza supuestamente caucional de la <i>comfort letter</i>	72
16. La boleta bancaria de garantía.....	73
16.1. Concepto y regulación de la boleta bancaria de garantía en Chile. Crítica.....	74
16.2. Tipos de boleta bancaria de garantía. Obligaciones garantizadas y oportunidad de pago	77
16.3. El problema de la naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía	79
17. Garantías de cumplimiento equiparables al seguro de caución chileno, particularmente al seguro “a primer requerimiento”: <i>performance bonds del Common Law</i>	82

CAPÍTULO III

LOS SEGUROS DE CAUCIÓN TAMBIÉN LLAMADOS SEGUROS DE GARANTÍA

18. Problemática básica de los seguros de caución.....	87
19. El seguro de caución en la legislación: Más allá de un concepto legal.....	89
20. Naturaleza jurídica, tipologías y operatividad de los seguros de caución. Cuestiones preliminares	93
21. Los seguros de caución son garantías personales. La entrega de la póliza al asegurado no configura una especie de prenda y la póliza “a primer requerimiento” no es un título de crédito.....	95
22. El crédito del acreedor principal en el contrato de fianza y el crédito del beneficiario de los seguros de caución. Distinciones importantes	98
23. Requisitos legales para dar cobertura: ¿Cuándo debe pagarse un seguro de caución “corriente”?	100
24. Actitudes que puede tomar el asegurador frente a las excepciones, alegaciones o explicaciones del tomador en el seguro de caución “corriente”	102

	Página
25. Tipología del seguro de caución “a primer requerimiento”. Ineficacia de todas las excepciones emanadas de la relación subyacente como efecto de la abstracción o independencia.....	105
26. Prohibición de oponer la <i>exceptio doli</i> en el seguro de caución “a primer requerimiento”. Precisiones.....	109
27. La figura del asegurado en los seguros de caución: interés, determinación y particularidades	113
28. El asegurado no es parte del contrato de seguro de caución que cede a su favor: El seguro de caución es un contrato por cuenta ajena. El problema de las cargas del tercero asegurado.....	115
29. Los seguros de caución son irrevocables. Problemática de la cesión.....	122
30. Capacidad del asegurado.....	124
31. El asegurado como beneficiario del seguro de caución. Designación.....	126
32. El seguro de caución y la imperatividad del artículo 542 del Código de Comercio. El seguro de caución no es necesariamente un seguro de libre pacto en Chile: Problemas que presenta la imperatividad en este ramo.....	127
32.1. Excepciones a la imperatividad y efectos en los seguros de caución. Problemática terminológica y problemática jurídica	130
32.2. Las disposiciones contractuales sobre el pago del seguro de caución “a primer requerimiento” no quedan sujetas a imperatividad pues establecen un evidente beneficio para el asegurado	132
33. Objeto del seguro de caución. Diferencias con el seguro de crédito.....	134
34. Consensualidad del seguro de caución. Problemática.....	136
35. El riesgo asegurado en el seguro de caución.....	139
36. Deber de información previa, solicitud de antecedentes sobre el riesgo. Complejidad en los distintos tipos de seguros de caución.....	143

	Página
37. Más allá de las declaraciones del tomador. Formas de evaluación del estado del riesgo en los seguros de caución.....	146
38. Complejidad de aplicar los remedios del artículo 525 del Código de Comercio al asegurado en un seguro de caución.....	148
39. Caso del dolo del tomador en la formación del consentimiento	153
40. Las llamadas “contragarantías” y el proceso de formación del consentimiento en los seguros de caución.....	154
41. El corredor de seguros y su labor en la formación del consentimiento en los seguros de caución. Eventuales conflictos de interés.....	157
42. Contratación a distancia en los seguros de caución. Problemática	159
43. Inicio y término de la cobertura en los seguros de caución.....	164
44. La indemnización en caso de siniestro. A quién debe hacerse el pago, y exigibilidad de la obligación.....	169
45. A quién debe hacerse el pago en caso de reorganización o de liquidación del asegurado en el seguro de caución.....	171
46. Principio indemnizatorio. Calidad indemnizatoria de la obligación que cede a favor del beneficiario de acuerdo con el artículo 552 inciso final del Código de Comercio. Divisibilidad del pago. El caso del seguro “a primer requerimiento”.....	173
47. Exigibilidad y prescripción en los seguros de caución	177
48. Efectos del pago de la indemnización. La acción de reembolso. La subrogación legal a favor del asegurador	182
48.1. La acción de reembolso del artículo 582 del Código de Comercio.....	184
48.2. La demanda ejecutiva por cobro de pagaré en virtud de una contragarantía cumple la función de reembolsar al asegurador que paga, pero no es la acción de reembolso del artículo 582 ni es acción subrogatoria	187
49. Problemas que pueden afectar el derecho de reembolso del asegurador cuando el tomador se encuentra en un proceso de reorganización o de liquidación.....	189

	Página
50. Derecho de subrogación en los seguros de caución	192
51. El enriquecimiento injustificado del asegurado a causa de un cobro del seguro de caución. El asegurado que cobra dolosamente y el asegurado que cobra con justa causa de error. El problema del abuso del derecho	194
51.1. Descarte de la acción subrogatoria del artículo 534 del Código de Comercio como medio de repetición en contra del asegurado	198
51.2. Acciones que pueden nacer eventualmente del finiquito o carta de pago dada por el asegurado que recibe el pago	198
51.3. Retorno a lo básico: Enriquecimiento injustificado del asegurado. <i>Solve et repete</i>	200
52. Deberes especiales de colaboración y buena fe del asegurado de caución. Agravación especial del riesgo en los seguros de caución y sus efectos	202
53. Deberes especiales de colaboración y buena fe del asegurado de caución. Deber de notificar el incumplimiento. ¿Qué debe entenderse por notificar al asegurador “tan pronto” el tomador incurra en incumplimiento?	208
54. El régimen de incumplimiento de cargas del asegurado en el seguro y su aplicación <i>a posteriori</i> en el seguro de caución “a primer requerimiento”	211
55. Las sanciones o remedios se aplican según la gravedad que pueda atribuirse al incumplimiento del asegurado	212
56. Nulidad de la obligación garantizada por el seguro de caución. Efectos en ambas tipologías de seguro de caución	213
57. Solución de controversias en los seguros de caución	217
58. Obligación del tomador de pagar la prima. Precisiones	219
59. La terminación del contrato en los seguros de caución. Irrevocabilidad	221
60. Terminación del seguro de caución por extinción sobreviniente de los riesgos. Particularidades y distinciones	222

	Página
61. Terminación por la llegada del plazo. Extensión del contrato de seguro mediante endoso. Inoponibilidad al asegurador de un plazo adicional unilateralmente dado por el asegurado al tomador.....	224

CAPÍTULO IV

CUESTIONES PRÁCTICAS Y DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS SEGUROS DE CAUCIÓN EN PARTICULAR

62. Seguros de caución obligatorios y seguros de caución voluntarios.....	227
63. Seguro de caución obligatorio para desempeñar el cargo de corredor de bolsa o de agente de valores. Particularidades de la configuración del siniestro.....	228
64. Seguro de caución obligatorio para corredores de seguros	232
65. Seguro de caución obligatorio para Asesores Previsionales, Entidades de Asesoría Previsional, Asesores Financieros Previsionales o Entidades de Asesoría Financiera Previsional establecidos en la Ley N° 21.314	233
66. Seguro de caución obligatorio para empresas de servicios transitorios.....	235
67. Seguro de caución obligatorio para veedores y liquidadores concursales	236
68. Garantías de cierre de faenas mineras. Equivalencia funcional con otras garantías	238
69. Seguro de caución “a primer requerimiento” para construcciones de obras públicas. Equivalencia funcional con la boleta bancaria de garantía	241
70. Seguro de caución para garantizar la devolución de todo o parte del precio pagado por una promesa de compraventa de un inmueble. Problemática de las operaciones de “capital preferente”	249
70.1. Descripción legal del seguro de caución para promesas de compraventa de inmuebles.....	250

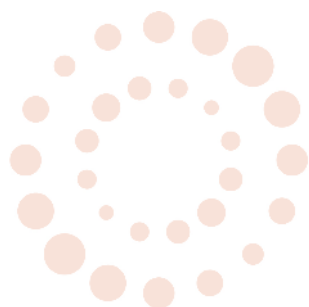
	Página
70.2. El riesgo en el seguro de caución para promesas de compraventa de inmuebles. Descripción y límites	254
70.3. Efectos del incumplimiento de las disposiciones del artículo 138 bis	257
70.4. Instrumentos válidos para garantizar la restitución del precio pagado. La ley no exige que el seguro de caución sea “a primer requerimiento”. Consecuencias en casos de inimputabilidad o fuerza mayor	258
70.5. Los llamados “Capitales preferentes” o “KP” y su relación con los seguros de caución	261
BIBLIOGRAFÍA	265
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	283



Thomson
Reuters™

TABLA DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS MÁS UTILIZADOS

CAD	Cláusula Adicional
Cdm	Conducta de Mercado
Circ.	Circular
CMF	Comisión para el Mercado Financiero
D.	Digesto
G	Gaceta de los Tribunales
IAIS	International Association of Insurance Supervisors
Insts.	Instituciones de Justiniano
MOP	Ministerio de Obras Públicas
NCG	Norma de Carácter General
Of. Circ.	Oficio Circular
Of.	Oficio
POL	Código de Depósito de Condiciones Generales
RAN	Recopilación Actualizada de Normas
RCOP	Reglamento para Contratos de Obras Públicas
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Rev. Ch. Der. Seg.	Revista Chilena de Derecho de Seguros
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros



**Thomson
Reuters™**

PRÓLOGO

1

En una de sus identidades, Marcelo Nasser Olea es un romanista. Esto, por supuesto, no significa que se trate de alguien que da clases de derecho romano, sino de alguien que puede o no dar esa materia, pero que ha estudiado en serio el derecho romano.

Es difícil exagerar lo que el derecho privado patrimonial chileno debe a sus mejores romanistas; desde el imponente Alejandro Guzmán Brito, pasando por una generación que reúne a Amunátegui, Carvajal y Laso, entre otros, hasta profesores más jóvenes, pero extremadamente talentosos; es, por ejemplo, el caso de Javier Rodríguez Díez.

Que Nasser sea un romanista es algo importante para un libro sobre seguros –en este caso, específicamente, de garantía o caución. Para comprender por qué, parece, ante todo, conveniente advertir que la mejor versión de la enseñanza del derecho romano en la actualidad no es la que puede denominarse “arqueológica”, sino aquella que, a la manera de la filosofía, la sociología o la economía, nos permite considerar nuestras normas de manera menos miope. Por supuesto, los énfasis de la filosofía, la sociología, la economía o el derecho romano pueden ser muy distintos, pero presentan un mínimo común denominador: su dominio contribuye a mejorar nuestra comprensión del derecho vigente.

Aunque –todo debe ser dicho– estas disciplinas, también entrañan un riesgo, a saber: desatender aquella porción del derecho vigente que procura entenderse a través de ellas; así, por ejemplo, quien examine filosóficamente la responsabilidad extracontractual, hace bien en recordar que, antes de hacerlo, debe conocer las normas y lo que los y las civilistas –al menos los más autorizados– han dicho acerca de ellas.

En este caso, el riesgo se encuentra conjurado a través, digamos, del carácter anfibio de los intereses de su autor. Es cierto, se trata de un romanista de los que valen la pena, pero, además, es un conocedor del derecho de seguros. Y lo es de dos maneras diversas. En primer lugar, como investigador; en segundo como un exitoso practicante.

Los libros sobre temas específicos de Derecho que valen la pena son como las buenas biografías. Un biógrafo sagaz no es quien únicamente es capaz de adentrarse en la psicología del personaje, sino que, además, es quien percibe como su época influyó sobre él. *Mutatis mutandis* con un libro de Derecho sobre un tema específico; no es solo el dominio del tema lo que importa, sino que, en general, el dominio de un área del Derecho en la que se enmarca.

El autor de este libro se encuentra en una buena posición. Es un jurista culto que lleva años investigando y practicando en temas familiares al que protagoniza este libro. Nada hay, por lo tanto, de enigmático en que haya logrado una obra no solo correcta y útil para quienes se interesan en el derecho de seguros, ya sea de manera más práctica o bien más teórica, sino que, en general, provechoso para quienes se ocupan del derecho privado.

El seguro de garantía o caución se origina en un contrato y sus efectos se extienden, necesariamente, a un tercero diverso de las partes, quien tiene la calidad de acreedor del tomador en otro negocio.

Tratándose de un libro sobre un contrato, existe un criterio metodológico bastante confiable para advertir rápidamente si su autor es un investigador suficientemente formado o no. El criterio es si el análisis se estructura –o no– en torno a la “naturaleza jurídica” y características del contrato según las clasificaciones contenidas en el Código Civil entre los artículos 1439 a 1443. Si de esta manera se estructura, muy generalmente, se trata de una obra que adeuda reflexión a sus lectores.

Si se estructura de otra manera, hay buenas probabilidades de que su autor o autora haya pensado las cosas con mayor cuidado y acierto. El libro de Nasser pertenece a la segunda familia. No es que lo anterior –naturaleza jurídica y características del contrato– no le interese, sino que le interesa a la manera que llama la atención a una persona metodológicamente formada.

Y este es el caso. La forma del libro evidencia una reflexión pausada y largos años de estudio en otras materias. De lo general a lo particular, con una abundante paleta de fuentes bien dosificadas; desde la historia de la

ley a alguna opinión de Alf Ross o Henry Sumner Maine y, en fin, como el autor lo advierte una y otra vez, con la paciencia y cuidado que aconsejan ciertos temas jurídicos.

Prestemos, ahora, atención al contenido.

Los dos primeros capítulos son, en algún sentido preparatorios. Se trata de introducir, a ratos críticamente y tomando posiciones, las cuestiones que resultan imprescindibles para adentrarse en un estudio provechoso de la materia.

El primer capítulo –quizás el más ambicioso en términos ensayísticos– trata sobre la accesoriedad y abstracción de las garantías. En mi opinión, ambas cuestiones se encuentran tratadas muy correctamente; si no me equivoco, en el ámbito nacional no existen otras páginas mejor logradas respecto de la abstracción; particularmente, la idea de que la utilidad es la métrica de la abstracción es una idea luminosa para el derecho chileno y, como tantas otras, no suficientemente explorada. Marcelo Nasser da cuenta del atractivo de la utilidad en términos tales que funciona como una invitación a mentes inquietas a seguir estudiando.

El segundo capítulo comienza a situar el tema en una familia más amplia, la de las garantías. Aquí las cosas comienzan a tornarse más específicas, pero, quien lea esas páginas con atención se llevará consigo algo valioso respecto de una cuestión clave en la contratación moderna y cuya importancia puede quedar disimulada tras la alicaída situación de la fianza: la importancia de las garantías personales más allá de la solidaridad. Puede que quienes nos dedicamos preferentemente a la academia, veamos con cierta suspicacia a quienes, además, practican, pero, en este caso, muy probablemente esa práctica le da al autor un ángulo privilegiado para situar adecuadamente el tema.

El tercer capítulo trata sobre los seguros de caución o garantía específicamente. Es este el que debería suscitar el mayor interés de los especialistas en la materia. Se trata, ante todo, del esfuerzo intelectual más ambicioso sobre la materia realizado, hasta el momento, en Chile.

Comienza el autor despejando ciertas cuestiones conceptuales y luego, examina, de manera iterada (es decir, siguiendo el *iter* del contrato) las principales cuestiones que se suscitan.

Al pasar estas páginas se aprende lo rotundo de la abstracción (que, incluso, sobrevive a la *exceptio doli*), el hecho de que, aunque el asegurado no tenga la calidad de parte, pesan sobre él cargas (conspicuamente, de información y, quizás, habría que agregar la de minimizar el daño causado por el incumplimiento), la irrevocabilidad y su importancia (¿de qué serviría

la caución si el tomador la pudiera revocar a su antojo?), la proverbial falta de pulcritud del legislador chileno de las últimas décadas (y, aunque, ni de lejos, este sea el caso más dramático, sigue siendo sorprendente, por ejemplo, en lo relativo a la imperatividad *tout court*), y la cuestión del enriquecimiento sin causa entre muchas otras.

El cuarto capítulo, el más específico de todos (como corresponde metodológicamente: de lo general a lo particular) trata sobre cuestiones prácticas y algunos seguros particulares de caución. Aquí termina de evidenciar el autor que no solo es un jurista competente, sino que conoce, como un operador, el ecosistema con el que trabaja. Se trata de páginas, necesarias si la pretensión, como sucede en el caso de este libro, es dar cuenta monográficamente de un tema. En ellas, además, se trata con acierto el importante tema de los seguros de caución relativos al sector inmobiliario, específicamente aquel del artículo 138 bis de la LGUC.

3

En su libro, Marcelo Nasser ocupa una paleta de fuentes más generosa que la frecuente en las obras de derecho comercial chilenos, incluidas las de seguros.

No es solo que tenga más fuentes a su disposición, sino que un largo trabajo intelectual que precede a este texto, le permite emplearlas con soltura, logrando, a veces, la elegancia y, manteniendo, siempre, la corrección. Se trata de una investigación seria, realizada por un académico y practicante de talento. En ciertas áreas del derecho privado chileno, eso es, realmente, decir mucho.

Por supuesto, no hay que estar de acuerdo en todo lo que allí se defiende para considerar el libro que se prologa como infrecuentemente valioso en esta área del derecho y, de esta manera, recomendar su lectura sin prevenciones.

Es mi situación, en algunas cosas –aunque pocas– mantengo ciertas diferencias con Nasser. Me he cuidado de no exponerlas aquí. Por dos, razones. La primera es que son bastante menores; la segunda, es que albergo la seria sospecha de que el autor podría tener razón y yo, en cambio, estar equivocado. Y, es verdad, mi rol en este libro –prologarlo– es extremadamente modesto, pero, no por eso, abandono la vanidad.

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI

INTRODUCCIÓN

Los seguros de caución constituyen un instrumento de gestión de riesgo de incumplimiento de obligaciones muy utilizado en nuestro país. Aun cuando no es el único mecanismo que utilizan personas naturales y jurídicas para obtener garantías de cumplimiento, el seguro de caución o garantía se ha perfilado como un instrumento de gran atractivo comercial pues, entre otras ventajas que presenta frente a otras cauciones equivalentes, no inmoviliza el capital del tomador garantizado, sino que traspasa el riesgo a un tercero que deberá responder si se produce un siniestro.

El objeto principal del presente estudio es analizar la naturaleza jurídica del seguro de caución, también llamado seguro de garantía y de sus distintas tipologías legales y contractuales, así como la problemática que presentan estos seguros en la práctica.

Desde la entrada en vigor de la Ley N° 20.667 (que ya ha cumplido una década), es bastante simple identificar dos tipologías legales para los seguros de esta clase: en primer lugar, el seguro de caución que para los efectos de este estudio (y por varias razones) hemos denominado “corriente”. En segundo lugar, el seguro de caución que la ley llama “a primer requerimiento”, que también recibe otras denominaciones similares tanto en la práctica como en alguna legislación especial.

El estudio que se propone comienza con un análisis de las garantías civiles y mercantiles en el Derecho chileno y comparado que hemos juzgado necesario para abordar el tema que nos interesa. La utilidad de este apartado radica en distinguir las garantías arquetípicas similares a la fianza civil y mercantil para enfrentarlas dogmáticamente con otro tipo de garantías bastante antiguas (de hecho, mucho más antiguas de lo que se suele pensar), que son las garantías “a primera demanda” o a “primer

requerimiento”. Estas últimas reconocen un origen histórico-jurídico que a veces es ignorado, cuyo análisis permite entenderlas en su real dimensión práctica, ciertamente más allá del mero texto del artículo 583 inciso final del Código de Comercio que les da consagración legislativa de carácter general.

Como podrá apreciarse, hemos optado por dedicar un capítulo íntegro al análisis completo de las garantías, distinguiendo las que son accesorias a las obligaciones llamadas a caucionar de aquellas que la ley considera como independientes o abstractas. Para ello, resultó ineludible referirse a la autonomía, independencia o abstracción como elemento característico de ciertas garantías, lo que nos llevó a concluir que la ausencia de accesoriedad responde a una ficción jurídica que el legislador ha decidido insertar libre y voluntariamente en determinados negocios con el objeto de obtener ventajas para el crédito y el comercio.

Esto último supone aceptar que la independencia o autonomía de las garantías abstractas debe vincular no sólo a las partes que intervienen en el asunto, sino muy particularmente a los jueces llamados a resolver sobre su efectividad, aunque la abstracción les pueda parecer a veces injusta.

En ese análisis, pudimos constatar que el efecto más relevante de la ficción de independencia o autonomía de esta clase de garantías es la prohibición que tiene el garante de oponer excepciones que busquen retardar o condicionar el pago, como ocurre precisamente en los seguros de caución “a primer requerimiento”. Naturalmente que esto hizo necesario entrar al estudio de la excepción de dolo (*exceptio doli*) como mecanismo procesal que ordinariamente sirve para que una persona no llegue a ser condenada injustamente cuando el demandante funda sus intenciones procesales en hechos en que ha intervenido alguna especie de fraude o como fundamento de una solicitud de tutela de emergencia frente a una pretensión evidentemente fraudulenta.

Resulta interesante advertir que los instrumentos legales internacionales (pero también los propios de la realidad nacional) suelen impedir, en mayor o menor medida o con distinta intensidad, que el garante pueda aprovechar de las excepciones del deudor principal. Esto supone el establecimiento de un sistema de garantías mercantiles bastante intenso que, más allá del derecho a recurrir a la tutela de emergencia prejudicial, sólo permite al asegurador recuperar del asegurado *a posteriori* cada vez que haya dado en exceso, o cada vez que haya pagado lo que realmente no debía (*solve et repete*). Veremos, sin embargo, que existen instrumentos internacionales sobre garantías independientes que permiten oponer una excepción de dolo

de *ultima ratio*, en casos extremadamente calificados en que el garante pueda aportar lo que se denomina una prueba “líquida” del fraude.

Una vez terminado el análisis general de las garantías, el estudio ingresa al problema del seguro de caución propiamente dicho, en sus dos tipologías. Por una parte, se analiza el seguro de caución que denominamos “corriente” que el legislador nacional ha tratado preferentemente en el artículo 582 del Código de Comercio. El lector podrá apreciar que para referirnos a esta tipología hemos evitado utilizar la denominación “seguro de caución sujeto a liquidación” por varias razones que se explican en el texto. Paralelamente, aparece el estudio del seguro de caución “a primer requerimiento” que nuestra ley contempla en el inciso final del artículo 583 del Código de Comercio, aun cuando existe normativa especial que lo contemplaba desde mucho antes, particularmente en el caso de ciertos seguros de caución obligatorios.

Con relación al seguro de caución “corriente”, además de estudiar sus características esenciales —muchas de las cuales comparte con las garantías personales más clásicas e incluso con el seguro “a primer requerimiento”—, ingresamos al estudio del mecanismo contemplado en el artículo 582 del Código de Comercio, que permite al asegurador de manera excepcional pagar la indemnización al asegurado, aunque la obligación subyacente esté todavía siendo discutida. Si bien el legislador concede este derecho al garante de forma expresa, no puede sorprender que su ejercicio puede acarrear bastantes problemas ya que podría ocurrir que la obligación subyacente se declare judicialmente cumplida, prescrita, etc., lo que obligaría al asegurador a emprender acciones para recuperar lo que realmente no debía en contra del asegurado, siempre que los plazos de prescripción aún lo permitan. Asimismo, procuramos analizar los elementos del seguro de caución en general con la finalidad de un tratamiento omnicompreensivo de este contrato.

Mucho más complejo resultó el análisis de los problemas que presenta el seguro de caución “a primer requerimiento” al que, luego de muchos años de usos y de tratamiento legislativo especial, se dio consagración legislativa con carácter general en la Ley N° 20.667. En el artículo 583 inciso final del Código de Comercio, nuestro legislador estableció la posibilidad general de pactar una garantía abstracta y totalmente desvinculada de la relación jurídica subyacente para efectos de su pago, lo que facilita el tráfico y fortalece el sistema de cauciones, más allá de las críticas que puedan hacerse

sobre esta forma de gestión de riesgo de impago, normalmente fundadas en argumentos de justicia material.

El efecto de la desvinculación entre la garantía y la relación subyacente es la imposibilidad de oponer excepciones al cobro, lo que apunta a que no es posible construir defensas relacionadas con la relación jurídica que el seguro está llamado a garantizar, que constituye en términos mercantiles lo que se denomina la “relación de valuta”.

Ciertamente que esta tipología asegurativa, muy popular en el país, provee a los comerciantes, constructores, industriales y profesionales un mecanismo extremadamente útil y eficiente de gestión de riesgo de incumplimiento, por la sencilla razón de que el acreedor requirente podrá exigir al asegurador el pago de la suma asegurada sin que éste pueda oponerle excepciones de ninguna clase para diferir o evitar la indemnización. Veremos, asimismo, que esta clase de aseguramiento es extremadamente importante en la contratación con el Estado y aparece como una alternativa a las boletas bancarias de garantía en numerosas leyes especiales.

En la última parte de este estudio hemos analizado algunos problemas relativos a seguros de caución en particular. Nos interesarán, naturalmente, los seguros más utilizados en el país, tales como el de fiel cumplimiento de obligaciones que emanan de determinados contratos, los seguros vinculados a la contratación con el Estado para construcción de obras públicas, el seguro de caución para promesas de venta de inmuebles, y algunos otros más. No hemos pretendido agotar el análisis particular de cada una de las pólizas y coberturas, sino que describir someramente algunas particularidades de estos seguros en nuestro mercado de garantías, de forma de que cada uno de los lectores pueda encontrar información necesaria y útil.

CAPÍTULO I

CAUCIONES O GARANTÍAS PERSONALES. ACCESORIEDAD Y ABSTRACCIÓN EN LAS DIVERSAS GARANTÍAS

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LAS GARANTÍAS PERSONALES

El ambiente histórico en que las garantías personales se desarrollaron con mayor intensidad en la historia del Derecho, con excepción de lo ocurrido en el siglo XX, es aquel período de tiempo en que se crea, regula y florece el “derecho de estipulaciones romano”. Durante este extenso período histórico-jurídico se admitieron garantías personales de las más diversas tipologías, muchas de las cuales se mantienen más o menos estables y similares en su regulación hasta el día de hoy, tanto en las legislaciones como también en la práctica comercial.¹

Antes de que las garantías reales se hicieran populares (particularmente aquella que llamamos “sin desplazamiento” o “sólo convenida” denominada *pignus conventum* o *hypotheca*), los romanos preferían las garantías personales sobre las que ofrecen al acreedor una cosa determinada o el derecho a perseguirla (*ius distrahendi*). Esto, como han afirmado, entre otros autores, Álvaro D’ORS y más tarde entre nosotros Alejandro GUZMÁN BRITO, no resultaba extraño en una sociedad fundada en vínculos de clientela, en la que los deudores buscaban personas de reconocida solvencia dentro de un determinado círculo de protección para obtener acceso al crédito.²

¹ Para un panorama general de las garantías en Derecho Romano en idioma castellano véase GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001), *Derecho Privado Romano*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, pp. 72-99.

² D’ORS, Álvaro (1991), *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, pp. 499 ss. con cita a SÉNECA, *De Benef.* 2.7.2 y 2.8.1 entre otros. Más razones para la preferencia de garantías personales sobre las reales en GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001), p. 83. Sobre la popularidad

En la ciencia histórico-jurídica hay acuerdo en que la secularización de la sociedad y la paulatina desaparición de la estructura aristocrática basada fundamentalmente en vínculos de clientela y protección produjo una lenta y relativa pérdida de importancia de las garantías personales frente a las garantías pignoraticias e hipotecarias que, como se sabe, gozan hasta el día de hoy de gran utilidad práctica gracias a la eficacia de su realización y a las ventajas del derecho de persecución.³

Ciertamente que esta relativa pérdida de importancia no significó la desaparición de las garantías personales ni mucho menos, sino que más bien produjo una redefinición de la figura de la fianza y una especie de auge (y posterior caída) de algunas garantías abstractas.

En la actualidad se pregona –acaso con alguna liviandad– una supuesta pérdida de importancia relativa de las garantías personales como instrumento de seguridad del crédito. Se suele afirmar, a modo de comparación, que esto mismo habría ocurrido también hace casi dos milenios en el Derecho romano. La realidad, empero, indica que lejos de ser efectivo, las garantías personales no han desaparecido del tráfico jurídico moderno. Tampoco es cierto que han sido desplazadas por las garantías reales.

Muy por el contrario, basta apreciar la realidad del derecho de consumo financiero y la práctica bancaria para constatar que algunos arquetipos negociales similares a la fianza y, por cierto, la solidaridad,⁴ son garantías personales muy utilizadas en el tráfico, lo que depende –y siempre ha dependido– del simple hecho de que el deudor presente un garante con un patrimonio solvente para obligarse con casas comerciales, bancos, emisores de tarjetas de crédito, etc.

de las garantías personales en un contexto histórico romano (fundadas en relaciones de amistad o *amiticia*) véase ZIMMERMANN, Reinhard (1996), *The law of obligations*, Oxford, Clarendon, p. 115, con cita a CICERÓN.

³ Tanto la prenda como la hipoteca son derechos reales, conforme lo determina el artículo 577 del Código Civil, lo que determina su eficacia, como señala SOMARRIVA, Manuel (1943), *Tratado de las cauciones*, Santiago, Nascimento, pp. 210 y 311.

⁴ CLARO SOLAR, Luis (1936), *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las obligaciones I*, Santiago, Nascimento, p. 412 califica a la solidaridad como “la más fuerte de las garantías personales de pago que puede tener el acreedor desde que no sólo está afecta al cumplimiento de la obligación el patrimonio de un deudor sino el patrimonio de cada uno de los muchos deudores que solidariamente se han obligado”. Lo mismo SOMARRIVA, Manuel (1943), p. 39.

La utilidad actual de las garantías personales es todavía más notoria en el tráfico mercantil moderno doméstico e internacional. Basta revisar lo que ocurre en la contratación de particulares con el Estado y la forma de garantizar obligaciones de hacer derivadas de contratos de construcción. En esos ámbitos, y en otros, lejos de evitarse las garantías personales se suelen preferir sobre las garantías *in rem*. Para garantizar las obligaciones que nacen de esa clase de contratos se suelen ofrecer garantes caracterizados por ser instituciones de reconocida solvencia, tales como bancos,⁵ sociedades de garantía recíproca,⁶ compañías de seguros, y otras entidades profesionales del caucionamiento.⁷

2. GARANTÍAS PERSONALES COMO MECANISMO DE GESTIÓN DE RIESGO

Resulta imposible emprender un estudio sobre el seguro de caución sin abordar el concepto de riesgo, aunque por ahora lo hagamos de forma introductoria y general. Para un análisis acabado del seguro de caución en cualquiera de sus tipologías, no puede esquivarse la importancia del riesgo, pues se trata de un requisito esencial del contrato de seguro conforme lo dispone el artículo 521 del Código de Comercio. La expresión riesgo es polisémica y el *Diccionario de la lengua española* provee actualmente treinta y dos conceptos distintos. La segunda acepción que presenta la Real

⁵ Sobre operaciones bancarias de garantía clásicas, en general, RIPERT, Georges (1954), *Tratado elemental de Derecho Comercial III. Operaciones Comerciales*, París-Buenos Aires, TEA, pp. 420 ss. Con abundantes ejemplos de garantías bancarias (personales) modernas, véase FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2014), “Las garantías bancarias en el comercio internacional”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 47, N° 139, pp. 101-144.

⁶ La N° 20.179 de 20 de junio de 2007, creó en Chile las Sociedades de Garantía Recíproca, cuyo giro exclusivo es el otorgamiento de garantías personales a los acreedores de sus beneficiarios, con la finalidad de caucionar obligaciones que ellos contraigan, relacionadas con sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales.

⁷ Por ejemplo, en el marco de la LEY MILLER (*Miller Act*, 40 U.S.C. §§ 3131-3134), sobre contratación federal en los Estados Unidos, existe una larga lista de entidades que están habilitadas para garantizar a los contratistas en sus relaciones con el Gobierno. La lista del *US Fiscal Service* se denomina “*Companies Holding Certificates of Authority as Acceptable Sureties on Federal Bonds and as Acceptable Reinsuring Companies*” y está actualizada a julio de 2018. Puede consultarse en la Dept. Circular N° 570, 2018 en <https://www.fiscal.treasury.gov/surety-bonds/circular-570.html> [consultada el 25 de julio de 2019].

Academia Española es, precisamente, “cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro”.

El *Diccionario* además se refiere al “riesgo de crédito”⁸ en particular, y lo describe como aquel que “... sufre una entidad financiera derivado de la no devolución en plazo de los créditos concedidos a sus clientes”.

Desde el 1º de diciembre de 2013, aunque limitado exclusivamente al contrato de seguro, la ley chilena denomina riesgo a la “eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero” (artículo 513 letra “t” del Código de Comercio). La definición legal de riesgo tiene, además, un carácter imperativo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 542 del mismo Código, por lo que no es posible alterarla por las partes en los contratos o pólizas, al menos en los negocios sujetos a este régimen de derecho mínimo. La imperatividad también obliga al juez, por lo que tampoco es lícito que un determinado sentenciador entienda por “riesgo” algo distinto a lo dispuesto en la ley.

Fuera del tratamiento del contrato de seguro, el Código de Comercio utiliza la expresión “riesgo”, generalmente, para determinar y delimitar algunas de las obligaciones del porteador, del comisionista, etcétera, vale decir, en el marco de las obligaciones que nacen de los contratos mercantiles.

El Código Civil chileno no define “riesgo”, aunque se refiere a este concepto en varias ocasiones, y ciertamente más allá del ámbito puramente contractual. Por ejemplo, el riesgo de administración descuidada de la sociedad conyugal (artículo 155), el riesgo de afectar el interés del hijo (artículo 271); el riesgo de afectación o pérdida de la cosa que se debe (artículo 1550); en el mandato que es por cuenta y riesgo del mandante (artículo 2116), entre otras numerosas referencias.⁹

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., [versión 23.2 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [24 de junio de 2019]. Los conceptos que resultan atingentes a nuestro estudio s.v. *riesgo*: son: 1. m. Contingencia o proximidad de un daño. 2. m. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro // s.v. *Riesgo de crédito* 1. m. Econ. Riesgo que sufre una entidad financiera derivado de la no devolución en plazo de los créditos concedidos a sus clientes.

⁹ El Anexo N° 2 del Decreto N° 1.512 de 2017 del Ministerio del Interior, que aprueba una Política Nacional de Riesgos de Desastres, es un cuerpo normativo que también define riesgo, aunque desde otra perspectiva. Para esos efectos señala que es riesgo la “probabilidad de consecuencias perjudiciales o pérdidas esperadas (muertes, lesiones, propiedad, medios de

La expresión “riesgo”, en este sentido particular, se caracteriza jurídicamente como un hecho negativo, futuro e incierto, vale decir, el incumplimiento no es sino una condición suspensiva pendiente. Por esta misma razón, no debe sorprender que –al menos en algunos países– la responsabilidad por incumplimiento haya sido tratada por el legislador a propósito de la condición y, más precisamente, dentro del tratamiento de la que se denomina condición resolutoria tácita que concurre implícitamente asociada a la inexecución de los contratos bilaterales.¹⁰

El “riesgo de impago” que soporta el acreedor de una obligación que se pretende caucionar consiste en la eventualidad de incumplimiento de una relación obligatoria ordinaria –pero no exclusivamente– producida en el ámbito de uno o más contratos. En efecto, las obligaciones que pueden ser incumplidas pueden también nacer de la ley, lo que es muy frecuente en los seguros de caución. Se ha llegado a sostener que la gestión de riesgo de impago (*business risk management*) es una tarea compleja y usualmente propia de la realidad de “los contratos importantes”.¹¹ La asociación de la gestión de riesgo de esta clase a la contratación “de importancia” nos parece evidentemente errada. Todo acreedor, más allá de si se desenvuelve o no en “contratos importantes”, está en posición de gestionar en mayor o menor medida los riesgos que está dispuesto a soportar.

El incumplimiento es una eventualidad o riesgo que los acreedores pueden tomar directamente sobre sí. Pero también pueden gestionarla y traspasarla a terceros de la forma que estimen más conveniente dentro de las posibilidades que le presente el ordenamiento jurídico y la disponibilidad efectiva de garantes.¹² Naturalmente que la gestión del riesgo de impago puede ser más o menos eficiente dependiendo si se utilizan garantías más

subsistencia, interrupción de actividad económica o deterioro ambiental) resultado de interacciones entre amenazas de origen natural o antropogénicas y condiciones de vulnerabilidad”.

¹⁰ Así, el Código Civil francés en su artículo 1184 y nuestro Código Civil en el artículo 1489, entre otros. Para el incumplimiento resolutorio véase CORRAL, Hernán (2010), *Contratos y daños por incumplimiento. Estudios sobre su régimen jurídico y la responsabilidad por incumplimiento*, Santiago, Abeledo Perrot, pp. 224 ss.

¹¹ KESKITALO, Petri (2006), “Contracts + Risks + Management = Contractual Risk Management?”, en *Nordic Journal of Commercial Law*, N° 2, pp. 1-4.

¹² Para una revisión de algunos modelos de gestión de riesgos de impago, véase SOBEHART, Jorge R.; KEENAN Sean C. (2002), “A Practitioner’s View of Current Default Risk Models”, 17 *Commercial Lending Review* N° 27, pp. 27 ss.

líquidas, o que generen preferencia en el cobro frente a otros acreedores, como ocurre en el concurso producido en casos de liquidación forzosa.

En último término, cada acreedor pedirá garantías más o menos eficientes según sus propios criterios de utilidad y gestión, o a los estándares normativos o de solvencia a que se encuentren obligados. En la otra vereda, el deudor obligado a presentar garantías tiene ordinariamente poco espacio para negociarlas de acuerdo con su propia conveniencia aun cuando, en ocasiones, podrá elegir entre distintas cauciones que pueden considerarse como fungibles entre sí, como ocurre cuando un sujeto tiene la opción de presentar una boleta bancaria de garantía o una póliza de seguro de caución “a primer requerimiento”.

Si bien las definiciones de riesgo que aporta el *Diccionario* son útiles para entender el problema que subyace en el seguro de caución (y en todo otro seguro de incumplimiento), lo adecuado según el artículo 20 del Código Civil es preferir el concepto de “riesgo” en su significado legal. En el caso del seguro de caución, al igual como ocurre en toda garantía de cualquier otra clase, el acreedor está expuesto (o se “arriesga”) al hecho futuro e incierto del incumplimiento de obligaciones contenidas en un determinado contrato o en una ley. Precisamente, todo o parte de ese “riesgo de impago” es el que asume el asegurador de caución dentro de los contornos fijados en la póliza y a veces en una ley, lo que hace contra el pago de una contraprestación monetaria que llamamos prima.

Aunque a veces esto se oscurezca en el uso vulgar de la expresión, el “riesgo de impago” no equivale exclusivamente a dejar de cumplir una obligación asociada a un mutuo o a una operación de crédito de dinero.¹³ Por el contrario, el “riesgo de impago” puede afectar a cualquier clase de obligación de dar, pero con igual motivo puede afectar también a las obligaciones de hacer y a las de no hacer,¹⁴ lo que para el problema de los seguros de caución reviste crucial importancia, al menos en nuestro país. En efecto,

¹³ El asunto no es nuevo: ISIDORO DE SEVILLA asociaba la garantía caso exclusivamente a los mutuos. Es la interpretación de ISIDORO, *Ethym.* 5,25,23 “*Fiducia est, cum aliqua...mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur*”.

¹⁴ Por ejemplo, el artículo 3º inciso 3º de la Ley N° 20.179 sobre Sociedades de Garantía Recíproca permite expresamente que: “Las instituciones podrán garantizar obligaciones de dar, hacer o no hacer en las cuales el beneficiario sea deudor principal y cuyo origen debe encontrarse dentro del giro de las actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales de éste”.

en el Derecho de Seguros chileno la naturaleza de la obligación asegurada –o lo que es lo mismo, la naturaleza del riesgo– sobresale porque nuestro legislador ha considerado que los impagos de obligaciones de dinero sólo pueden ser objeto de seguros de crédito y no de caución, los que tienen un tratamiento especial en los artículos 579 a 581 del Código de Comercio.¹⁵

Pero retornemos por un momento al problema de la gestión del riesgo. Antes de hacer o comprometer una disposición patrimonial, un acreedor tiene la opción de gestionar su exposición para enfrentar la eventualidad de impago en mayor o menor medida. Incluso, la ley otorga cierto grado de protección al acreedor más indiferente o negligente al enfrentar su pronóstico de riesgo, que es el caso del acreedor que no solicita a su deudor o a terceros garantías reales ni personales de ninguna especie.

En efecto, el Código Civil chileno, a imagen del francés y de la tradición romanística, dispone que los bienes actuales y futuros del deudor quedan afectos al pago de la obligación mediante lo que se ha denominado “derecho de prenda general” de los acreedores.¹⁶ Este derecho está descrito y regulado entre los artículos 2465 y 2469 del Código Civil y consiste, por cierto, en la más mínima y rudimentaria protección que puede obtener un acreedor frente a la eventualidad o riesgo de impago de sus créditos. Este derecho no depende de la voluntad de las partes, sino que se confiere *ipso iure* a los acreedores, por el solo hecho de ostentar dicha calidad.

Además de la ineficacia más o menos evidente del llamado “derecho de prenda general”,¹⁷ su carácter mismo de “garantía” ha sido puesto en duda

¹⁵ La cuestión es discutible para el caso de las pólizas especiales para Usuarios de Zona Franca (Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2001, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 341, de 1977, del Ministerio de Hacienda, sobre Zonas Francas), y para la póliza de garantía “a primer requerimiento” a favor del SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, cuya materia asegurada es, en ambos casos, el impago por parte del tomador de pago de las multas, derechos, impuestos y demás gravámenes, prestaciones que más bien pueden identificarse con obligaciones de dar.

¹⁶ Sobre el artículo 2093 del *Code Civil* que señala “*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s’en distribue entre eux par contribution, à moins qu’il n’ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*”, y la regla “*qui s’oblige, oblige sien*”, véase TROPLONG. M. (1835), *Le Droit Civil expliqué suivant l’ordre des articles du Code, Depuis et y Compris le Titre de la Vente. Des privilèges et hypothèques*, Paris, Tome Premier, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, pp. 6 ss.

¹⁷ Sobre este derecho y su insuficiencia en función de garantía, SOMARRIVA, Manuel (1943), pp. 7-8. Se refiere también a su insuficiencia ACHURRA, Juan (2005), “Aspectos jurídicos del

con buenas razones.¹⁸ Pero más allá de su naturaleza jurídica, la legislación moderna ha llevado a que incluso este derecho mínimo haya sido socavado tras la aparición de algunos beneficios legales a favor de los deudores, como son el período de protección financiera de los artículos 2º N° 31 y 57 y siguientes de la Ley N° 20.720, la limitación a la inembargabilidad del artículo 276 de la misma ley, los procedimientos y acuerdos de reorganización, entre otros mecanismos ordinariamente causados por una combinación entre el excesivo endeudamiento y la permisividad de acreedores desmedidamente negligentes.

Más allá del simple derecho de prenda general, las formas tradicionales de gestionar el riesgo de impago en el Derecho Civil se traducen en que los acreedores razonablemente previsores exigen garantías personales prestadas por terceros –ordinaria, pero no exclusivamente, solidarias–, o la constitución de derechos reales de prenda o de hipoteca por parte del propio deudor o bien por terceros. En lo que toca al Derecho Mercantil, ya adelantábamos que las garantías personales se han desarrollado de forma muy intensa, ciertamente más allá de la pura fianza mercantil y de la solidaridad pasiva, dando lugar a un régimen de garantías autónomas o independientes en virtud de las cuales los acreedores reducen notablemente su exposición al riesgo de impago. Estas últimas garantías, sobre las que retornaremos más adelante, son notablemente célebres en el tráfico comercial nacional e internacional¹⁹ y no responden al sistema tradicional de accesoriadad con que, en principio, se suele entender toda clase de caución.

Rudimentariamente, un sistema de gestión sobre la base de garantías personales consiste en la transferencia de todo o parte del riesgo de impago a una tercera persona que el acreedor está dispuesto a aceptar. No debe olvidarse que toda garantía, como explicaba DÍEZ-PICAZO, puede caracterizarse porque agrega al crédito algo que no tiene.²⁰ En este caso,

seguro de garantía”, en *Derecho de Seguros, Escritos de Juan Achurra Larraín II*, Santiago, Universidad de los Andes Colección Jurídica N° 7, p. 2011.

¹⁸ Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, entre nosotros AEDO, Cristian (2008) “Las garantías del acreedor frente al Incumplimiento. Especial referencia a la boleta bancaria de garantía”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N° 2, pp. 295 ss.

¹⁹ Véase, por ejemplo, la Convención Internacional sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito *Stand By* de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNCITRAL) de 1995 en https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/independent_guarantees.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2016), *Sistema de Derecho Civil II*, T. 1, Madrid, Tecnos, p. 159: Garantía es “un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad, según su tipo,

el negocio jurídico de garantía que ofrece al acreedor el patrimonio de otra persona natural o jurídica para que pueda dirigir sus acciones y, en último término, para ejercer en contra de los terceros garantes el derecho de prenda general, agrega al crédito una ventaja evidente. En efecto, desde el punto de vista jurídico, el resultado de este mecanismo de gestión de riesgo de impago es el nacimiento de obligaciones de sujeto pasivo múltiple, las que podrán ser de las más diversas tipologías, más allá de la subsidiariedad y de la solidaridad.

De esta manera, un acreedor que tiene “asegurado” su crédito mediante garantías personales prestadas por terceros tiene legitimación para perseguir judicialmente los bienes de esos mismos terceros, y ya no sólo los del deudor original o principal.²¹ Este simple mecanismo le facilitará el éxito (o al menos le reportará mayores probabilidades teóricas de obtenerlo) cuando decida emprender el cobro. Así, y desde un punto de vista económico, el riesgo específico de impago queda diversificado, a lo menos, en dos o más patrimonios diferentes.

En la fianza moderna, y como consecuencia de la creación del beneficio de excusión en los casos en que procede, los derechos del acreedor deben materializarse previamente en la persona o patrimonio de quien se encuentra principalmente obligado, a quien se suele denominar el “deudor principal”. Si bien es cierto que antes de ser reconvenido el fiador puede “adelantarse” y pagar la deuda conforme lo expresa el artículo 2353 del Código Civil,²² realmente el funcionamiento económico de la fianza corriente determina que el garante no queda verdaderamente obligado al pago, sino sólo cuando el deudor principal incumple la obligación. Antes que eso, si es que

que se une al crédito para reforzar la seguridad del acreedor de que su interés se verá satisfecho”. Antes Díez-PICAZO, Luis (1983), *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, p. 395.

²¹ Sobre el uso técnico del verbo *praestare* (de *praes*) como sinónimo de garantizar, o mejor, de “constituirse en fiador”, véase SAMPER, Francisco (2003), *Derecho Romano*, Santiago, P. Universidad Católica de Chile, p. 276.

²² A pesar de la subsidiariedad, nada impide que el fiador pague igualmente el crédito lo que ha dado lugar como lo señala el artículo 2353 del Código Civil. Así, ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 diciembre 1898, G. 1898, T. II, N° 1.127, p. 842 (C. 4°, p. 844): “El pago hecho por el fiador al acreedor es siempre válido. Basta considerar que cualquiera puede pagar por el deudor aun sin su conocimiento o autorización y sin que la causa o motivo determinante del acto deba tomarse en cuenta por el acreedor e influir en la eficacia del pago”.

concurren los requisitos,²³ el fiador puede exigir al acreedor que se dirija contra el principalmente obligado.²⁴ Por ello, no es incorrecto señalar que el fiador es un tercero que está obligado a una deuda ajena subsidiariamente,²⁵ lo que reduce las posibilidades de éxito del acreedor, por ejemplo, en la alternativa de pedir cauciones más líquidas.

Una cuestión distinta ocurre cuando se ha pactado solidaridad o si, a falta de un pacto expreso —pues la solidaridad no se presume—, esta emana de la ley o del testamento según dispone el artículo 1511 inciso 2º del Código Civil. En este caso, el acreedor puede dirigir a su arbitrio la acción de cobro contra cualquiera de los “unidamente”²⁶ obligados al pago, sin que sea exigible que intente, ni menos que agote, ninguna vía judicial ni extrajudicial contra uno cualesquiera de los deudores.

No es difícil apreciar que los acreedores que exigen solidaridad pasiva gestionan su riesgo de impago de una manera más efectiva que aquellos que exigen fianza simple, pues el tercero obligado solidariamente está “unidamente” obligado con el principal. De esta forma, y más allá del eventual interés pecuniario que pueda tener el codeudor solidario en la obligación garantizada, tanto el deudor interesado como todos los terceros obligados *in solidum* pueden ser requeridos al pago total, sin que ninguno pueda valerse del beneficio de excusión ni de división en contra del acreedor requirente, y sin que les sea admisible alegar que la deuda no les pertenece.²⁷

²³ El artículo 14 inciso 3º de la Ley Nº 20.179 priva al fiador del beneficio de excusión, aunque sí puede oponer muy limitadamente ciertas excepciones, como no empecerle el título o la concesión de plazos fundadas ambas en antecedentes escritos y plausibles (artículo 13).

²⁴ Según apunta TOMILLO URBINA, Jorge (2011), “La caracterización autónoma del fiador en la estructura obligacional subjetiva”, en *Revista Chilena de Derecho Comercial* Nº 2 Año II, p. 83, “... el elemento que desencadena la responsabilidad del fiador ya no es el mero incumplimiento, sino la insolvencia del deudor principal, lo que hace extremadamente dificultoso para el acreedor la consecución del fin del contrato, es decir, la ejecución u obtención práctica del comportamiento obligacional comprometido por el fiador”.

²⁵ Afirma GÓMEZ-BLANES, Pablo (2009), “La accesoriadad de la fianza”, en *Vniversitas* Nº 158, p. 25 que la fianza común da lugar a una situación de “conurrencia debitoria de carácter solidario”, aunque uno responde “coordinadamente” y el otro “subordinadamente”. Las reglas de los artículos 1610 Nº 3, 1612, 1623, 1635, 1645 a 1651 son ciertamente aplicables al fiador.

²⁶ Para la *unidad* de prestación en la obligación solidaria, SOMARRIVA, Manuel (1943), p. 40.

²⁷ Así lo dispone, en nuestro Derecho, el artículo 1514 del Código Civil: “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división”.

Pero los mecanismos de gestión de riesgo de impago no se agotan con la fianza y la solidaridad, aun cuando es cierto que ambas parecen manifestarse como los arquetipos básicos de toda garantía personal moderna. Al contrario, la realidad muestra que los acreedores sofisticados exigen a sus deudores garantías más intensas que se caracterizan porque contienen cláusulas que limitan o impiden la accesoriedad. Esto último se traduce en la práctica, en que el garante queda impedido de oponer excepciones para diferir, reducir, condicionar o evitar el pago. Se trata de las llamadas “garantías independientes” o “abstractas”, las que en esencia permiten que el acreedor no quede subordinado a beneficios (como los de excusión o de división), ni a la tentación del garante de vincular la caución con la “relación de valuta” u obligación subyacente para evitar el pago.

Esta forma de gestionar el riesgo de impago concede al acreedor notables ventajas frente a otras garantías, pues otorgan al beneficiario el derecho a cobrarlas “a primera demanda”, “a primer requerimiento” o a “simple requerimiento”, sin que el garante pueda negarse al pago, aunque esto le parezca injusto.

3. SOBRE SI DEBE PREFERIRSE EL USO DE LA EXPRESIÓN “GARANTÍA” O “CAUCIÓN”: ¿ES ESTE UN DEBATE TRASCENDENTE PARA EL SEGURO DE CAUCIÓN?

3.1. El debate histórico

Desde un punto de vista histórico-jurídico –que es probablemente el único que importa dada la transversalidad e internacionalización del lenguaje en los diversos sistemas normativos en el mundo–, no es lo mismo una caución que una garantía.

El asunto, como casi siempre, se remonta a la antigüedad: los romanos llamaban originalmente *cautiones* a unas tablillas que reflejaban el contenido de un acto.²⁸ En estas tablillas, para efectos meramente probatorios (*cavere/pre-cavere/cautio*), quedaba escrito el contenido de una obligación

²⁸ Las múltiples posibilidades para la posible etimología de “caveo”, en WALDE, Alois (1910), *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, Carl Winter’s Universitätsbuchhandlung, p. 143.

civil nacida de una promesa (*stipulatio*).²⁹ Las *stipulationes* eran una fuente de obligación caracterizada por una sencilla pero estricta formalidad oral, que requería la presencia de ambas partes llamadas estipulante y promitente, respectivamente.³⁰ La formalidad verbal primitiva de la estipulación se manifestaba como una promesa sacral o *sponsio* que se resume en que, intimado a prometer sacramentalmente por parte del estipulante sobre el contenido y objeto de una obligación determinada de dar, hacer, o prestar, el promitente asiente mediante el uso del mismo verbo *spondeo* (prometo) con que fue interrogado.³¹

Lo mismo, aunque en una etapa más moderna, es lo que describe GAYO en sus *Instituciones* al resaltar lo esencial que resulta la congruencia entre el verbo con que el estipulante interroga y aquel con que el promitente debe adherir a la pregunta, asintiendo: “*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti: Dari spondes? Spondeo, dabis? Dabo, promittis? Promitto, fidepromittis? Fidepromitto; fideiubes? Fideiubeo; facias? Faciam*” (La obligación mediante palabras se hace por pregunta y respuesta, como: “¿Prometes dar?” “Prometo”; “Darás?” “Daré”, “Prometes?” “Prometo”; “¿Prometes con lealtad?” “Prometo con lealtad”; “¿Avalas lealmente?” “Avalo lealmente”; “¿Lo harás?” “Lo haré”).³² Una vez que el promitente asiente, queda perfecta la obligación sin que sea necesario recurrir a ninguna otro negocio ni formalidad.

²⁹ Sobre el valor de las tablillas AMELOTTI, Mario (1987), “Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho Romano”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* XXIX, p. 136. CASTRESANA, Amelia (2007) *Actos de palabra y derecho*, Salamanca, Ratio Legis, p. 98. Para *testatio* (documento testifical) y *cautio* D’ORS, Álvaro (1991), pp. 481 y 500.

³⁰ Para los pronunciamientos verbales como mecanismo para constituir un vínculo jurídico, CASTRESANA, Amelia (2007), pp. 82 ss. En nuestro medio, un resumen muy completo sobre la *stipulatio* en PÉREZ BRAVO, Carlos (2009), “La *stipulatio*. Características generales”, en *Ars boni et aequi* N° 5, pp. 137-156. En general WATSON, Alan (2007) *Comparative Law: Law, Reality and Society*, Lake Mary, Fl., Vandepas Publishers, pp. 68 ss.

³¹ D. 45.5.1 Pomp. 26 ad Sab. “*Stipulatio autem verborum conceptio, quibus is qui, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit*”. (“Mas la estipulación es una fórmula de palabras con las que el que es interrogado responde que dará o hará aquello porque fue interrogado”).

³² GAI. 3.92; Para la *stipulatio*, su etimología y su identificación con la *sponsio* o promesa sacral, véase VAN DEN BRINCK, H. (1972), “The origin of contract”, en *Talanta* 4, pp. 15 ss. La traducción transcrita arriba es de SAMPER, Francisco (2000), *Instituciones de Gayo. Texto y traducción*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 251.

No es difícil percatarse de la influencia de esta manera de obligarse en el derecho moderno.³³ De hecho, el derecho de contratos se ha construido precisamente desde la figura de la estipulación, de la que se dice ser una de las creaciones más originales e importantes del Derecho romano.³⁴ Es más, para referirnos a las cláusulas, no es raro hoy que hoy se siga hablando de “estipulaciones” de un contrato.

Como mostraban PAULO y GAYO, la libertad para fijar el objeto de la pregunta mediante la que el estipulante interroga al promitente trae como consecuencia que, por este medio, se pudiera generar toda clase de vínculos obligacionales lícitos.³⁵ Entre ellas, resaltan las obligaciones de garantía personal.

³³ Sobre la estipulación como fundamento de la teoría moderna del contrato véase GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000), “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato, III: Los orígenes históricos de la teoría general del contrato, pp. 47 60. Disponible (cita de 22 de nov. de 2021) en <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/310/298>.

³⁴ Es la conocida opinión de ZIMMERMAN, Reinhard (1996), p. 68, quien, con cita a KASER, vuelve sobre una constatación que es original de BIONDI, Biondo (1953), *Contratto e stipulatio*, Milano, pp. 270 ss.

³⁵ El objeto de la *stipulatio* era mucho más amplio que el de crear obligaciones convencionales, tal como demuestra un célebre texto del jurista POMPONIO recogido en D. 45, 1, 5 pr.: *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales. iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur; veluti de dolo cautio: Praetoriae quae a mero praetoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti. Praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: Nam et hae ab iurisdictione veniunt. Conventionales sunt quae ex conventionem reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum: Nam et ob ipsam verborum obligationes fiunt et pendent ex negotio contracto. Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: Item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto”*. (“Unas estipulaciones son judiciales, otras pretorias, otras convencionales, y otras comunes, pretorias y judiciales. Son judiciales solamente las que provienen de mero ministerio del juez, como la caución de dolo, pretorias, las que dimanar de mero ministerio del Pretor, como la de daño que amenaza. Más conviene que las estipulaciones pretorias se entiendan de modo que en ellas se comprendan también las edilicias porque también éstas dimanar de jurisdicción. Son convencionales las que se hacen por convención, de las que hay tantas especies, por decirlo así, como cosas que se contratan porque se hacen por causa de la misma obligación verbal, y dependen del negocio contratado. Son comunes las estipulaciones, como la de que esté a salvo la cosa del pupilo porque también el pretor manda que se le dé caución al pupilo de que quedará a salvo su cosa, y a veces, el juez, si de otro modo no se puede resolver este negocio”).

De hecho, las garantías personales romanas en general, aunque no exclusivamente, adoptaron la forma de superponer promesas de igual o del mismo objeto (*eadem res*). Básicamente un deudor prometía dar a su acreedor una cantidad determinada, por ejemplo, cien sestercios y, congruentemente con la pregunta, su garante prometía dar al mismo acreedor cien sestercios, promesa que perfectamente podía prestarse en un momento posterior.³⁶ En tal caso, y dado que la promesa estipulatoria es fuente de obligación, dos personas quedaban obligadas a dar esos mismos cien sestercios al acreedor, lo que se traduce en lo que modernamente denominamos “unidad de prestación” que caracteriza a la solidaridad pasiva. Esta manera de obligarse, llamada *fideiussio*,³⁷ sobresale respecto de otras formas de garantía como la *adpromissio* y la *fideipromissio* porque, además de carecer de un efecto novatorio que las puede tornar en ineficientes, creaba una obligación pasivamente solidaria entre el deudor principal y el fiador a favor del acreedor que exigía la promesa. El beneficio de excusión sólo fue incorporado en el siglo VI d. de C., con lo que sólo entonces se perfiló el desarrollo de la fianza subsidiaria como la conocemos hoy.³⁸

Como destaca BURGE, en el derecho francés la voz “*cautionnement*” (caucionamiento) debe significar lo que en el derecho anglosajón significa la voz “*surety*”. Ambas, a su vez, significaban *fideiussio*, lo que en España se dice “*fianza*” o “*fidadura*”, tal como se extrae de la Partida V.12.1.

“*Fiador tanto quiere decir como home pue da su fe et promete a otro de dar o de facer alguna cosa por mandado o por ruego de aquel quel mete eu la fiadura. Et tiene grant pro a aquel quel rescribe; ca es por ende mas seguro de aquello quel han a dar o de facer, porque finean amos a dos obligados, tambien el fiador como el debdor principal*”.³⁹

³⁶ D’ORS, Álvaro (1991), p. 499.

³⁷ CASTRESANA, Amelia (2007), pp. 90 ss.

³⁸ Véase *infra* 8.2.

³⁹ BURGE, William (1847), *Commentaries on the Law of Suretyship, and the Rights and Obligations of Parties Thereto, and Herein of Obligations in Solido, under the Laws of England, Scotland, and Other States of Europe, the British Colonies, and United States of America and on the Conflict of Those Laws*, Boston, C. C. Little and J. Brown, p. 2; EL MISMO, pp. 11 ss., muestra que, si no concurría la escritura y el sello, la jurisprudencia exigió “*sufficient consideration*”, lo que excluye toda posibilidad de fianza incausada.

Tras un período en que decae la formalidad estipulatoria oral,⁴⁰ el documento escrito que las partes de una estipulación solían dejar (*cautio*) pasó de tener efectos meramente probatorios (pre-cautorios/de “precaver”) a ostentar efectos constitutivos de la obligación.⁴¹ Aun cuando la historia es mucho más compleja y excede con creces el contenido de este estudio, resulta simple darse cuenta de que la confusión entre el soporte probatorio y el acto propiamente constitutivo hizo que no hubiera demasiados problemas en llamar simplemente *cautio* a la promesa y a su contenido, lo que se traspasó con mucha intensidad y preferencia a las estipulaciones y promesas de garantía.⁴²

El fenómeno que describimos no es exótico, pues la confusión entre el soporte físico y la obligación de garantía propiamente dicha sigue siendo un problema corriente en nuestros días, sobre todo si se aprecia lo que ocurre con la contratación mercantil mediante cheques, letras de cambio, pagarés, etc., y la evolución del testamento nuncupativo oral hacia el testamento solemne escrito.

3.2. *Caución o garantía. El debate en Chile y la tradición francesa*

El debate moderno (y nacional) sobre la diferencia entre garantía y caución no se apega necesariamente a la raíz histórico-comparada de la discusión. Se trata, más bien, de una problemática vernácula y, por qué no decirlo, algo provinciana.

⁴⁰ En detalle sobre este asunto IBBETSON, David (2022), “Writing, Speaking and the Roman *Stipulatio*”, en *Principle and Pragmatism in Roman Law* (SPAGNOLO and SAMPSON Eds.), Oxford, Hart Publishing, pp. 99-115.

⁴¹ D. 45.01.30 “*Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta*” (“Se ha de conocer, en general que si alguno escribió que se hizo fiador, se considerará que todo se hizo con solemnidad”). D’ORS, Álvaro (1991), p. 482 considera este fragmento interpolado, pero aporta que el EMPERADOR LEÓN (*Código de Justiniano* 8.37.10) “prescindió del requisito de los *sollemnia verba* en la estipulación” y que, con importante cita de fuentes, JUSTINIANO habría transformado la estipulación en “una promesa consensual documentada”.

⁴² Este tránsito en RICCOBONO, Salvatore (1957), “*Stipulation and the theory of contract*” (KERR WYLE y BEINARD Eds.), Amsterdam/Capetown, p. 11.

Es sabido que el artículo 46 de nuestro Código Civil provee una definición de caución describiéndola como:

“... cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

Al tratarse de un concepto definido por la ley, según las reglas de interpretación dadas en el Título Preliminar “para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal” (artículo 20 Código Civil).

Según se puede constatar en el Proyecto de 1853, la fuente seguida por BELLO para la definición de caución habría sido la *Partida VII, Título 33º*, Ley Nº 10ª. Debe destacarse, para dar cierto contexto al asunto, que el Título 33º de las *VII Partidas* se refiere a las definiciones y a reglas generales de Derecho, tal como hace parte del Título Preliminar de nuestro Código Civil. En lo que nos importa, se dispone:

“*Dezimos que caucion en latin tanto quiere dezir commo seguramiento que el debdor ha de fazer al señor del debdo dandole fiadores valerosos o buenos*”.

La cuasi identificación absoluta de “caucionar” con “afianzar” (“=dándole fiadores”), aparece de manifiesto en la definición alfonsina.⁴³ Pero las notas de BELLO (y el propio texto del artículo 46) apuntan a que el codificador chileno habría también fundado su concepto en la definición provista por el *Diccionario* de JOAQUÍN ESCRICHE.⁴⁴ Este diccionario define caución como “la seguridad que da una persona de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Esta seguridad se da prestando fiadores, obligando bienes o prestando juramento”.

No resulta complejo apreciar que BELLO, al menos parcialmente, se aparta de las Partidas y, de paso, de la tradición francesa que puede leerse en TROPLONG y en GUILLOUARD, quienes muestran cómo “*cautionnement*” equivale más propiamente a lo que se denomina como una

⁴³ Sobre *cautionnement* y *fideiussio* (fianza) y sobre la fianza misma y el seguro, TROPLONG, M. (1946), *Du cautionnement et transactions, commentaire des titres xiv et xv, livre iii, du code civil*, T. 17, Paris, Charles Hingray, Libraire-Editeur, pp. 17 ss.

⁴⁴ BELLO, Andrés (1888), *Obras completas de don Andrés Bello, Edición hecha bajo la dirección del consejo de instrucción pública en cumplimiento de la lei de 5 de setiembre de 1872*, Volumen XII, *Proyecto de Código Civil* (1853), Santiago de Chile, Impreso por Pedro Ramírez, p. 15 (sub art. 44). AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2019), *Código Civil de Chile. Edición anotada, concordada y con fuentes*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 48.

“*sûreté personnelle*” sin incorporar las garantías reales como hace ESCRICHE (=obligando bienes).⁴⁵

A pesar de que el dato histórico resulta interesante, la verdad es que de la combinación de las fuentes tenidas a la vista por BELLO –además de los tres tipos de negocios cita por vía ejemplar (“son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”)– no resulta clara la extensión que puede o deba darse históricamente en Chile al concepto de “caución”. La definición legal del artículo 46 del Código Civil, si se analiza con cautela, no parece estar en perfecta concordancia con una conjugación de las fuentes que el codificador dice haber tenido a la vista (salvo quizás el uso de la expresión “aseguramiento”), pues el artículo 46 no sólo permite garantizar obligaciones propias, en circunstancias que el Diccionario ESCRICHE bajo la voz “caucionero” sólo se refiere a un tercero *fiador*, sino que considera que las garantías reales son tan “especies” de cauciones como las fianzas.

Como consecuencia de lo anterior, más que una conjugación de las fuentes que parece no conducir a buen puerto, debe hacerse un análisis preferentemente práctico. De la definición legal podemos desprender que –al menos para el Código Civil chileno–, una caución se contrae para la seguridad del pago de una obligación, incluso si la obligación es propia del que cauciona. Y podemos agregar que esta “caución” (apartándose en esto de la tradición francesa) puede ser real o personal.

En el país se suele repetir que toda caución es una garantía, pero que no toda garantía es una caución, como si se tratase de una relación de género a especie.⁴⁶ Nuestra EXCMA. CORTE SUPREMA ha señalado que, a diferencia de las cauciones del artículo 46 del Código Civil, las “garantías son los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor”, lo que reconoce la amplitud del concepto en nuestro medio. Autores como JEQUIER han perfilado algo más los conceptos,

⁴⁵ GUILLOUARD, Louis-Vincent (1845), *Traité du cautionnement & des transactions. Livre III, titres XIV et XV du Code Civil*, Paris, Durand et Perond Lauriel Ed. 2ª ed., p. 11: “*Le cautionnement n’est qu’une sûreté personnelle, qui ne donne au créancier qu’une action personnelle contre la caution, pour le cas où le débiteur ne satisferait pas à son engagement*”. TROPONG, M. (1946), p. 5, “*Le cautionnement, au contraire, secontente de la foi des personnes; il ne confère pas de droits réels*”.

⁴⁶ SOMARRIVA, Manuel (1943), p. 8. Se falla de esa misma manera. Así, EXCMA. CORTE SUPREMA 16 de abril de 2009, Ingreso N° 5712-2007. BURGE, William (1846), pp. 2 ss., destaca que, en el derecho inglés y en el de algunas colonias, la diferencia entre *surety* y *guarantee* radica en que en las últimas no es necesaria la concurrencia de escrituración.

pues adhieren a una especie de “bipartición” de las garantías. Así, en esa perspectiva, por un lado aparecen las “verdaderas cauciones” (o también “garantías en sentido técnico”) y, por otro, las que “sin ser garantías cumplen la misma finalidad”, entre las que agrega, a título ejemplar, al contrato de seguro por incumplimiento.⁴⁷

Últimamente esta materia ha sido vuelta a traer a la discusión por AEDO quien, en parte siguiendo a SOMARRIVA, sostiene que las cauciones son aquellas definidas en el artículo 46 del Código Civil y que se reconocen por su carácter accesorio, aunque reconoce –y aquí estaría la novedad– que “algunas de ellas tienen una regulación particular en nuestro sistema y, en otros casos, es la práctica comercial, empresarial o bancaria la que las ha ido imponiendo”.⁴⁸

En buenas cuentas, y más allá de ciertas distinciones que nos parecen poco útiles, la doctrina nacional (muy probablemente por la influencia del tenor literal del artículo 46 del Código Civil), está más o menos conteste en que lo que caracterizaría a toda caución es su carácter accesorio.

Fuera de las argumentaciones sobre si toda garantía es una caución o no, discusión cuya utilidad podemos adelantar como irrelevante en la generalidad de las situaciones, la mera cuestión terminológica sí podría tener algún sentido práctico para el análisis del contrato de seguro. En efecto, la práctica indica que se suelen usar como sinónimos las expresiones “seguro de caución” y “seguro de garantía”. La asimilación, por ejemplo, aparece en algunas normas como el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones o el artículo 11 del D.F.L. N° 251, así como en las disposiciones que regulan la boleta bancaria de garantía, pues el regulador (no el legislador, es verdad), no ha dudado en calificar a dicho instrumento bancario como una “caución”,⁴⁹ aun cuando la doctrina ha sometido esta calificación a escrutinio, precisamente porque la boleta bancaria no es una garantía accesorio sino independiente, autónoma o abstracta.⁵⁰

⁴⁷ JEQUIER, Eduardo (2013), “Boleta de garantía bancaria e insolvencia. Su impacto en el principio de la *par conditio creditorum*”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20 N° 2, p. 178.

⁴⁸ AEDO, Cristian (2008), p. 296.

⁴⁹ Véase *infra* 16.1.

⁵⁰ AEDO, Cristian (2008), p. 307, con buenos argumentos que funda en cierto grado de dependencia con la obligación principal que permiten discutir la oportunidad, e incluso trabar

En lo que toca al seguro de caución, la historia de la Ley N° 20.667 muestra que el *Mensaje* sometido al conocimiento del CONGRESO NACIONAL señalaba que el “... el seguro de caución constituye, como su nombre lo indica, una garantía que otorga la compañía aseguradora, de que el tomador del seguro cumplirá obligaciones de hacer, no hacer o de dar algo que no sea una suma de dinero, emanadas de un contrato que ha suscrito con el asegurado, de suerte que en caso de incumplimiento, se indemnizarán los daños patrimoniales sufridos por éste”.⁵¹ El *Primer Informe de la Comisión de Economía* da cuenta de una serie de indicaciones para cambiar el nombre del seguro de caución por el de “seguro de garantía” las que, además de no justificarse debidamente en el trámite legislativo, finalmente no prosperaron por distintas razones.⁵²

Sin ánimo de adelantarnos en el tratamiento detallado de la cuestión, por ahora podemos apreciar que el seguro de caución califica como una “obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”, tanto como la fianza civil y la fianza mercantil que, como se sabe, son todos negocios accesorios.⁵³

Pero un análisis incluso rudimentario de las normas en que la ley ha tratado esta materia arroja que el legislador ha establecido en el artículo 583 inciso final del Código de Comercio un sistema en que se impide al asegurador oponer toda clase de excepciones frente al cobro del seguro para evitar, diferir o condicionar el pago. Ello hace que resulte bastante complejo –o derechamente imposible– considerar al contrato descrito en el artículo 583 inciso final del Código de Comercio (o seguro de caución “a primer requerimiento”) como una garantía accesoria, lo que parece tornar toda la discusión sobre la diferencia entre la utilización de la palabra caución o la palabra garantía, al menos para este contrato, en algo francamente inútil.

En nuestro Derecho califican igualmente como seguros de “caución” los que reconocen determinado grado de relación con la obligación garantiza-

medidas precautorias, se manifiesta contrario a que la boleta bancaria equivalga a un contrato autónomo de garantía.

⁵¹ *Moción Parlamentaria*. Sesión 47. Legislatura 355^a, 10 de julio de 2007, Cuadragésimo Segundo.

⁵² *Primer Informe de la Comisión de Economía* de la Cámara, 13 de junio, 2011.

⁵³ Se discute fuertemente el carácter de fianza de esta modalidad asegurativa. Al respecto véase CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), *El seguro de caución*, Fundación Mapfre, Madrid, pp. 118 ss.

da o seguros de caución “corrientes”, como aquellos en que el legislador ha privado al asegurador del derecho a oponer excepciones, o seguros de caución “a primer requerimiento”. Por ello, nos parece que, al menos para los efectos de este estudio, una eventual querella terminológica sobre el uso de la expresión “caución” resulta un tanto ociosa y poco ajustada a la realidad práctica.

Como consecuencia de lo anterior, al menos en Chile, resulta posible, válido y ajustado a la tradición histórica utilizar las expresiones “seguro de caución” y “seguro de garantía” como conceptos sinónimos o fungibles, más allá de cualquier apelación a la accesoriedad o independencia del negocio.

4. LA ACCESORIEDAD Y LAS GARANTÍAS AUTÓNOMAS O INDEPENDIENTES: LA ABSTRACCIÓN ES Y HA SIDO HISTÓRICAMENTE SIEMPRE UNA FICCIÓN LEGAL

El problema más importante que presenta el moderno derecho de garantías es la existencia de las llamadas garantías autónomas, también denominadas garantías independientes o abstractas.

Lo corriente y, por lo demás, natural,⁵⁴ es que toda garantía esté conectada jurídica y económicamente con una obligación subyacente. Esta conexión causal es, precisamente, la que determina la natural accesoriedad de una garantía en su sentido más puro.⁵⁵

En nuestro derecho de obligaciones, la accesoriedad está descrita en el artículo 1442 del Código Civil en que se define contrato accesorio como aquel “que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal”.⁵⁶

⁵⁴ GÓMEZ-BLANES, Pablo (2009), pp. 19 califica la accesoriedad (de la fianza) como un “principio jurídico reclamado por la misma naturaleza de las cosas”; EL MISMO, p. 51 lo atribuye, y estimamos con razón, a una “elemental exigencia de lógica jurídica”.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 20 ss. explica que una cosa es que “el crédito asegurado es causa del de fianza” (en cuanto nexo de dependencia), pero que “el negocio *fideiusorio* opera con total abstracción de la causa, lo que se justifica en el principio de relatividad negocial”. En cualquier caso, este autor (p. 19) hace una muy interesante y útil distinción entre la accesoriedad “en el nacimiento”, la accesoriedad “en el contenido”, la accesoriedad “en el ejercicio”, la accesoriedad “en la extinción” y, finalmente, la accesoriedad “en la modificación”.

⁵⁶ CARVAJAL, Patricio (2023), “Comentario al artículo 1442”, en AA.VV., *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile* (Carlos AMUNÁTEGUI, Editor), Tirant lo

El propio sentido común (más allá de las querellas terminológicas) lleva a considerar que, para el caso de las garantías negociales, lo natural y obvio debe ser la accesoriedad. Resulta congruente y ajustado a la lógica económica que los garantes personales (como el fiador) respondan de “una obligación ajena” —como señala el artículo 2335 del Código Civil— y que, por esa misma razón se siga que la garantía deba siempre reconocer la existencia real de una verdadera y válida obligación subyacente. También es congruente con la realidad y la lógica que esta obligación garantizada por el negocio “accesorio” sea calificada siempre como la obligación “principal”.

La accesoriedad es una característica que aparece con nitidez en la prenda (artículo 2385 del Código Civil), en la hipoteca (artículo 2434 del Código Civil), e incluso en el contrato de anticresis (artículo 2444 del Código Civil), aunque en tales casos es corriente —aunque no forzoso— que la garantía esté encaminada a responder por obligaciones propias del mismo garante. En todos estos negocios ocurre que una vez fenecida la obligación principal, la accesoriedad conlleva el decaimiento de la obligación de garantía bajo criterios de simple lógica y consecuencia.

En el *Common Law* más tradicional, la accesoriedad de toda clase de *sureties* transita por este mismo camino. Así lo demostraba BURGE,⁵⁷ lo que fuerza entender que en esta materia no había —al menos en principio— diferencias muy marcadas entre los sistemas jurídicos imperantes en el mundo.

Pero es sabido que la lógica no explica todos los fenómenos jurídicos. En ocasiones, algunas instituciones deben ser perfiladas o incluso acomodadas por el legislador o por los usos para que puedan adaptarse a nuevas necesidades y a los inagotables requerimientos del tráfico. La práctica nos indica que, por una serie de buenas razones, el Derecho se ha encargado desde hace mucho tiempo de crear negocios “independientes” o “autónomos”, que se caracterizan porque están jurídicamente desconectados de la obligación principal o “relación de valuta”. Entre ellos deben contarse el pagaré, el cheque, la letra de cambio y, ciertamente, el seguro de caución “a primer requerimiento” descrito y regulado en general en el artículo 583 inciso final del Código de Comercio.

Blanch, Valencia, T. 1, p. 102 llega a afirmar que “el contrato accesorio presenta una ejecución jurídicamente inconcebible sin el principal”.

⁵⁷ BURGE, William (1846), p. 6, con cita a D. 50.17.158. “*From the preceding definition, and from the very nature of the obligation of the surety, there must necessarily be an obligation on the part of him for whom the surety undertakes. If there be no obligation, the surety is not bound*”.

En la generalidad de los casos, los negocios jurídicos abstractos o independientes son una especie de contrato innominado en que se ofrece una garantía que opere de forma autónoma respecto de la relación subyacente, y en que el garante se obliga “a primera demanda” a efectuar la prestación, lo que supone renunciar al derecho a oponer las excepciones que pudieran haberse originado en la mencionada relación subyacente como consecuencia de su cumplimiento, incumplimiento, nulidad, etc.⁵⁸ A esta forma de contratación que admite formas negociales diversas, se la ha llamado modernamente “contrato autónomo de garantía” (*Garantievertrag*),⁵⁹ aun cuando admite varias tipologías distintas, cada una con su nombre propio.

El asunto no es ajeno a la jurisprudencia de nuestros Tribunales superiores quienes, últimamente, por ejemplo, para negar el carácter abstracto a las facturas (a las que se les reconoce, entonces, su carácter accesorio) han fallado:

“Disto la factura de la abstracción cambiaria que le es inherente a los efectos de comercio, como son la letra de cambio, el pagaré y el cheque, cuyos títulos de crédito son incausados, por cuanto no se contiene en ellos ninguna referencia a la relación jurídica que ha servido de base a su creación o transferencia, con que esa relación jurídica no tiene ninguna influencia en el título, ni en el derecho que de él emana y, de consiguiente, esa relación no podría tampoco afectar a la validez del título, ni menos a la eficacia del derecho que se desprende del documento, nada de lo cual tiene aplicación respecto de la factura comercial ni asidero en las copias que se pretenden cobrar”.⁶⁰

Muchas otras veces, para caracterizar la independencia o autonomía del pagaré frente al mutuo que le sirve de base causal anonimizada (*causa credendi*), se ha fallado distinguiendo la relación obligacional que surge de aquel título de la que proviene de la operación de dinero propiamente dicha:

⁵⁸ TARTAGLIA, Paolo (1999), *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, Giuffrè, pp. 17 ss.

⁵⁹ El concepto (no la institución pues veremos *infra* el caso del *receptum argentarii*) aparentemente, se debería originalmente a STAMMLER, Rudolf (1886), “*Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, *passim*. Sobre esto véase NAPPI, Filippo (1992) *La garanzia autonoma*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 54 ss.; MONTICELLI, Salvatore (2003), *Garanzie autonome e tutela dell’ordinante*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 23 ss.

⁶⁰ EXCMA. CORTE SUPREMA, 4 de octubre de 2016, Ingreso N° 35.501-2015. Este mismo fallo ha sido citado por la Corte en otras oportunidades, como sucede con el Ingreso N° 59.019-2016 de 27 de abril de 2017, entre otros.

“Sin embargo, el pagaré tiene un carácter abstracto, es decir, es independiente del negocio que le dio origen. Como consta en autos, el demandado al suscribir el pagaré adquirió dos obligaciones: una emanada del contrato de mutuo de dinero, y la otra del pagaré. La cláusula de prórroga contenida en el pagaré acompañado por la demandante no rige para efectos del contrato de mutuo, precisamente por la autonomía del pagaré, la que se traduce en que éste no puede confundirse con el contrato de préstamo”.⁶¹

Los fallos son ciertamente mucho más abundantes en esta materia y permiten constatar, ya no sólo a nivel legislativo, que la diferencia entre títulos abstractos o independientes y los causados o accesorios es una idea asimilada y maciza en la jurisprudencia nacional. La cuestión, además, dista de ser un problema nuevo. Como veremos en el próximo párrafo, aunque con baches históricos importantes debidos a ideas moralizantes del legislador, el asunto se remonta a la antigüedad.

5. LA FICCIÓN COMO MEDIO DE CREACIÓN JURÍDICA: LA GARANTÍA BANCARIA ABSTRACTA EN EL DERECHO BANCARIO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES MODERNAS

Muy lejos de lo que algunos autores suelen creer,⁶² las garantías abstractas, autónomas o independientes no son una creación del derecho mercantil moderno.⁶³ Los negocios de garantía abstractos no sólo eran bastante conocidos, sino muy frecuentemente utilizados en el Derecho romano y en el Derecho griego.⁶⁴

⁶¹ EXCMA. CORTE SUPREMA, 14 de mayo de 2012, Ingreso N° 69-2011.

⁶² Por ejemplo, FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique (2014), “Las garantías bancarias en el comercio internacional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nueva Serie) XLVII, N° 139, pp. 105-108 sostiene que a pesar de que “el nacimiento de las garantías independientes se produjo varios años antes, el interés de la doctrina comenzó realmente a partir de la revolución iraní de 1979”.

⁶³ Se suele atribuir erróneamente a la doctrina alemana la creación de esta clase de negocios (*Garantievertrag*) como insiste HERNÁNDEZ MENI, Ignacio (2021), “La virtualidad de la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza de las garantías autónomas. La problemática de la calificación jurídica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, N° 4 (octubre-diciembre, 2021) Estudios, p. 129, consultada el 23 de agosto de 2022 en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

⁶⁴ RODRÍGUEZ, Ana María (2018), “La accesoriedad de las garantías en el derecho romano. ¿son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño?”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XL, Valparaíso, p. 61.

Sin perjuicio de que la historia de las garantías independientes excede con creces el marco de este estudio,⁶⁵ pensamos que, además de desmitificar el origen supuestamente moderno de esta cuestión, resulta conveniente –desde un punto de vista estrictamente práctico– detenerse en un negocio en particular que es el que permite trazar el camino para entender de manera cabal las garantías abstractas modernas y su adecuación histórico-técnica al sistema continental y al del *Common Law*. Se trata del caso de la garantía bancaria independiente o abstracta llamada *receptum argentarii*.

Aunque su origen y necesidad de formalidad se discute, este negocio de garantía bancaria fue una creación jurídica del pretor que buscaba dar, como siempre, una solución a un problema práctico que el Derecho Civil no contemplaba. Por ello, no es ninguna sorpresa –dada la abstracción que presenta–, que el *receptum argentarii* no se encontrara fundado en el antiguo y tradicional *ius civile* sino que sea una aportación del derecho pretorio.

Desde un punto de vista funcional, como afirma RODRÍGUEZ, “mediante el *receptum* el banquero *argentarius* asumía el compromiso de pagar una deuda de un cliente, y lo hacía garantizando a su acreedor el cobro efectivo, con independencia de que la deuda resultara inexistente y de que su cliente manifestara su voluntad contraria una vez asumido el pago”.⁶⁶ Se aprecia que son características esenciales de este negocio tanto la autonomía como la irrevocabilidad.

Este negocio jurídico bancario funcionaba externamente de la siguiente manera: Un cliente daba una instrucción a su banquero para que este pagara irrevocablemente y a primera demanda una determinada cantidad de dinero a un tercero nominado. Es muy importante destacar que este tercero no participaba con su voluntad de la relación de garantía, de la que sólo se constituía en acreedor.⁶⁷

Lo que inmediatamente llama la atención es que, pese a ser un negocio de garantía, en el *receptum argentarii* el banquero (*argentarius*) quedaba impedido de oponer al acreedor toda clase de excepciones, incluida la excepción de dolo o fraude (*exceptio doli*) cuando, por ejemplo, el acreedor

⁶⁵ Sobre las garantías abstractas en el Derecho de la antigüedad véase, con intenso uso de fuentes y bibliografía, el trabajo de CARVAJAL, Patricio (2005), “*Receptum argentarii* (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano”, en *Ars boni et aequi* I, pp. 127-147.

⁶⁶ RODRIGUEZ, Ana María (2018), pp. 47-69.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 128 con cita a TALAMANCA.

cobraba a sabiendas de haber ya recibido la cantidad o la cosa garantizada de manos del deudor, o cuando la relación subyacente o garantizada se encontraba extinguida por cualquier causa. El banquero tampoco podía oponer al requirente la excepción de pago ni otra que le hubiere pertenecido al deudor.

Como resulta evidente hasta el día de hoy, este sistema podía dar lugar –y de hecho daba lugar– a situaciones sumamente injustas, como aquella que modernamente llamamos *unfair call* o cobro fraudulento contra la persona o el patrimonio del garante,⁶⁸ entre otros múltiples escenarios abusivos imaginables.

Si se revisa la institución con cautela, es posible advertir que más que un negocio jurídico de garantía propiamente dicho, lo que el Pretor creó en virtud de su potestad eminentemente procesal fue, lisa y llanamente, una prohibición de oponer excepciones al cobro.

La consecuencia sustantiva de esta prohibición pretoria fue que el banquero debía pagar la obligación recepticia a propio nombre (*proprio nomine*), autónoma o independientemente de la obligación garantizada. Vale decir, el banquero debía pagar la obligación de garantía con total desconexión de la obligación subyacente, lo que sólo puede explicarse si se constata una alteración consciente pero lícita de las reglas normales de accesoriedad.

Las semejanzas del *receptum argentarii* con las garantías independientes o abstractas modernas y con los problemas jurídicos que ellas aparejan son ostensibles. No es difícil verificar que la abstracción o independencia de esta obligación de garantía comporta una alteración de las reglas de la lógica que son propias de la naturaleza de las cosas, pues lo normal es que las garantías sean accesorias.⁶⁹ Desde el punto de vista del Derecho pretorio, la prohibición adjetiva de oponer excepciones al cobro acarrea el desarrollo de un negocio sustantivo nuevo. Este negocio que se caracteriza porque en él las partes fingen que, para efectos del pago, la obligación subyacente o garantizada no produce efectos jurídicos de ninguna clase que puedan ser oponibles al banquero ni al acreedor.

⁶⁸ CARVAJAL, Patricio (2005), pp. 130 ss.

⁶⁹ Ya hemos visto más arriba que la lógica y la naturaleza de las cosas son citadas, a nuestro juicio, muy adecuadamente para explicar la accesoriedad por GÓMEZ-BLANES, Pablo (2009), pp. 19 y 51.

6. LA FICCIÓN COMO FUNDAMENTO DE LAS GARANTÍAS AUTÓNOMAS, INDEPENDENTES O ABSTRACTAS: LA “UTILIDAD” COMO MEDIDA DE LA ABSTRACCIÓN

Como en su momento enseñaba ROSS frente a lo que calificaba como una falta de definición en la literatura jurídica, una ficción “es una asunción no verdadera”⁷⁰ que sirve “en la medida que ayudan a superar cierta resistencia a desarrollos legales necesarios”.⁷¹

Para explicar este fenómeno, KELSEN señalaba que “estamos en presencia de una ficción cuando el conocimiento jurídico (...) hace un rodeo a través del cual entra conscientemente en contradicción con su objeto, aunque sólo lo hace con el fin de captarlo mejor”.⁷² Exponía, mucho antes, HENRY MAINE, acaso parodiando a BENTHAM, que las ficciones aparecen en presencia de ciertas reglas jurídicas pétreas, como “un expediente invaluable para sobreponerse a la rigidez del Derecho”.⁷³ Con esa misma razón, en Chile, DOMÍNGUEZ ÁGUILA ha sostenido que mediante este mecanismo “se desconoce a propósito la realidad, para crear soluciones, fórmulas generales y construcciones”.⁷⁴

En el Derecho histórico y moderno, una ficción puede y suele provenir de un Pretor, del legislador, e incluso de la simple potestad reglamentaria. En nuestro sistema normativo también existen ficciones que provienen de la regulación sectorial, como ocurre en Chile con la boleta bancaria en cuanto garantía independiente. Pero además de las ficciones emanadas de órganos que ejercen algún grado de potestad, es común que las partes regulen sus propias relaciones contractuales mediante cláusulas que comportan algún

⁷⁰ Ross, Alf (2006), “Ficciones jurídicas”, en *Ficciones jurídicas. Kelsen, Fuller, Ross* (Mendonça y Schmill, Compiladores), México, Ed. Fontamara, p. 111. El original es Ross, Alf (1969), “Legal Fictions”, en *Law, Reason and Justice* (Hughes Graham), NYU Press.

⁷¹ *Ibid.*, p. 108. Para las “ficciones jurídicas creativas”, en general, véase el análisis de Ross, Alf (2006), pp. 110 ss.

⁷² KELSEN, Hans (2006), en *Ficciones jurídicas. Kelsen, Fuller, Ross cit.*, p. 27.

⁷³ MAINE, Sir Henry (1861), *Ancient Law*, London, J.M. Dent & Sons, p. 16.

⁷⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1981), “Consideraciones en torno a los negocios jurídicos con causa abstracta”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 170, p. 93. Para este autor, sin embargo, las ficciones sólo pueden tener efectos para las partes (*Ibid.*, p. 105), lo que, si bien resulta una afirmación interesante, no puede afirmarse tan tajantemente, por ejemplo, de las ficciones impuestas por el legislador.

grado de abstracción, como cuando renuncian a su natural derecho a interponer excepciones o a interponer recursos, entre otros casos imaginables.

Las garantías independientes nacen a la vida jurídica precisamente en virtud de una ficción. Esta ficción permite desconectarlas de la relación de valuta u obligación garantizada a la que deben acceder bajo condiciones normales. Así, aun cuando todo espectador informado sabe que una garantía se ha prestado para la seguridad de tal o cual obligación, la ficción de independencia obliga a las partes y al juez a abstraerse de esa realidad y a considerar que la caución tiene una vida independiente.

Como toda ficción, la independencia de una garantía reconoce distintos niveles que se determinan por el mismo legislador o por las partes que contribuyen a su establecimiento, o por medio de las modalidades que puedan formar parte de las exigencias que impone el mismo legislador o la voluntad de los contratantes. Como consecuencia, en la práctica existen garantías más autónomas (o más independientes) que otras con respecto a relación de valuta, lo que se manifiesta, en palabras de GAROFALO y VIARO, en que la posibilidad de oponer excepciones a su cobro se encuentre “acentuadamente atenuada” o bien derechamente “removida”.⁷⁵

Si se revisan los autores que han tratado de esta materia, resulta simple verificar que el presupuesto del establecimiento de una ficción de esta clase es la necesidad de buscar una “utilidad”.⁷⁶ Esto puede detectarse en el caso de la instauración legislativa de las garantías abstractas o independientes, cuyo establecimiento no es casual ni responde a una mera liberalidad a favor del acreedor, sino que se fundamenta en criterios mercantiles conocidos como la expedición del cobro, la necesidad de protección a determinados acreedores, la mantención de la regla *solve et repete* como fundamento del tráfico, etc.

Pero ni el “rodeo” que supone recurrir a una ficción ni cualquier causa de “utilidad” de aquellas descritas por FULLER (y mucho antes que él, por los romanos) logran desprender de su causa a los negocios de garantía, por

⁷⁵ GAROFALO, Luigi y VIARO, Silvia (2011), “Sull’eccezione di dolo generale”, en *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, Jovene, p. 30.

⁷⁶ Sobre la ficción con especial acento en la “utilidad” véase FULLER, Lon (2006), “¿Qué es una ficción jurídica?”, en *Ficciones jurídicas* cit., p. 65. El título original es FULLER, Lon (1967), “What is a legal fiction?”, en *Legal Fictions*, Stanford Univ. Press. “... una ficción es (1) un enunciado formulado con conocimiento total o parcial de su falsedad o (2) un enunciado falso del que se reconoce su utilidad”.

muy abstractos que se finjan ni siquiera si legislador los describe como estrictamente independientes. Si bien tanto el “rodeo” como la “utilidad” determinan que el contrato subyacente deba tornarse en irrelevante frente al cobro (lo que supone “anonimizar” su causa, prescindir de ella o descartarla *ex profeso*⁷⁷), cualquiera puede constatar que la garantía no habita en el vacío y que toda independencia respecto de la obligación garantizada sólo obedece a una ficción.

De esta manera, no es que el negocio de garantía autónomo o independiente carezca de una causa (el negocio subyacente),⁷⁸ sino que la ficción —que deberá ser respetada por el juez, aunque le parezca injusta— apareja que esta causa o relación de valuta sea irrelevante para efectos del pago.⁷⁹

Lo anterior tiene una consecuencia sustantiva adicional: la independencia de la garantía permite considerar que la obligación del garante es a nombre propio.⁸⁰ Consecuentemente, el efecto natural de esta clase de contratación en sus modalidades más extremas es que el garante no puede oponer ni siquiera la excepción de dolo o fraude (*exceptio doli*) al acreedor que requiere injustamente el pago.

En la modernidad las garantías independientes son muy corrientes y permiten satisfacer los requerimientos de “utilidad” que exige el comer-

⁷⁷ GÓMEZ-BLANES, Pablo (2009), p. 20 apunta, con razón, este fenómeno jurídico supone “abstraerse de la relación de valor o valuta”.

⁷⁸ HENRÍQUEZ HERRERA, Ian (2005), “La abstracción y literalidad de títulos de crédito en garantía”, en *Revista Chilena de Derecho* 32 N° 1, p. 189: “Para el desarrollo del primer punto en cuestión, es necesario precisar que la acausalidad de los títulos de crédito no significa que estos carezcan de causa. Ello sería imposible desde el punto de vista filosófico, lógico y jurídico. La acausalidad tan solo dice relación con la desvinculación jurídica del título con el negocio causal. En consecuencia, los vicios que pudieren afectar al negocio causal, no afectan al título”.

⁷⁹ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (1971), *The suretyship in the law of the Member States of the European Communities*, Approximation of Legislation Series N° 14, p. 35: “But if performance is severed to a greater or lesser degree from the debtor’s obligation and if it was promised to the creditor independently, the link with the secured claim must necessarily be slackened and may even be relegated completely to the background”.

⁸⁰ Como afirmara VIVANTE, Césare (1896), *Tratatto di Diritto Commerciale*, Vol. II, Parte II, *Le Merci e i Titoli di Credito*, Torino, Fratelli Bocca Ed., p. 80: “Ciertamente que existe una causa ética y económica para la emisión del título, porque nadie se obliga sin motivo; pero esta causa queda fuera de la obligación de garantía, no penetra su estructura: es eliminada. Este desprendimiento de la obligación respecto de su causa protege al acreedor contra las excepciones usualmente complicadas y desconocidas que pudieran derivar de la causa del crédito y, en consecuencia, lo torna líquido y mucho más fácil de valorarse y circular” (traducción libre).

cio, particularmente el intercambio internacional de bienes y servicios. La cuestión ha sido tratada en instrumentos con vocación de validez universal como muestra el artículo 3º de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes*⁸¹ que dispone, para estos efectos:

“... una promesa⁸² será independiente cuando la obligación del garante/emisor frente al beneficiario:

- a) No dependa de la existencia o validez de una operación subyacente, ni de ninguna otra promesa (inclusive la carta de crédito contingente o la garantía independiente a la que se refiera una confirmación o una contragarantía), o;
- b) No esté sujeta a ninguna cláusula que no aparezca en la promesa ni a ningún acto o hecho futuro e incierto, salvo la presentación de documentos u otro acto o hecho análogo comprendido en el giro de los negocios del garante/emisor”.

En lo propiamente doméstico, existen en Chile numerosas garantías autónomas o independientes, algunas de las cuales revisaremos más adelante con el fin de poder ingresar coherentemente al estudio de los seguros de caución y, muy particularmente, al seguro de caución “a primer requerimiento” que nuestro legislador trata en general en el artículo 583 inciso final del Código de Comercio incorporado al ordenamiento jurídico por medio de la Ley Nº 20.667.

7. ABSTRACCIÓN Y FRAUDE. INTRODUCCIÓN A LA *EXCEPTIO DOLI*

La expresión latina *fraus omnia corrumpit* significa, en términos muy simples, que el fraude todo lo vicia. Se trata de un adagio jurídico bastante conocido y no es osado afirmar que hoy goza del carácter de *regula iuris*.

⁸¹ Aprobada por la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS el 11 de diciembre de 1995 y entrada en vigor el 1º de enero de 2000. A la fecha ha sido suscrita por ocho Estados, entre los cuales se encuentran los Estados Unidos de América.

⁸² El uso de la expresión “promesa” en este instrumento internacional no debe entenderse en el sentido que en el país se le da a este contrato en el artículo 1554 de Código Civil, sino en el sentido de que el garante “se compromete u obliga” como, por lo demás, ocurría en la antigua estipulación romana y en otras promesas no estipulatorias. Acaso es el sentido que LORD DENNING les da a ciertas garantías abstractas (*performance bonds*) al llamarlas “*promissory notes*” en el célebre caso *Ewan Owen Engineering v Barclays Bank International Ltd.* En cualquier caso, autores como GUILLOUARD, LOUIS-VINCENT (1845), p. 32 entienden que la promesa de caución aceptada equivale a verdadera caución lo que torna este debate en estéril.

Esta regla funciona como un argumento de valor general para sancionar y/o castigar el dolo o fraude prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos.⁸³

En nuestro medio, el inciso final del artículo 44 del Código Civil define dolo como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. La elasticidad del concepto permite ubicarlo como elemento de la responsabilidad civil contractual a propósito del artículo 1558 del Código Civil, pero también como factor de imputación de la responsabilidad extracontractual. Asimismo, el dolo es uno de los supuestos fácticos de la voluntad negocial viciada que deriva en la nulidad relativa del acto o contrato (artículos 1458, 1459, 1558, 2316, 2317 inciso 2º del Código Civil, entre otros). Finalmente, en materia de obligaciones, el artículo 1465 del Código Civil prohíbe a las partes de un contrato condonar el dolo futuro.⁸⁴

Más allá de sus múltiples apariciones en el ámbito del Derecho (y no sólo en el Derecho Civil), todo dolo supone –como señalaba hace mucho tiempo el jurista LABEÓN– una maquinación destinada a engañar o defraudar a otro.⁸⁵ En el Derecho romano clásico, el dolo (*scientia dolo malo*) podía dar lugar a una restitución *in integrum*⁸⁶ que decretaba el pretor a favor del perjudicado. El resultado de esa declaración es que se mandaba, básicamente, volver las cosas al estado anterior al del momento de la comisión del fraude. Esta facultad, “más de pura fuerza que de jurisdicción” (*magis imperii quam iurisdictionis*), se mantuvo como remedio pretorio

⁸³ Sobre este principio (acaso inconvenientemente asociado a D. 49.14.45pr.), véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1991), “*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 189, pp. 11 ss. “... es de toda evidencia que la moral –tanto cristiana o laica– cuanto el Derecho Positivo, repugnan el fraude de modo de que existe coincidencia entre ellos ya sea porque la norma positiva recoge la norma moral y la hace suya, sea porque el Derecho Positivo exige de sí, se requiere de una sanción del acto fraudulento” con contexto histórico particularmente en CUYACIO.

⁸⁴ Sobre este artículo en profundidad, ELORRIAGA, Fabián (2009), “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, pp. 136 ss.

⁸⁵ D. 4.3.1.2 Ulp. *ad Ed.* “... itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est” (“...y por eso lo definió él así: Dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro. Y la definición de Labeón es verdadera”). Un comentario general de esta definición en ZIMMERMANN, Reinhard (1996), pp. 665 ss.

⁸⁶ Contra D’ORS, Álvaro (1991), p. 418.

único hasta la creación de una acción especial y residual en una fecha desconocida, pero muy seguramente del siglo I antes de Cristo llamada *actio de dolo*.⁸⁷ Mediante esta acción, el afectado pudo someter el asunto a un juicio en contra del que maquinó el fraude y contra quien hubiera obtenido un provecho de éste.

Pero desde muchos años antes de que fuera creada la *actio de dolo*, este vicio daba lugar a una excepción general establecida en el Edicto Pretorio a favor del afectado (*exceptio doli* o, en su caso, una *replicatio doli*). Esta excepción era ofrecida en carácter de general o residual, a falta de otra excepción típica que sancionara o permitiera defenderse de cualquier conducta lesiva y fraudulenta.⁸⁸ Lo normal es que la excepción se concediera como medio de defensa para el demandado que acusaba un fraude, pero bien podía denegarse, aunque el dolo fuera patente o “líquido”, como cuando se pretendía oponer frente a cobros fraudulentos en un *receptum argentarii*, precisamente por el carácter absolutamente independiente o autónomo de esa clase de garantía.

Hoy en día ocurre algo similar. En general, las personas tienen derecho a oponer toda clase de excepciones y, entre ellas, a alegar dolo si el que cobra lo hace a sabiendas que la obligación caucionada fue pagada o dejó de existir.

Pero al igual que en el derecho antiguo, el legislador también determina que, en ciertas circunstancias excepcionales, el pagador –un banco o un asegurador– no puede oponer ninguna clase de excepción al acreedor, o bien que la oposición de excepciones no puede impedir o condicionar el pago. Es precisamente el caso de las garantías abstractas completamente autónomas o independientes. Ahora bien, lo anterior no obsta a que en algunas garantías independientes modernas se permita construir una especie de *exceptio doli*, pero como medida excepcional y de urgencia, siempre que la prueba del dolo se desprenda de hechos notorios, evidentes o “líquidos”.⁸⁹

En los casos de garantías totalmente autónomas, vale decir, aquellas que no admiten ninguna clase de excepciones al cobro ni requieren ciertos

⁸⁷ GAROFALO, Luigi y VIARO, Silvia (2011), pp. 8 ss.

⁸⁸ MILONE, Filippo (1970), *La exceptio doli (generalis)*, Roma, L’Erma di Bretschneider, *passim*.

⁸⁹ En general véase el artículo 19 de la *Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Stand-By* que dispone una especie de excepción de dolo “líquido” documentado, pero para casos muy calificados.

actos del titular del crédito para proceder a su cobro⁹⁰, existe un incentivo perverso para que el beneficiario pueda obtener dinero fácil, rápido, “a primer requerimiento” e incluso a la vista, aun cuando esté perfectamente consciente (*scientia dolo malo*) de que la obligación subyacente está cumplida, ha dejado de existir o ha dejado de ser exigible por cualquier motivo.⁹¹

Podría decirse que cuando el legislador impide al garante la posibilidad de oponer la excepción de dolo, limita el ejercicio de un derecho inherente, casi natural de un deudor que es el derecho a la defensa. En un sentido grueso, una prohibición de esta naturaleza parecería oponerse a la prohibición legal de condonar el dolo futuro.⁹² Ahora bien, un análisis más profundo da cuenta que la renuncia a oponer excepciones (incluida la excepción de dolo) sólo opera para efectos del pago y no subsiste después, por lo que es perfectamente posible que el pagador recupere lo dado a un acreedor que actúa dolosamente mediante la interposición de toda clase de acciones de recobro, incluso penales, en contra del que cobró *scientia dolo malo*.

El problema, sin embargo, dice relación con la posición en que se encuentra el garante al momento del cobro de una garantía independiente. En efecto, no es posible que el garante paralice unilateralmente el pago en las garantías abstractas más intensas como es el caso de la boleta ban-

⁹⁰ Podrían calificar como ejemplos de casos en que el legislador exige al acreedor una serie de actos anteriores a requerir el cobro las garantías establecidas en los artículos 13 y 16 de la Ley N° 20.720, en el artículo 183 letra “J” del Código del Trabajo, en el artículo 30 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, entre otros.

⁹¹ La identifica ESTRADA ALONSO, Eduardo (2000), *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Madrid, Civitas, p. 238 como aquella que busca (en el negocio abstracto moderno que pretende construir sobre el antiguo negocio de garantía llamado *constitutum*) “detener pretensiones abusivas del acreedor; cuando su ánimo no sea otro que el de perjudicar al asuntor”. Sobre esto, en extenso, LAMBRINI, Paola (2010), “Contratto autónomo di garanzia en *exceptio doli generalis*”, en EAD, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, pp. 8 ss., en donde afirma que esta excepción es más bien un instrumento de autotutela del ordenamiento jurídico, indispensable, especialmente cuando se utilizan negocios abstractos. Para la *exceptio doli* como instrumento que busca evitar resultados inicuos, GAROFALO, Luigi y VIARO, Silvia (2011), p. 13.

⁹² El artículo 1465 parte final del Código Civil es enfático en disponer que la condonación del dolo futuro no vale. Pero los títulos abstractos o independientes parecen hacer excepción parcial a esta norma, pues se priva al pagador de la excepción de dolo. En todo caso la excepción no es absoluta pues, como veremos en detalle, existen otros mecanismos de tutela para perseguir el fraude.

caría de garantía o del seguro de caución “a primer requerimiento” del inciso final del artículo 583 del Código de Comercio y otros que presenta en ordenamiento adoptando la cómoda posición de demandado en la acción de cumplimiento. En estos casos, y más allá de que queden abiertas otras vías que permitan evitar o retrotraer el enriquecimiento injusto, no es viable que el deudor de la garantía se niegue unilateralmente a cumplir la obligación. La paralización del pago sólo puede tener lugar de manera excepcionalísima, en los casos en que precede una declaración judicial provisional obtenida en virtud de la tutela de emergencia o de la jurisdicción cautelar a instancias de quien tenga interés en que la garantía no se pague alegando dolo manifiesto o “líquido”.

Es importante recordar que las excepciones (y la de dolo más que ninguna) “fueron creadas para que pudieran defenderse los demandados, pues a menudo sucede que alguien está vinculado por el Derecho Civil, y sin embargo resulta inicuo condenarle”.⁹³ Por otra parte, sabemos que las garantías abstractas más extremas tienen vida independiente, jurídicamente desconectada de la obligación garantizada, subyacente o de valuta, lo que se manifiesta en la práctica en la privación del derecho del garante de oponer excepciones, aun cuando esto parezca inicuo, por ejemplo, cuando al garante se le exige pagar pese a que es evidente que ha caducado la obligación caucionada.

El asunto no es nuevo y hace mucho tiempo el jurista GAYO enseñaba que “si yo estipulé de ti un dinero que te he de prestar y luego no te lo entrego, es cierto que ese dinero me lo debes por causa de la estipulación, pero como es inicuo que seas condenado por ello, se te concede una excepción de dolo”.⁹⁴

En el ejemplo del párrafo anterior, la obligación existe *iure civili* porque se funda ineludiblemente en una fuente de obligación que es la promesa estipulatoria. Pero si no se entregó el dinero al promitente, resulta notoriamente injusto condenarlo a pagar porque el comportamiento del acreedor es fraudulento, pues sin que preceda la entrega mal pueden generarse los efectos restitutorios de un préstamo. En el ejemplo de GAYO, la promesa estipulatoria se vincula excepcionalmente con su causa para evitar el fraude y el enriquecimiento injusto, razón por la que se concede una *exceptio doli*.

⁹³ GAI. 4.116.

⁹⁴ GAI 4.116a.

Se trata de un ejemplo de un grado de abstracción o independencia que no es absoluto, sino que excepcionalmente atenuado.⁹⁵

Pero la independencia puede ser más estricta. Así, a diferencia del mecanismo excepcional descrito anteriormente, en otros negocios como el *receptum argentarii* el pretor deniega al banquero la *exceptio doli*, aunque a todos los interesados les conste que la obligación subyacente ya no existe o fue pagada. El banquero ciertamente no quedaba impedido de recuperar lo dado por otras vías (*solve et repete*) o por medio de una *restitutio in integrum ob dolum* e incluso mediante la *actio de dolo*, pues la independencia de la garantía no subsiste después del pago, momento en que todo vuelve a la normalidad.

El problema de la abstracción absoluta es una de las causas más importantes para que en ciertos momentos históricos relevantes, como el de la recopilación del *Corpus Iuris* en el siglo VI, se haya repugnado de las garantías independientes tan intensas como el *receptum argentarii*. La cuestión ha sido mostrada entre nosotros por CARVAJAL, quien ha explicado cómo el Emperador JUSTINIANO, en su “lucha contra los negocios abstractos”, repudió “por injusto y absurdo los extremos a que se puede llegar mediante el empleo del *receptum* con fines fraudulentos en el cobro de deudas inexistentes”.⁹⁶ El relato da cuenta de una conducta dolosa que se había hecho frecuente, acaso generada por el incentivo de cobrar a un deudor solvente que no puede oponer excepciones aunque sepa a ciencia cierta que no debía nada.

Pero el asunto es que las garantías abstractas no buscan servir a los intereses de la justicia material, sino que el legislador, por razones de las más variadas índoles, resuelve privar al deudor del derecho a oponer excepciones (incluida la de dolo) con plena conciencia de que ello puede producir resultados injustos. Puede constatarse entonces que el sistema de las garantías independientes más intensas ha sido diseñado para que sean toleradas —aunque sólo para efectos de su pago— ciertas inequidades de forma plenamente consciente.⁹⁷

⁹⁵ Sobre la “remoción” o “atenuación” del vínculo de accesoriadad, GAROFALO, Luigi (2011), p. 30.

⁹⁶ CARVAJAL, Patricio (2005), p. 131.

⁹⁷ Contra RÍOS, Roberto (2022), “El seguro de garantía a primer requerimiento y la *exceptio doli*”, en *XII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (BERNET y MANTEROLA. Eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, p. 305 “... estimamos que en aquellos casos en los que existe un cobro

Se hace necesario averiguar cuáles son los efectos que produce el dolo del acreedor que somete la garantía a cobro *scientia dolo malo*, como ocurre cuando el beneficiario de una póliza de seguro de caución “a primer requerimiento” la ejecuta, a pesar de que sabe perfectamente que las obligaciones descritas como riesgo asegurado no han sido incumplidas, no valen o cuando le consta que la obligación se encuentra extinguida. En todos esos casos, el asegurado actúa fraudulentamente y su actitud se opone a la buena fe que para la ejecución de los contratos ordena el artículo 1546 del Código Civil.⁹⁸ Adicionalmente, podría argumentarse que este asegurado incurre en la situación descrita en el artículo 535 del Código de Comercio que libera al asegurador del pago en caso de dolo o culpa grave, aun cuando el asunto no es tan claro ni mecánico, precisamente por la naturaleza excepcional de esta clase de aseguramiento.

Esta situación no es tan extraña a la práctica por lo que resulta natural preguntarse si frente al cobro indebido o *unfair call* de una garantía abstracta el Derecho debe preferir la ficción que conlleva todo título absolutamente independiente o si, en cambio, es posible que el garante requerido pueda oponer al asegurado requirente una *exceptio doli* fundada en el artículo 535 del Código de Comercio.⁹⁹ La discusión es de la máxima importancia y actualidad, y ya desde hace años ha tenido un importante desarrollo en el comercio internacional, como se refleja en la nota explicativa de la *Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes* (parágrafo 45^o).¹⁰⁰

“Fraudulent or abusive demands for payment” “45. A main purpose of the Convention is to establish greater uniformity internationally in the manner in

manifiestamente abusivo, de mala fe o fraudulento, la autonomía o independencia se desvanece y prevalece la intolerancia del derecho frente al fraude”.

⁹⁸ Sobre el “principio de buena fe” (más allá de su delimitación a las partes de un contrato) BARRIENTOS, Marcelo (2023), “Comentario al artículo 1545”, en AA.VV. *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile*, T. I, cit., p. 237. Para una vinculación entre el principio de buena fe, la prohibición de ir contra los actos propios y la *exceptio doli*, MERUZZI, Giovanni (2005), *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, Cedam, pp. 442-464.

⁹⁹ El asunto no es nada de nuevo. Véase el comentario a la sentencia de Tribunal de Milán de 25 febrero de 2008 por FORLANI, Federica (2010), “In tema di escussione abusiva di garanzia bancaria autónoma: tra ‘*exceptio doli*’ ed opponibilità dei limiti oggettivi della dichiarazione di garanzia”, en *Banca borsa e titoli di crédito* II, pp. 375 ss.

¹⁰⁰ *Explanatory note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*, N° 45.

which guarantor/issuers and courts respond to allegations of fraud or abuse in demands for payment under independent guarantees and stand-by letters of credit. That has been a particularly troublesome and disruptive area in practice because allegations of fraud have a tendency to arise when there is a dispute as to the performance of an underlying contractual obligation. That difficulty and the resulting uncertainty have been compounded further because of the divergent notions and ways with which such allegations have been treated both by guarantor/issuers and by courts approached for provisional measures to block payment”.

En este instrumento internacional se reconocen situaciones graves que pueden ser calificadas como fraudulentas, y que se describen como “internacionalmente acordadas”. Estas, se ha afirmado, denotan la existencia de casos definidos como de “abuso del derecho”. En el marco de esta Convención, si estas situaciones se presentan de manera “clara y manifiesta” (“*If it is manifest and clear that...*”) se faculta al garante nada menos que a retener el pago (artículo 19.1, letra c y parágrafo 46^o) y a obtener medidas provisionales (artículos 19.3 y 20), lo que equivale a decir que la *exceptio doli* procede como una defensa de *ultima ratio* o excepcionalísima en el comercio internacional. Entre estas situaciones se incluye el caso en que se cobra la garantía en circunstancias que la obligación subyacente fue plena y perfectamente cumplida, el cual es un caso típico de *unfair calling*.

No cabe duda de que en el caso de las garantías del comercio internacional (aunque también en otras latitudes), se acepta la excepción de dolo cuando el abuso es “claro y manifiesto”, “líquido”, o derivado de una “prueba líquida”,¹⁰¹ lo que se ha justificado en la necesidad de no alterar la independencia del contrato.¹⁰² Pero la alegación (y la liberación) no es tan simple pues para que proceda la *exceptio doli*, la “prueba líquida”, “*liquide Beweisbar*” o “prueba pronta” del fraude sólo puede ser documental,¹⁰³ jamás testifical, confesional ni pericial de parte. Según afirman algunos autores,

¹⁰¹ Véase MONTICELLI, Salvatore (2003), p. 72; NATOLI, Roberto (2012), “Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia è della polizza fideiussoria”, en *Giureta. Rivista di Diritto dell’Economia dei Trasporti e dell’Ambiente* X, p. 4.

¹⁰² Sobre los alcances y la posibilidad de interponer la *exceptio doli* en las garantías abstractas SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo y QUICAÑO RODRÍGUEZ, Javier (2011), “Las excepciones del garante frente al beneficiario en la garantía autónoma del derecho español”, en *Revista Análisis Internacional* N° 3, pp. 271 ss.

¹⁰³ Recogen esta doctrina una enormidad de fallos italianos (más de 50) citados por MERUZZI, Giovanni (2005), p. 469, nota 114.

además, debe poder equipararse al “hecho público y notorio”. Entre estas probanzas califican los certificados de terminación de los trabajos encomendados, una sentencia que declare la nulidad del contrato base, entre otros ejemplos similares.

Dicho lo anterior, no parece posible extrapolar sin más la regulación internacional a nuestra realidad. El problema es complejo y presupone despejar algunas dudas fundamentales, comenzando por averiguar si la excepción de dolo general tiene siquiera cabida en el ordenamiento jurídico vigente en Chile y, si ello fuera así, saber cuáles son las diversas formas en que debe o puede oponerse y cuándo. El primer problema que se divisa es la denominación de este mecanismo de combate al fraude como una “excepción”, cuestión que acarrea bastantes problemas.

En general, una excepción de dolo es un mecanismo que ha sido caracterizado como aquel que “permite paralizar una pretensión fundada legítimamente en una disposición normativa, precisamente por su oposición en las circunstancias de su ejercicio concreto, a instancias de justicia sustancial”.¹⁰⁴ Como ha mostrado entre nosotros LAZO –quien condujo en Chile un completo estudio histórico crítico sobre esta materia–, realmente no se conoce con certeza la formulación histórica de la *exceptio doli*.¹⁰⁵ Pero sí resulta evidente que se trataba originalmente de un mecanismo procesal. En tal sentido, se trataba de una defensa para ser usada en juicio con fines generales, desde mucho antes de la creación de la *actio de dolo*, y tenía por objeto (y lo sigue teniendo) evitar ser condenado a una prestación injusta o que hubiese sido obtenida mediante fraude.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Es la definición de excepción de dolo (trad. libre) provista por SEMEGHINI, Danilo (2010), *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, Giuffrè, p. 40.

¹⁰⁵ LAZO, Patricio (2019), “Doctrina *puerorum* y *exceptio doli*. Una discusión sobre estrategias interpretativas”, en *REHJ* 41 Valparaíso, p. 52 “Acerca de la redacción original de la *exceptio doli* las fuentes no nos proporcionan datos, de modo que cualquier conjetura al respecto carecería de una base de apoyo suficiente”. Para la conexión del supuesto desaparecimiento de la *exceptio doli* con el decaimiento de la estipulación y su subsunción histórica en el requerimiento de la buena fe contractual, véase ZIMMERMANN, Reinhard (1996), p. 674.

¹⁰⁶ AEDO, Cristian (2019), “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 33, p. 84 N° 35 “la *exceptio doli* se traducía en una excepción de carácter general, que favorecía al demandado frente a cualquier acción contraria a la buena fe, aunque no sea engañosa. Se entiende, según D. 17,2,3,3, que la buena fe es contraria al fraude y al dolo”.

Con referencias a la doctrina y jurisprudencia europea, así como al origen histórico de esta excepción al que hacía referencia LAZO, también entre nosotros AEDO ha concluido que es posible “construir” una excepción de dolo en el ordenamiento jurídico chileno “en la medida que el deudor puede, bien paralizar la pretensión del acreedor, bien someterla a control jurisdiccional, cuando su ejercicio es contrario a la buena fe”.¹⁰⁷ En concepto de este autor, la *exceptio doli* además de someter el pago al control jurisdiccional de un juez, incluye la paralización unilateral del pago a quien se presenta a cobrarlo fraudulentamente, sin necesidad de una declaración judicial previa. Resulta evidente que este concepto de excepción de dolo es bastante más amplio, ya que supera con creces el puro ámbito de la defensa de un demandado en juicio.

Como primera cuestión, y pese a la problemática terminológica, nos parece que efectivamente es posible “construir” formas de la excepción de dolo en el ordenamiento jurídico nacional, sea que se entienda como un mecanismo procesal o como un derecho del deudor a paralizar el pago. Y a nuestro juicio, también califica especialmente como una forma de excepción de dolo la posibilidad de solicitar y obtener tutela judicial de emergencia.

En algunos casos, ni siquiera se requiere construir la excepción de dolo, pues el legislador la ha concedido de forma expresa como ocurre en el caso del artículo 535 del Código de Comercio que dispone:

“El asegurador no está obligado a indemnizar el siniestro que se origine por dolo o culpa grave del asegurado o del tomador en su caso, salvo pacto en contrario para los casos de culpa grave”.

Esta norma, que es propia del contrato de seguros, autoriza a una compañía aseguradora a no pagar un siniestro, lo que obviamente también incluye la posibilidad de oponer la excepción de dolo frente a una eventual acción judicial de cumplimiento de contrato. Naturalmente, el asegurador deberá probar los supuestos del dolo o fraude del asegurado según las reglas generales. Algo similar ocurre en el caso del artículo 598 del Código de Comercio, en cuanto dispone que el “siniestro causado dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar”¹⁰⁸ lo que,

¹⁰⁷ AEDO, Cristian (2019), p. 84 y, p. 89 *passim*.

¹⁰⁸ En los dos casos descritos, la excepción de dolo puede ser opuesta contra un tercero de la relación contractual. El citado artículo 535 del Código de Comercio permite interponerla contra el asegurado y no sólo contra el tomador, y ya sabemos que el asegurado podría no ser

frente a prueba “líquida”, simplemente supone rechazar unilateralmente el pago del siniestro, más allá de si hay o no un juicio de cumplimiento.

Es posible observar que, si bien no existe una excepción general y perfectamente típica de dolo a la manera en que la ofrecía el Edicto Pretorio en la antigüedad (*exceptio doli generalis*),¹⁰⁹ el legislador la ofrece incluso en ocasiones como un derecho del deudor requerido a paralizar un pago fundado en una prueba que se pueda considerar suficientemente “líquida”, sin perjuicio del derecho a oponer la excepción judicialmente. Si el legislador no la ofrece, es posible construirla como excepción perentoria¹¹⁰ con la finalidad de hacer decaer una pretensión injusta o repugnante a la equidad natural.¹¹¹

Hasta ahí lo general.

Pero el problema surge cuando el legislador decide libre y conscientemente apartarse de la regla general e impide al deudor garante oponer excepciones para condicionar o diferir el pago a todo evento. En este caso no es posible oponerla en juicio, pero tampoco paralizar los efectos del pago de manera unilateral pues esos derechos han quedado impedidos. Así, aunque la excepción de dolo exista o pueda construirse en Chile frente al fraude o al enriquecimiento ilícito en términos generales, no parece posible invocarla en esos términos para enervar la pretensión contenida en el cumplimiento de ciertas garantías independientes extremadamente intensas como el seguro de caución “a primer requerimiento” o la boleta bancaria de garantía. Pero eso no significa que no existan otras formas de impedir o retrotraer el enriquecimiento injustificado.

Es importante resaltar que lo que el legislador ha prohibido es la oposición de excepciones. Pero esto no incluye prohibir que el garante que ha sido requerido de pago solicite tutela de emergencia o cautelar. En Italia, de

parte de la relación contractual. Mucho más claro es el caso del artículo 598, en que es posible interponer la excepción contra el beneficiario de un seguro de fallecimiento –que siempre es un tercero– quien, por ejemplo, ha cometido homicidio en contra del asegurado.

¹⁰⁹ SEMEGHINI, Danilo (2010), p. 41 nota 69 provee un elenco de legislaciones en donde se contemplaría expresamente la excepción de dolo general, e incluye (probablemente pensando en el artículo 4:107) a los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* (LANDO) y los de UNIDROIT. El problema surge porque el beneficiario no es parte del contrato y estos ordenamientos citados por SEMEGHINI se refieren, como el chileno, a la nulidad y no a la excepción de dolo general.

¹¹⁰ D. 44. 1.3. Gai. 1 *ad Ed.*

¹¹¹ MILONE, Filippo (1970), p. 62.

hecho, se ha logrado construir una especie de defensa contra el dolo en el cobro de garantía independientes sobre la base de la tutela de emergencia del artículo 700 del Código de Procedimiento Civil italiano, como muestran numerosas sentencias e importantes opiniones doctrinales.¹¹² No sólo fallos de instancia, sino que también de casación se han referido a este problema en ese país¹¹³. Una discusión similar ha tenido lugar en España a propósito de las garantías bancarias independientes.¹¹⁴

En Francia, la tutela inhibitoria decretada por un juez (el Presidente del Tribunal) toma el nombre de *référé* y se define como una medida judicial de urgencia para prevenir un daño inminente o para hacer cesar un trastorno manifiestamente ilícito (artículos 808 y 809 *Code de Procédure Civile*). Estas medidas incluso pueden decretarse en contra de una “*oposición seria*”.¹¹⁵ Algo similar ocurre en Bélgica y en otras latitudes. Básicamente, el derecho a una tutela inhibitoria es una medida de *ultima ratio* de orden público e irrenunciable, que se decreta sólo sobre la base de antecedentes serios y graves fundados en un caso de perjuicio o de peligro inminente¹¹⁶.

En un ámbito vernáculo o nacional, nuestra legislación procesal civil también permite solicitar a los órganos que ejercen jurisdicción que decreten esencialmente provisionales como la prohibición de celebrar actos o contratos, el secuestro de una cosa, y otras innominadas según se extrae del artículo 298 del CPC. La tutela preventiva o inhibitoria puede solicitarse prejudicialmente (artículo 279 del CPC) o “en cualquier estado del juicio” (artículos 290 y siguientes CPC).¹¹⁷

¹¹² La norma dispone: “*Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*”. Sobre esto véase, por todos, GAROFALO, Luigi y VIARO, Silvia (2011), p. 31.

¹¹³ Cass. 1 de octubre de 1999, N° 10864; Cass. 20 de marzo de 2009, N° 6896; Cass, 31 de julio de 2015, N° 116213; Cass, 21 de junio de 2018, N° 16345, recogidos por TARTAGLIA, Paolo (2021), nota 67. Incluso se ha aceptado la alegación de extinción de la obligación principal, alegada como dolo del beneficiario Cass. 16 de noviembre de 2007, N° 23.786.

¹¹⁴ ESTRADA ALONSO, Eduardo (2000), p. 238

¹¹⁵ Decr. N°s. 87.434 y 85-1330 de 17 de junio de 1987 y 1985 respectivamente.

¹¹⁶ PAILLÁS, Enrique (2002), *El recurso de protección ante el Derecho Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, *passim*.

¹¹⁷ Como observa CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2017), “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho*

Si retornamos a la *Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Stand-by* para el Comercio Internacional, podemos verificar que este cuerpo normativo efectivamente admite que el que sea requerido injustamente a pagar una garantía independiente puede decidir tomar la iniciativa mediante la solicitud de medidas provisionales ordenadas por la justicia (como son nuestras medidas prejudiciales precautorias), que impidan la celebración de negocios jurídicos respecto del título abstracto, paralizando judicialmente su cobro. Además de las medidas prejudiciales precautorias, en Chile es incluso posible obtener este resultado por medio de la tutela de emergencia constitucional, siempre que se aleguen derechos preexistentes e indubitados y, por qué no, también por mandato de un juez de garantía que conozca de una acción penal por fraude. El asunto se vincula, naturalmente, con el derecho irrenunciable y fundamental a la tutela judicial efectiva que nuestros tribunales suelen asociar al artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Por su cercanía doctrinal, es útil tener en consideración lo fallado en esta materia por el Tribunal Constitucional español, que ha sostenido "...no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, «efectiva», y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. Por ello, es preciso reiterar ahora lo que afirmamos en nuestra STC 114/1992, fundamento jurídico 7, esto es, que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»».¹¹⁸

Y si bien es perfectamente legal y constitucional que un particular renuncie a oponerse unilateralmente a pagar la garantía abstracta tomando la

(Valdivia), Vol. XXX, p. 259, refiriéndose a los fallos de EXCMA. CORTE SUPREMA de 28 de mayo de 1919 (*Rev. Der. y Jur.*, t. 17, sec. 1ª, p. 150), de la ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, de 27 de diciembre de 2013 (rol N° 1393 -2013), y de la misma Corte de 10 de marzo de 1999 (rol N° 318-99) y de 25 de enero de 2012 (rol N° 7-2012, "La jurisprudencia ha insistido en la necesidad de que para la concesión de una medida prejudicial precautoria se precisa la concurrencia simultánea de las circunstancias indicadas en el art. 279 CPC y que se trata de medidas señaladamente excepcionales").

¹¹⁸ STC 238/1992, de 17 de diciembre de 1992.

muy cómoda posición de demandado en la acción de cumplimiento, también es perfectamente legal (pero en este caso irrenunciable) que el garante requiera de emergencia a un órgano que ejerce jurisdicción solicitando que ordene la paralización provisional del pago si es que por motivos graves y urgentes lo estima procedente y ajustado a la ley. La decisión del asunto no será unilateral, sino que, en caso de acogerse la medida inhibitoria, provendrá de un decreto de un juez,¹¹⁹ y por su carácter provisional no gozará de autoridad de cosa juzgada.¹²⁰

El asunto no ha estado ajeno a la práctica jurisprudencial chilena. Así, por ejemplo, el 11° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO decretó la prohibición de pago de boletas de garantía y de pólizas de seguro de caución en autos rol N° 612-2022 caratulados “*Track Group con Gendarmería de Chile*” (revocada por la ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO conociendo del Ingreso N° 4940-2022 acumulado al 2675-2023). De igual forma, el 12° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO decretó la medida cautelar de prohibición de pago de boletas de garantías y una póliza de seguro de caución en la causa RIT 5524-2022 caratulada “*Santa Fe con MOP-Fisco de Chile*”. El 18 de marzo de 2019 el JUZGADO DE LETRAS DE SAN CARLOS concedió una medida precautoria que paralizaba el pago de boletas de garantía y pólizas de caución en autos RIT C-156-2019, cuyo beneficiario era el GORE Bío Bío, aun cuando la medida fuealzada casi tres años más tarde (30 de

¹¹⁹ La ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ (rol N° 508-2017) ha fallado, siguiendo la doctrina más autorizada en esta materia que la tutela de urgencia no es automática, sino que debe otorgarla extraordinariamente un juez: “2°) Que acerca de la materia en debate, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que la aplicación de las medidas precautorias no es automática, en el sentido que una vez solicitadas por el demandante, el juez deba otorgarlas, sino que dicho mecanismo debe ser entendido como uno extraordinario, que únicamente ha de operar en los casos y en las formas previstas por la ley procesal, debiendo el tribunal –en todo caso– tener igualmente en cuenta los derechos de la parte demandada, ante la posibilidad de error en su concesión y la tendencia forense de solicitar medidas temerarias (Corte de Apelaciones de Arica, rol N° 48-2011; Tratado de las Medidas Cautelares, Juan Carlos Marín González, Ed. Jurídica, 2ª edición, págs. 318 y 319)”.

¹²⁰ Así, el TRIBUNAL DE MODENA, 12 de agosto de 1996 en *Giur. It.* 1997, I, 2, p. 368 “... para suspender la operatividad de la garantía internacional a primera demanda es necesario que la argumentación elevada por el deudor resulte clara y evidente, sin necesidad de investigación dificultosa, análisis tortuoso, interpretación discutible o instrucción compleja, lo que ocurrirá por inhibición en vía de urgencia...” (traducción libre). Otros fallos que exigen prueba líquida PRET. MILANO, 31 de marzo de 1983, TRIB. MILANO, 23 de diciembre de 1987 PRET. ASTI, 21 de octubre de 1987 y Cass. 1 de octubre de 1999 (N° 10864).

marzo de 2021). El 2 de febrero de 2021, el 2º JUZGADO CIVIL DE CHILLÁN concedió una medida precautoria que paralizó el pago de una póliza de seguro de caución en los autos rol N° 1675-2019, caratulados “*Ingetal con Servicio de Salud Ñuble*”, medida que fue alzada por la Corte el 22 de octubre de 2022 en autos Ingreso N° 535-2020. El 13 de agosto de 2019 el 17º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO decretó una medida que paralizaba el cobro de pólizas de seguro de caución en autos rol N° 22184-2018 aunque el mismo tribunal la dejó sin efecto más tarde. Respecto del conocido caso del “*Puente Cau Cau*”, el 28º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO concedió sendas medidas prejudiciales precautorias sobre el cobro de pólizas y boletas de garantía en la causa rol N° 17309-2015 caratulada “*Azvi con Fisco*”, y las medidas fueron dejadas sin efecto por la ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO en autos sobre apelación de sentencia definitiva Ingreso N° 10265-2015 que determina que el asunto debe resolverse en la liquidación del contrato.¹²¹ En resumen, en el sistema trazado por el legislador chileno sobre pólizas de garantía “a primer requerimiento” no es posible que el asegurador de caución pueda recurrir a una excepción de dolo para paralizar unilateralmente un pago a primera demanda. Tampoco es lícito adoptar la cómoda posición de demandado en la acción de cumplimiento. La razón es muy simple: el legislador, con todos los antecedentes sobre la mesa –y muy particularmente la posibilidad de que se produzcan cobros abusivos–, decidió libremente privar del derecho a oponer toda clase de excepciones para evitar, diferir o condicionar el pago, como se lee con notoria claridad del artículo 583 inciso final del Código de Comercio, sin regular ni mitigar los efectos de esa prohibición como, por ejemplo, hace –de manera muy excepcional y estricta– la *Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes* en su artículo 19 y alguna legislación comparada.

Una interpretación contraria vulneraría no sólo el tenor literal de la norma, sino también la ficción de independencia o autonomía frente a la relación subyacente o “relación de valuta”, lo que comportaría retornar a la accesoriedad de la que el legislador conscientemente se apartó. Pero eso no significa que –antes de que llegue el plazo para que indefectiblemente

¹²¹ El problema también ha sido ventilado (aunque sin éxito por no corresponder a “la vía idónea”) en sede de recurso de protección de derechos constitucionales, como se aprecia de las causas Ingresos N° 50602-2020; N° 132359-2020; N° 9765-2022; N° 131993-2020; N° 154856-2020; N° 133834.2020 y 132359-2020, sólo por citar algunas pocas y recientes de la jurisdicción de Santiago.

sea pagada— el deudor garante no tenga derecho para que un tercero se pronuncie judicialmente, bien sea cuando intente la acción de recobro, o si obtiene una medida precautoria que determine paralizar provisionalmente los efectos de un cobro abusivo pues, en último término, para un juez ninguna ficción puede conducir a resultados absurdos.¹²²



¹²² Sobre los alcances y la posibilidad de interponer la *exceptio doli* en las garantías abstractas SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo y QUICAÑO RODRÍGUEZ, Javier (2011), “Las excepciones del garante frente al beneficiario en la garantía autónoma del derecho español”, en *Revista Análisis Internacional* N° 3, pp. 271 ss. Recogen esta doctrina una enormidad de fallos italianos (más de 50) recogidos por MERUZZI, Giovanni (2005) p. 469, notas 112 a 114. Véanse, además, Cass. 1 de octubre de 1999, N° 10864; Cass. 20 de marzo de 2009, N° 6896; Cass, 31 de julio de 2015, N° 116213; Cass, 21 de junio de 2018, N° 16345, recogidos por TARTAGLIA, Paolo (2021) nota 67. Incluso se ha aceptado la alegación de extinción de la obligación principal, alegada como dolo del beneficiario Cass. 16 de noviembre de 2007, N° 23.786.

CAPÍTULO II

GARANTÍAS CIVILES Y MERCANTILES EN PARTICULAR

8. LA FIANZA CIVIL COMO SISTEMA ARQUETÍPICO DE GARANTÍAS PERSONALES

La fianza tradicional o corriente es un contrato¹²³ que se encuentra descrito y regulado en los artículos 2335 y siguientes del Código Civil.¹²⁴ Consiste en una garantía personal arquetípica en la que destaca su carácter accesorio y subsidiario.

La fianza ha dado lugar históricamente a la creación de diversas subtipologías de garantías personales civiles y mercantiles desde su tardía consolidación como garantía subsidiaria y no solidaria.¹²⁵ Esto ocurrió particularmente a partir del *Corpus Iuris* de JUSTINIANO, momento en que

¹²³ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 17 diciembre 1980, *RDJT*. 77, sec. 2ª, p. 140 (C. 2º a 5º, p. 140): “Aunque la obligación de procurarse un fiador puede tener origen convencional, legal o judicial, la fianza es siempre un contrato. En su virtud una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose con el acreedor a cumplir en todo o parte si el deudor principal no la cumple. En el contrato de fianza quien se obliga es el fiador; el avalado aparece como extraño al contrato”. Así además se lee en PESCIO, Victorio (1926), p. 38.

¹²⁴ AMUNÁTEGUI, Carlos (2019), pp. 593 ss., ubica las fuentes de este artículo en *Insts.* 3,20 (*De fideiussoribus*); en la *Partida* 5. T. 12. L. 1; y fundamentalmente en el *Tratado de las Obligaciones* de POTHIER (pp. 365 ss.), en TROPLONG (*Cautio* 1, pp. 4 ss.) y en DELVINCOURT (T. 3, p. 141) así como en los artículos 2011 (que encabeza el Título *De Cautionnement*) y 2014 del *Code Civil* francés.

¹²⁵ Para ESTRADA ALONSO, Eduardo (2000), p. 25 la fianza “no es el centro controlador de toda garantía personal”, afirmación que fundamenta en la existencia de las garantías abstractas y en las prestadas por el mismo deudor, como las arras.

se incorpora el beneficio de excusión, lo que constituye una característica que se mantiene hasta nuestros días.¹²⁶

Dentro del sistema de contratos, en nuestro país la fianza es un contrato consensual de los referidos en el artículo 1443 del Código Civil. Asimismo, la fianza es una de las tres “cauciones” a las que –de manera sólo ejemplar– hace referencia el artículo 46 del Código Civil.

La fianza civil destaca por la presencia de la persona del “fiador”, quien es el único que resulta obligado por medio del contrato de fianza.¹²⁷ En tal sentido, la fianza es un contrato unilateral de los descritos en el artículo 1439 del Código Civil. El fiador civil es obligado subsidiariamente a la prestación debida por el principalmente vinculado,¹²⁸ y no responde de más de lo que respondía el principalmente obligado.¹²⁹ Es el fiador quien contrata con el acreedor principal, garantizándole un pago total o parcial y en dinero para el caso de impago de la obligación principal (que puede no ser pecuniaria).

Pero el fiador no participa como parte del negocio crediticio afianzado y el acreedor no contrae para con el fiador obligación de ninguna clase. Por esta razón se ha fallado que “por su naturaleza, la fianza es una obligación accesoria; su objeto propio es asegurar el cumplimiento de otra y, en consecuencia, no puede hacerse efectiva mientras no conste el incumplimiento de la obligación a que accede. Tal incumplimiento es la condición determinante del tiempo en que puede hacerse efectiva la responsabilidad contractual de la fianza”.¹³⁰

¹²⁶ ZIMMERMANN, Reinhard (1996), p. 129 “*With this enactment, the liability of the surety became subsidiary*”.

¹²⁷ La forma de las *adpromisiones* romanas (*sponsio* y *fideipromissio*) explican genéticamente esta cuestión como describe GUZMAN BRITO, Alejandro (2001), p. 85 cuando señala: “Era suficiente, en consecuencia, que el acreedor se encontrara con el fiador y procediese a perfeccionar con él la formalidad, en cualquier lugar y aun ausentes el deudor principal y los demás fiadores”.

¹²⁸ Así, ENNECERUS, Ludwig (1950), *Derecho de obligaciones* Vol. II Doctrina Especial (Trad. de la 35ª edición Alemana por PÉREZ, Blas y otros), § 188, p. 476, nota 2.

¹²⁹ Aunque puede obligarse a menos, o a pagar una suma de dinero si la obligación era de otro objeto, como lo destacan los artículos 2343 y 2344 del Código Civil.

¹³⁰ ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 12 de julio de 1932 en *RDJ*, tomo 32, sec. 1ª, p. 189.

La fianza es gratuita. Pero según el artículo 2341 del Código Civil el servicio que presta el fiador puede ser remunerado, si es que se pacta.¹³¹ La norma señala:

“El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta”.¹³²

Naturalmente, existe la tentación de afirmar que en esta última modalidad de fianza el deudor principal sí participa del contrato, lo que alteraría su unilateralidad y sus efectos normales. Pero el análisis, con todo, debe ser algo más cuidadoso: el pacto a que se refiere el artículo 2341 es un acuerdo entre el deudor de la obligación caucionada y el fiador, y este es un negocio oneroso que transita más bien hacia el mandato remunerado.¹³³ En ese escenario, puede afirmarse que dicho pacto se sitúa fuera del contrato de fianza y, tal como lo establece la ley, se trata simplemente de una remuneración a consecuencia de uno o más encargos acordados y prestados.¹³⁴

Una cuestión distinta es que el fiador pudiera pactar una remuneración con el acreedor, cuyo caso no es el del artículo 2341 del Código Civil. A pesar de no estar tipificado, sin duda se trataría de un acuerdo lícito y probablemente excepcional para la fianza propiamente dicha. En presencia de un acuerdo de estas características, la fianza efectivamente transitaría

Thomson

¹³¹ Sobre la gratuidad de la fianza, como elemento de la naturaleza, y no de la esencia, TROPLONG, M. (1846), p. 16. En nuestro medio, véase el fallo de la I.T.M.A. CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, 7 de septiembre 1939, en *RDJ*, T. 38, sec. 1ª, p. 560.

¹³² DÍEZ PICAZO, Luis (1986), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Madrid, pp. 598 ss. explica tres tipologías de fianza, teniendo en cuenta los sujetos intervinientes: En este esquema pueden participar, en primer término, todos los intervinientes (incluido el deudor); en segundo término, sólo el deudor y fiador (caso en que sería necesaria la aceptación del acreedor); y, en tercer lugar, que es la forma en que aparece regulada en nuestro Código Civil, acreedor y fiador.

¹³³ No es, en consecuencia, esta modalidad de fianza un “contrato oneroso”, como parece plantear GONZÁLEZ Joel (2018), “El seguro de caución”, en *Revista de Derecho* (Concepción) 243, p. 75, pues la onerosidad es la propia del mandato remunerado y no de la fianza (que son negocios distintos) permaneciendo la fianza perfectamente gratuita y unilateral.

¹³⁴ PESCIO, Víctorio (1926), p. 36 con cita a BEUDANT, explica la ubicación del contrato de fianza en el Código Civil diciendo que “la fianza constituye en la mayoría de los casos un mandato del deudor principal al fiador, razón por la cual, dada la afinidad de los temas, procedía la colocación que actualmente tienen esas materias”. Precisamente, afirma EL MISMO, pp. 39 y 68 afirma que precisamente de ese mandato (y no de la fianza) surgen las acciones eventuales entre el fiador y el deudor.

hacia un contrato oneroso¹³⁵ aunque debe dudarse que se convierta por ese solo hecho en un contrato sinalagmático.¹³⁶

Resulta evidente que, salvo que se pactare una cosa distinta, en la fianza remunerada la remuneración será de cargo del deudor principal pues él es quien funge de mandante de dicho servicio, lo que se deriva de la aplicación de las reglas generales que norman el mandato remunerado (artículos 2117 y 2158 N° 3 del Código Civil). Si el acuerdo, en cambio, ha sido concluido entre el acreedor y el fiador, lo razonable es pensar que el pacto disponga que la remuneración la paga el deudor principal, y que tal obligación figure como cláusula accidental en el contrato principal garantizado. Es así como se explica que el hecho de ser onerosa la fianza en que fiador y acreedor pactan un honorario, no necesariamente se traduce en que el contrato transite a bilateral, situación que sólo se daría en la improbable situación en que sea el propio acreedor quien soporte el honorario.

Es así como, en la generalidad de los casos, la relación jurídica negocial en que se encuentra inserto el fiador se manifiesta en un vínculo directo con el acreedor principal. Este vínculo obligacional se extingue si es que la obligación principal fenece, lo que sin duda debe atribuirse al carácter accesorio y causado de esta clase de garantía personal. En términos de dependencia podría decirse que la causa próxima de la fianza es la obligación principal.¹³⁷ Si es que esta decae, caduca con ella la fianza.¹³⁸

Lo anterior significa que si el fiador pagó creyendo que la obligación principal subsistía en circunstancias que había sido extinguida, pagó lo

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 68 y 71 –citando a BAUDRY-LACANTINERIE y otros– es que este contrato se transforma en “un verdadero contrato de seguro, un contrato principal, bilateral, aleatorio y oneroso”.

¹³⁶ DÍEZ PICAZO, Luis (1993), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Madrid, p. 77.

¹³⁷ PESCIO, Victorio (1926), p. 143, en cambio, identifica la causa de la obligación del fiador precisamente en el mandato o contrato de servicio que une al deudor con el fiador. “Cuando el fiador interviene a petición o por iniciativa del deudor, que es lo más común, la causa de su obligación debe buscarse en la relación jurídica que le une al deudor, deseo de prestarle un servicio, la remuneración etc.”. Con cita a CAPITANT, agrega: “El fiador se obliga no porque haya una obligación principal, lo que sería insuficiente, sino para garantizarla y acrecer el crédito del deudor. En realidad, la razón jurídica que explica la obligación del fiador, es una intención liberal”.

¹³⁸ El mecanismo del pago de lo no debido o *solutio indebiti* por decaimiento de la causa es el de las llamadas “daciones *ob causam*”, descrito por autores como D’ORS, Álvaro (1991), p. 453.

que no debía pues la fianza se extingue *ipso iure* si fenece la obligación principal, regla que por lo demás aparece con nitidez en el artículo 2381 del Código Civil.

En ese mismo escenario, y a pesar de lo establecido en el artículo 2353 del Código Civil, para que se pueda proceder contra el fiador es necesario que el deudor principal haya incumplido su obligación, tal como se desprende de la parte final del inciso 1º del artículo 2335 del Código Civil.¹³⁹

8.1. El incumplimiento de la obligación principal y la fianza

Para poder entender el fenómeno obligatorio nacido del contrato de fianza debemos determinar antes qué es lo que debemos entender por incumplimiento. El problema no es simple pues, como ha apuntado en varias obras de su autoría Álvaro VIDAL, “nuestro Código Civil, ni define ‘incumplimiento’ ni lo regula sistemáticamente”.¹⁴⁰ Nos parece que, como demuestra AEDO, quien sigue una doctrina tradicional en esta materia, últimamente el incumplimiento se manifiesta como una especie de insatisfacción del interés del acreedor”.¹⁴¹

Pero tales conceptualizaciones, si bien son interesantes pues delimitan el perímetro contractual mínimo, no permiten resolver la cuestión esencial, que es la adecuación del asunto con la ley positiva, y muy particularmente con las normas que regulan la mora. A nuestro juicio, en las obligaciones de dar

¹³⁹ Lo mismo en el artículo 14 de la Ley Nº 20.179 que exige que el deudor afianzado “no cumpliera con las obligaciones afianzadas”, aunque no determina cómo debe constar dicho incumplimiento.

¹⁴⁰ Por todos VIDAL, Álvaro (2018), “La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria desde la idea de la vinculación contractual ‘garantía’”, en *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Santiago, Thomson Reuters, p. 449. Véase también DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2014), “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte”, en *Ius et Praxis*, año 20, Nº 1, 2014, pp. 25 ss.

¹⁴¹ AEDO, Cristian (2019), p. 75 con cita a los PLDC que definen define incumplimiento como “(1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada. (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor. (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación”.

pactadas expresamente a plazo fatal y de plazo tácito,¹⁴² el incumplimiento como factor detonante de la acción contra el fiador y no como requisito de la acción de perjuicios (que no nos interesa por ahora) debe asociarse con la *mora debitoris* descrita en los numerales 1º y 2º del artículo 1551 del Código Civil.¹⁴³ De esta forma, bastará que llegue el término estipulado o que haya transcurrido el tiempo “necesario para cumplir” la obligación para poder estimar que se ha lesionado el interés del acreedor, pues la obligación se ha hecho exigible, lo que se traduce en una condición que faculta a este último para dirigir sus acciones en contra del fiador.¹⁴⁴

Más compleja es la calificación del incumplimiento en las obligaciones de hacer, aun cuando se haya fijado un plazo expreso o tácito. Según se sabe, las obligaciones de hacer son perfectamente afianzables, pero la obligación del fiador sólo puede ser pactada en dinero. En este caso, como efecto del incumplimiento de la obligación principal de hacer determinado en el artículo 2343 inciso final del Código Civil, la posición jurídica del acreedor es compleja pues se vincula con el deudor mediante un “deber hacer” (*facere oportere*) pero, a la vez, se vincula con el fiador –desde el principio– mediante un “deber dar una cantidad de dinero” (*pecuniam dare oportere*). En ese entendido, deudor y fiador le deben prestaciones de objeto diverso, una en subsidio de la otra.

En este último escenario, el problema del incumplimiento de la obligación principal de hacer afianzada puede incluso (en ocasiones) terminar beneficiando al acreedor. En efecto, cuando se alega el incumplimiento

¹⁴² PESCIO, Victorio (1926), p. 204 apunta con razón que “la fianza tiene lugar respecto de aquellas obligaciones que van a cumplirse más tarde, esto es, cuya exigibilidad va a producirse en el futuro. Es así como la fianza casi es de rigor en aquellos contratos sujetos a plazo o a condición”.

¹⁴³ Contra la opinión de PESCIO (pp. 209 ss.) aparece la opinión de SOMARRIVA, Manuel (1943), p. 141, para quien la mora no es requisito para que el acreedor pueda perseguir al fiador. Ello no nos parece correcto si no se hace previamente una distinción entre la interpelación automática o *ex re* y la regla general del N° 3 del artículo 1551. Para una crítica a este modo de apreciar la mora CONTARDO, Juan Ignacio (2014), “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el Código Civil”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 43, *passim*.

¹⁴⁴ No escapa a nuestro conocimiento que el fiador puede pagar la deuda antes que la obligación se haga exigible, con los efectos anotados en los artículos 2353 y 2373 del Código Civil, pero al revés, el acreedor no puede dirigirse con éxito contra el fiador, sino cuando la obligación se ha hecho exigible. Sobre esto, SOMARRIVA, Manuel (1943), pp. 140 ss.

del deudor principal respecto de una obligación de hacer (lo que a veces es de muy difícil calificación y en muchas oportunidades fluye de una determinación unilateral y ocasionalmente caprichosa del acreedor), nace para este último la opción de pedir al fiador en dinero.

Nos parece que, en estos casos, tanto el artículo 1553¹⁴⁵ como el sentido común demandan una mora no mecánica, como la que deriva necesariamente de la interpelación judicial del artículo 1551 N° 3 del Código Civil, sino que es necesario que el incumplimiento o lesión del interés del acreedor se pueda calificar objetivamente, sobre todo porque el artículo 2343 del Código Civil supone la resolución.¹⁴⁶

Otro problema importante lo presenta la mora en las obligaciones condicionales en las que no se ha adicionado a la modalidad un plazo pues, en principio, tampoco parece adecuado que la calificación del incumplimiento condicional (hecho futuro e incierto que muchas veces consiste en un *facere* o en una abstención o *non facere*) quede exclusivamente entregada a la voluntad del acreedor sin que se recurra a parámetros objetivos, idealmente prefijados en el contrato.

Los dos supuestos antes mencionados están lejos de ser casos de laboratorio. Se trata de situaciones complejas, prácticas y de gran actualidad. Piénsese en los conflictos contractuales a que da lugar la construcción, rubro en que se presentan obligaciones de hacer ordinariamente afianzables mediante seguros de caución o por medio de boletas bancarias de garantía.¹⁴⁷ Como se sabe, en las materias vinculadas a los contratos de construcción la discusión sobre la configuración del incumplimiento suele ser una de las cuestiones más complejas de apreciar pues, por un lado, el constructor suele argumentar que su itinerario (manifestado en obligaciones de hacer) se ajusta a los términos del contrato de construcción mientras que, al mismo

¹⁴⁵ CONTARDO, Juan Ignacio (2014), p. 85 N° 24, citando a CLARO SOLAR (1936), *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, vol. 11° § 1227 y § 1196, Santiago, Nascimento, V. De las obligaciones 2, aprecia, con razón, que del tenor literal del artículo 1553 del Código, la constitución en mora es requisito de la indemnización en las obligaciones de hacer (y aparentemente no en las de dar).

¹⁴⁶ No es muy distinto que lo que demuestra, con fundamento en la buena fe, PIZARRO, Carlos (2007), “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en *Ius et Praxis* 13, N° 1, p. 15.

¹⁴⁷ Para la fianza como arquetipo subsidiario del seguro de garantía CONTRERAS, Osvaldo (2002), “El contrato de construcción y sus principales garantías”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, año 4 N° 9, p. 51.

tiempo, el mandante suele argumentar que el constructor no ha cumplido en los términos estipulados, no ha invertido correctamente el anticipo, ha construido defectuosamente o lo ha hecho sin sujeción a determinadas especificaciones técnicas, entre otras alegaciones bastante típicas.

Por ello, y salvo que los contratos de garantía sean “a primer requerimiento”, caso en el cual el problema de la lesión del interés del acreedor suele confundirse con el mismo requerimiento de pago que hace el acreedor al garante, es necesario que los contratos y toda la información pre y poscontractual que se integre a la obligación establezca fórmulas claras y objetivas para determinar que el deudor ha cumplido “al tenor de la obligación” (artículo 1494 inciso 1º del Código Civil). Sólo de esta manera se pueden evitar requerimientos dolosos o contrarios a la buena fe manifestados en cobros abusivos en contra de los garantes. En último término, la objetivación del incumplimiento evita que se produzcan o favorezcan enriquecimientos sin causa o derechamente ilícitos.

8.2. Aplicación práctica de la fianza civil

Es de justicia señalar que, pese a su detallado tratamiento legislativo y una permanencia de más de 20 siglos en el ordenamiento jurídico, la fianza civil corriente, accesoria y subsidiaria, recibe poca aplicación práctica. Uno de los autores chilenos más importantes que se ha referido al tema, acaso el más relevante, llegó a afirmar que “en la práctica, la fianza simple es rara”.¹⁴⁸ Lo anterior se debe a que este sistema de garantía personal confiere al fiador una defensa procesal demasiado potente al momento de ser requerido que consiste nada menos que en una excepción dilatoria ofrecida en el artículo 303 circunstancia 5ª del Código de Procedimiento Civil, conocida como beneficio de excusión, excepción que también puede revestir la forma procesal de una oposición a la ejecución como lo permite el artículo 464 circunstancia 5ª del mismo Código.

Por medio del beneficio de excusión, el fiador que cumple con los requisitos “se excusa” de responder hasta que se agote totalmente la vía judicial en contra del deudor principal. Para evitar esta falta de eficacia de la fianza simple, es común que el fiador se obligue solidariamente, lo que da lugar a una garantía bastante más eficaz que analizaremos más adelante.

¹⁴⁸ PESCIO, Victorio (1926), p. 114.

9. LA FIANZA MERCANTIL

Se suele señalar, de forma bastante escueta, que la fianza mercantil es aquella que garantiza obligaciones mercantiles.¹⁴⁹ A nuestro juicio, es también mercantil toda fianza que no transite a una garantía personal especial, siempre y cuando dicha fianza sea prestada por comerciantes.

Nuestro Código de Comercio regula la fianza mercantil muy brevemente en sólo dos artículos. El artículo 820 del referido Código determina, a diferencia de lo que ocurre con la fianza civil, que en toda fianza mercantil debe comparecer la escritura como formalidad *ad solemnitatem*, lo que equivale a decir que sin que medie tal solemnidad el contrato no produce efecto alguno por simple aplicación de los artículos 1443 y 1444 del Código Civil. Se observa, en consecuencia, una primera diferencia importante con la fianza civil, más allá de las evidentes dificultades probatorias.

En todo lo que no se encuentre regulado por la fianza mercantil, deberá acudirse a lo dispuesto en las disposiciones relativas a la fianza común del Código Civil, aun cuando el acto afianzado sea mercantil y aunque participen fiadores y/o acreedores que sean comerciantes. En tal sentido, rige a favor del fiador mercantil el beneficio de excusión y la posibilidad de alegar la caducidad por extinción de la obligación principal, razón por lo que la fianza mercantil –tal como la fianza civil o corriente–, es también una obligación accesorias y subsidiaria.

Pero al igual que en caso de la fianza civil, nada impide que el fiador mercantil se obligue solidariamente, en cuyo caso deberá soportar la prestación íntegra en los términos del artículo 1511 inciso 2º del Código Civil.

El artículo 821 del Código de Comercio no innova respecto de lo que dispone la legislación civil, pues permite –como ocurre en la fianza corriente en el artículo 2341 del Código Civil– que el fiador estipule con su afianzado una remuneración por la responsabilidad que contrae “en su beneficio”.¹⁵⁰ Al referirnos a la fianza remunerada del artículo 2341 del Código Civil, hemos advertido que fiador y deudor principal no son las

¹⁴⁹ SOMARRIVA, Manuel (1943), p. 116.

¹⁵⁰ El artículo 2341 del Código Civil no habla de “beneficio” sino de “servicio que le presta” para describir la ventaja que supone para un deudor obtener un fiador. El único realmente beneficiado en términos negociales con el contrato de fianza es el acreedor por lo que la palabra “beneficio”, utilizada por el legislador mercantil podría, a nuestro juicio, llevar a confusión.

partes en el contrato de fianza, por lo que el pacto de remuneración entre ellos debe entenderse como un mandato.

Al igual que en el caso de la fianza civil, la onerosidad no es de la naturaleza de la fianza mercantil, característica que fue observada en su momento por SOMARRIVA (aunque con cita a LACANTINERIE), quien señalaba que esta gratuidad no se ajustaría *a priori* a la onerosidad que debe exigirse de todo negocio comercial.¹⁵¹ Con todo, si escindimos los dos negocios concurrentes (fianza por una parte y mandato por otro), no cabe duda de que estamos frente a un mandato mercantil remunerado, razón por la que la crítica anterior no resulta necesariamente plausible.

10. EL DERECHO DE REEMBOLSO Y LA SUBROGACIÓN EN LA FIANZA

Según dispone el artículo 2370 del Código Civil, por regla general el fiador que paga la obligación puede recobrar del deudor principal. La norma dispone:

El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que hay pagado por él con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor.

Tendrá derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

Pero no podrá pedir el reembolso de gastos inconsiderados, ni de los que haya sufrido antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador”.¹⁵²

Siempre que el pago sea válido, oportuno y extinga una obligación civil, vale decir que no sea natural, el fiador queda *ipso iure* activamente legitimado para dirigir una acción personal en contra del deudor garantizado, salvo que la fianza se hubiese pactado en contra de la voluntad del deudor.¹⁵³ Este derecho nace sin que importe que el fiador haya recibido

¹⁵¹ SOMARRIVA, Manuel (1943), p. 117. Con todo, la cuestión es discutible pues el aval tampoco es naturalmente oneroso, en circunstancias que es un negocio mercantil por definición.

¹⁵² Para un análisis a fondo de esta norma MUSSO, Benjamín (2023), “Comentario al artículo 2370”, en *Comentario histórico dogmático...* cit., pp. 1965-1970.

¹⁵³ El artículo 2375 del Código Civil excluye el derecho de reembolso a estos fiadores, y al que ha afianzado contra la voluntad del deudor. A su turno, el artículo 2373 impide el reembolso al fiador que pagó anticipadamente al plazo, quien sólo puede demandar una vez cumplido éste. Es importante señalar que la regla que excluye el reembolso al fiador que se obligó contra la voluntad del deudor tiene, a su vez, una excepción, que se produce en el caso en que la deuda

una remuneración por afianzar y puede ejercerse aunque la fianza haya sido ignorada del deudor.

Pero el fiador también puede entablar la acción que nace del pago por subrogación descrita y regulada en los artículos 1610 N° 3 y 1612 del Código Civil. Esto implica que la acción de reembolso del artículo 2370 del Código Civil no excluye la posibilidad de demandar con la acción subrogatoria pues “se trata de acciones que no son incompatibles entre sí, y que son de libre elección para su titular”.¹⁵⁴ En ocasiones al fiador le será más conveniente demandar con la acción subrogatoria, pues los efectos del artículo 1612 del Código Civil le permitirán al fiador que pagó incorporar todos los privilegios, prendas e hipotecas del acreedor principal satisfecho contra el deudor y contra terceras personas obligadas subsidiaria o solidariamente a la deuda.

11. LA SOLIDARIDAD PASIVA COMO GARANTÍA PERSONAL

La solidaridad pasiva tiene una indudable función de garantía personal. Consiste en una obligación de sujeto deudor múltiple por medio de la que se ofrece a un acreedor la posibilidad de afectar más de un patrimonio o, lo que es igual, se le ofrece más de un derecho de prenda general. En palabras de PEÑAILILLO, la solidaridad “al igual que la fianza, es una caución personal; para cobrar su crédito el acreedor dispone de tantos patrimonios como deudores hay”.¹⁵⁵

Como característica de la solidaridad pasiva puede destacarse que, una vez que se materializa el incumplimiento de la obligación, el acreedor queda facultado para dirigirse “a su arbitrio” contra cualquiera de los obligados solidariamente al pago, tal como lo dispone el artículo 1514 del Código Civil:

“El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división”.¹⁵⁶

La solidaridad se distingue de las fianzas simples porque no pone a los deudores en situación de subordinación. En tal sentido, la solidaridad

haya sido extinguida, y “sin perjuicio del derecho del fiador para repetir contra quien hubiere lugar, según las reglas generales”.

¹⁵⁴ EXCMA. CORTE SUPREMA, 18 de junio de 2022, Ingreso N° 2478-2001, entre otros.

¹⁵⁵ PEÑAILILLO, Daniel (2003), *Obligaciones*, Santiago Editorial Jurídica de Chile, p. 273.

¹⁵⁶ Esta norma debe ser leída en conjunto con los artículos 2358 N° 2 y 2367 del Código Civil.

se opone a la subsidiariedad. Por esta razón, los que están solidariamente obligados a una prestación (que debe ser “la misma” conforme lo dispone el artículo 1512 del Código Civil) no pueden oponer al acreedor el beneficio de excusión. Consecuencialmente, la solidaridad se manifiesta como una caución bastante más intensa y efectiva que la simple fianza con la que, sin embargo, puede perfectamente coexistir.¹⁵⁷

Como la prestación debida “es una” (y se debe “unidamente”), ninguno de los solidariamente obligados al pago puede oponer beneficio de división de la deuda. Esto último está lejos de ser irrelevante. Los codeudores solidarios lo son “de una misma prestación” y, por ello, no puede deberse por uno una cosa y, solidariamente, por los demás deudores, otra cosa distinta.¹⁵⁸ En parte, por esa misma razón, tampoco puede pactarse solidaridad en una obligación de hacer, aunque hemos visto que una obligación de esa clase sí podría afianzarse, aunque la obligación del fiador será siempre y *ab initio* en dinero, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 2443 inciso final del Código Civil.

Desde un punto de vista práctico, la solidaridad es una de las formas más utilizadas para gestionar el riesgo del impago al acreedor. Desde luego, la solidaridad es mucho más eficaz que la simple fianza civil y mercantil, pues resulta más útil al acreedor si se le ofrece “unidamente” otro patrimonio solvente contra el cual dirigir sus acciones a su arbitrio, sin tener que pasar por los complejos procedimientos a que da lugar la subsidiariedad obligacional presente en las fianzas corrientes.

¹⁵⁷ La denominación “fianza solidaria” no es unívoca en nuestro medio. Puede significar dos cosas distintas. Como apunta SOMARRIVA, Manuel (1943), p. 125, fianza solidaria “... puede referirse a la situación del fiador con respecto al deudor, en cuyo caso el efecto que produce es privar a aquel del beneficio de excusión, o a la situación del fiador con respecto a los demás fiadores, significando entonces que no puede oponerse el beneficio de división” y antes que él PESCIO, Victorio (1926), p. 115. Véase sobre este tema EXCMA. CORTE SUPREMA, 6 de enero de 1988, Ingreso N° 10966-1987 “La diferencia entre fianza solidaria, fianza y codeuda solidaria radica en que son instituciones distintas, en el caso de la primera, se trata de un fiador, o sea, de un obligado subsidiario, que carece del beneficio de excusión y si son varios los fiadores, tampoco tienen el beneficio de división, pero en el caso de la fianza y codeuda solidaria, se trata de un fiador y de un deudor directo, solidario”.

¹⁵⁸ Como advierte PEÑAILILLO, Daniel (2003), p. 254 no es lo mismo unidad de prestación que unidad de vínculos. Así, “algunos de los vínculos pueden estar sujetos a modalidades (...) cada vínculo puede tener su propia causa (...) y la obligación puede ser nula respecto de uno de los sujetos y válida respecto de los otros”.

Es conveniente destacar que la solidaridad pasiva en función de garantía personal es también una caución accesoria. En efecto, no se puede ser deudor solidario de una deuda extinguida o de una obligación que no existe. Y no sólo el pago, sino cualquiera otra forma de extinción total o parcial de la obligación garantizada libera total o parcialmente a los codeudores solidarios en los términos regulados por los artículos 1515 a 1521 del Código Civil. Si un codeudor solidario extingue la deuda por medio del pago efectivo u otro medio equivalente al pago, operará a su favor una subrogación en la acción del acreedor principal contra los demás codeudores, tal como lo expresan los artículos 1522 y 1610 N° 3 del Código Civil. Si la extinción se produce por un medio “no satisfactorio”, como lo llama PEÑAILILLO, “cesan los efectos de la solidaridad y no hay relaciones posteriores entre los que fueron deudores”.¹⁵⁹

12. EL AVAL CAMBIARIO COMO GARANTÍA PERSONAL AUTÓNOMA O INDEPENDIENTE

La figura del aval cambiario se suele tratar de enmarcar desde un punto de vista arquetípico en una tipología de fianza solidaria de derecho mercantil.¹⁶⁰ En tal entendido, aparece originalmente como una más de las garantías personales corrientes. Ello sugeriría, en principio, encasillar al contrato de aval dentro de las obligaciones de garantía accesorias.

Pero la verdad es que, por distintas razones, la evolución de esta figura ha llevado a considerarla más propiamente como una garantía mercantil autónoma o independiente.¹⁶¹

En nuestro país, el aval cambiario consiste en una garantía limitada exclusivamente al ámbito de la Ley sobre Letras de Cambio y Pagarés N° 18.092, que es donde aparece especial y expresamente regulada. Es

¹⁵⁹ PEÑAILILLO, Daniel (2003), p. 294.

¹⁶⁰ Así, RIPERT, Georges (1954), *Tratado elemental de Derecho Comercial. III Operaciones comerciales* (De Solá Cañizares, trad.) París, Buenos Aires, TEA, p. 200 “Es un fiador solidario que debe indicar por quien se obliga”. Para el origen del llamado “aval francés”, LARA AGUAYO, Edinson (2005), *El aval cambiario*, Santiago, LexisNexis, pp. 44-45.

¹⁶¹ LARA AGUAYO, Edinson (2005), pp. 46 y 55.

discutido, sin embargo, si la especialidad de esta ley determina la especialidad de la figura del aval.¹⁶²

El párrafo 4º de la Ley N° 18.092 se refiere a esta forma de garantía: El artículo 46 inciso 1º de la Ley lo describe como:

“... un acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a ésta, o en un documento separado, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella”.

Según se aprecia de su definición legal, el aval es un contrato solemne de garantía que, por ello, sólo nace a la vida del derecho si el negocio se otorga por escrito y firmado en la forma y sitio que establece la ley. Se aprecia también que el aval comparte con las fianzas, como elemento de su naturaleza, la unilateralidad y la gratuidad.¹⁶³

Pero son más las diferencias del aval con las fianzas que las similitudes entre ellos. Esto se aprecia sobre todo al analizar el carácter independiente o autónomo que se predica del aval respecto de la relación obligacional principal que está llamado a caucionar.

La ley dispone que pueden ser avalistas tanto el girador como también un endosante o simplemente un tercero. Esas personas manifiestan solemnemente su voluntad (por escrito y en la forma y lugar establecido) de pagar “como propia” la obligación literalmente establecida en la letra de cambio o en el pagaré en caso de incumplimiento del directamente obligado.

Como primera cuestión que debe ser resaltada se puede observar que, a pesar de que en el lenguaje popular la expresión “aval” tiene un sentido bastante amplio, la ley limita de forma intensa las obligaciones susceptibles de ser garantizadas mediante este contrato, lo que manifiesta otra diferencia con otras garantías personales corrientes como las fianzas y la solidaridad pasiva.

¹⁶² A este respecto resulta interesante consultar el artículo de BALTIERRA, Enrique (s/d), “Efectos de añadir una fianza solidaria al aval cambiario en los pagarés”, en *Diario Constitucional* (publicación electrónica periódica), disponible en el siguiente vínculo: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/efectos-de-anadir-una-fianza-solidaria-al-aval-cambiario-en-los-pagares/> con cita a las sentencias de la EXCMA. CORTE SUPREMA Ingresos N° 2808-2005, N° 5866-2008; y N° 18320-2016.

¹⁶³ La mercantilidad del aval cambiario viene dada por la mercantilidad de las operaciones sobre letra de cambio y pagaré según dispone el artículo 3º N° 10 del Código de Comercio. Igual que como revisamos en el caso de la fianza mercantil, el aval mercantil no es naturalmente oneroso.

De esta forma, a diferencia de lo que dispone el artículo 2339 del Código Civil para la fianza civil, aunque también aplicable a la fianza mercantil en que se permite afianzar obligaciones condicionales e incluso futuras de dar, de hacer o no hacer, el contenido de una letra de cambio y de un pagaré sólo puede consistir en una obligación incondicional de pagar una cantidad determinada o determinable de dinero. Así se dispone con nitidez en los artículos 1º N° 3 y 102 N° 2 de la Ley N° 18.092 bajo sanción de “no valer” como letra de cambio (artículos 2 y 103) en caso de contravención.

12.1. ¿A qué y a cuánto se obliga el avalista?

El avalista puede responder limitada o ilimitadamente, lo que equivale a decir que el aval puede ser limitado o ilimitado. Las consecuencias de constituirse una persona en una u otra clase de avalista son por supuesto diversas. En el caso del aval ilimitado, el avalista debe “todo lo que el deudor principal debe” y “en los mismos términos” que la ley impone al aceptante de la letra (artículo 47 inciso 2º de la Ley N° 18.092). Vale decir, debe una misma cantidad de dinero. En el caso del aval limitado, el avalista debe sólo hasta la responsabilidad que se hubiere impuesto, de la misma manera que cuando el fiador se obliga “a menos” en los términos del artículo 2343 inciso 1º del Código Civil.

A pesar de que la ley no lo señala expresamente, el avalista parece no poder obligarse “a más” que el aceptante, pues de la expresión “en los mismos términos” no puede colegirse que un aval comporte mayor onerosidad que aquella de la obligación caucionada. De la misma manera, el contexto dado por el artículo 2343 inciso 1º del Código Civil arquetípicamente para las garantías personales lleva a pensar en esa misma dirección.

Para efectos de este estudio resulta en extremo importante resaltar una característica del aval que permite vincularlo sin mayores dificultades con las garantías autónomas o independientes, de las que forma parte el seguro de caución “a primer requerimiento”. En efecto, el artículo 7º de la Ley N° 18.092 dispone que los terceros obligados por una letra de cambio (entre los que se cuenta el avalista) se obligan a pagar sin respecto de la validez ni existencia real de la obligación principal. La norma dispone:

“La incapacidad de alguno de los signatarios de una letra de cambio, el hecho de que en ésta aparezcan firmas falsas o de personas imaginarias, o la circunstancia de que, por cualquier motivo, el título no obligue a alguno de

los signatarios o a las personas que aparezcan como tales, no invalidan las obligaciones que derivan del título para las demás personas que lo suscriben”.

En este entendido, y como ocurre con el resto de las garantías independientes, no es complejo ni errado afirmar que el avalista debe obligación propia (*proprio nomine*) la que es, además, independiente de la relación de valuta.¹⁶⁴

Si bien el avalista debe “todo lo que el deudor debe” y “en los mismos términos”, por razones que suelen anclarse en la decisión del legislador de privilegiar la libre circulación de los créditos, el artículo 28 de la ley le priva del derecho a oponer excepciones personales del deudor, de lo que se sigue que el avalista se obligue de forma autónoma, más allá de la validez de la obligación avalada, siempre que lo avalado sea una obligación cambiaria.¹⁶⁵

12.2. Derecho de reembolso. Distinciones

Si el avalista paga, generalmente gozará de una acción de reembolso contra la persona avalada y contra los demás firmantes de la letra respecto de los cuales tuviere acción cambiaria de reembolso la misma persona avalada. Así lo dispone el artículo 82 de la Ley N° 18.092.

La acción de reembolso establecida en el Código Civil para el fiador es notoriamente distinta a la de la Ley N° 18.092 para el caso del avalista. En efecto, sabemos que el aval paga una obligación “propia” y “autónoma”, por lo que no sería fácil encuadrar su posición en los artículos 1610 N° 3 ni 2370 del Código Civil que, en cambio, suponen el pago de una deuda ajena. Por ello, al igual como hace el legislador en el artículo 582 del Código de Comercio, probablemente se hizo necesario crear legalmente una acción de reembolso típica y especial, que no dejara lugar a dudas acerca de este derecho y del mecanismo adecuado para obtener su satisfacción.

¹⁶⁴ RIPERT, Georges (1954), p. 202. “El avalista se obliga mediante su firma en la letra y ello aunque la obligación que ha garantizado sea nula por una causa que no sea un vicio de forma. La jurisprudencia anterior a la reforma de 1935 reconocía al avalista el derecho de oponer la nulidad de la letra por causa de ficción”.

¹⁶⁵ Según sostiene LARA AGUAYO, Edinson (2005), p. 55, el aval cambiario “es válido, aunque la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma”, entendiéndose por forma, por ejemplo, que el título no califique legalmente como una letra de cambio conforme lo dispone el artículo 2°.

Por razones que pueden juzgarse como históricas, el régimen jurídico del aval se ha entendido como similar al de la solidaridad pasiva. Pero esto sólo puede afirmarse porque el acreedor puede dirigirse contra el avalista “a su arbitrio” en términos similares a los del artículo 1514 del Código Civil. En efecto, el aval difiere de la solidaridad en cuanto la obligación del avalista no es “la misma” que la del principalmente obligado, como exige para la solidaridad el artículo 1512 del Código Civil. Esta característica muestra con bastante claridad el grado de autonomía obligacional del aval lo que se acredita, además, con la imposibilidad de aprovechar las excepciones personales del directamente obligado.

Consecuencialmente, el régimen de reembolso podría estimarse parecido al de la fianza y al de la solidaridad pasiva, pero definitivamente no es igual. De hecho, si por cualquier razón el avalista tenía interés en el crédito, no resulta para nada claro que le sean aplicables las reglas de liquidación interna del crédito solidario pagado establecidas en el artículo 1522 del Código Civil. También debe dudarse del carácter subrogatorio de este pago pues, técnicamente, el avalista paga una obligación propia y no una obligación de terceros, razón por la que la subrogación puramente legal del artículo 1610 del Código Civil no podría comparecer *prima facie* en ninguna de sus formas.¹⁶⁶

13. LA GARANTÍA PERSONAL PRESTADA POR SOCIEDADES ANÓNIMAS Y/O COOPERATIVAS DE GARANTÍA RECÍPROCA

La Ley N° 20.179 de 20 de junio de 2007, sobre Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca o “S.A.G.R.”, permite expresamente que determinadas instituciones que en principio son mercantiles y de objeto único¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ahora bien, en el aval existe una modalidad especial de subrogación, pero se produce de una manera muy diversa y para un caso distinto que no debe mover a confusiones. Se trata del caso en que concurren varios avalistas y uno paga más que lo que proporcionalmente le corresponde (artículos 82 de la Ley N° 18.092 y 2378 del Código Civil).

¹⁶⁷ El artículo 1° de la Ley N° 20.179 dispone que las sociedades de esta clase serán anónimas y deberán regirse por las normas contenidas en la Ley N° 18.046. Sin embargo, el inciso 4° del mismo artículo dispone que podrán constituirse especialmente Cooperativas para tal efecto, previa autorización del Departamento de Cooperativas del Ministerio de Economía y su constitución se rige por las normas de las cooperativas de ahorro y crédito y su fiscalización se hará de conformidad con las normas aplicables a las cooperativas de importancia económica”.

caucionen “obligaciones de dar, hacer o no hacer en las cuales el beneficiario sea deudor principal, y cuyo origen debe encontrarse dentro del giro de las actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales de éste”.

Se discute el carácter mercantil o civil de la garantía que prestan estas sociedades.¹⁶⁸ Con todo, las actividades que se suelen afianzar participan –generalmente– de una calidad mercantil (empresariales, productivas o comerciales según dispone el artículo 3° letra “a” de la Ley), aun cuando deben dejarse a salvo las actividades profesionales referidas en el mismo artículo, en que la cuestión resulta algo más opinable.

Si se aprecia el objeto que el artículo 3° de la ley otorga a estas instituciones, las S.A.G.R. son fiadoras profesionales y remuneradas por el deudor principal, cuyo mecanismo de prestación de garantía y requerimientos especiales se encuentran regulados con bastante detalle.

13.1. Accesoriedad de la caución prestada por Instituciones de Garantía Recíproca

Como hemos revisado, las instituciones de la Ley N° 20.179 (que pueden ser sociedades anónimas o cooperativas de importancia económica de objeto único) son profesionales en el otorgamiento de fianzas remuneradas para garantizar obligaciones generalmente mercantiles, las que pueden, además, ser presentes o futuras.¹⁶⁹

El asunto ha sido estudiado en profundidad por JEQUIER quien ha analizado estas instituciones desde su perspectiva de Derecho comparado, su recepción en el país como mecanismos de apoyo a las pequeñas y mediana empresas, pasando por una descripción íntegra del mecanismo de constitución, desarrollo de su objeto social, fiscalización y término.¹⁷⁰

Desde el punto de vista de su análisis tipológico, resulta importante señalar que la fianza de las Instituciones de Garantía Recíproca es accesoria y no constituye, por esa misma razón, una especie de garantía autónoma

¹⁶⁸ JEQUIER, Eduardo (2012), “La sociedad anónima de garantía recíproca en Chile; precisiones y propuestas para un nuevo sistema de garantías (Las tendencias del derecho de sociedades en apoyo a la Pyme)”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 19, N° 1, p. 119.

¹⁶⁹ El artículo 12 de la Ley N° 20.179 permite afianzar obligaciones futuras siempre que éstas se encuentren determinadas singularmente en el certificado de fianza.

¹⁷⁰ JEQUIER, Eduardo (2012), pp. 71-128.

o independiente. Lo anterior aparece con nitidez del artículo 15 de la Ley N° 20.179 que dispone que:

“La obligación de la Institución de Garantía Recíproca para con el tercero acreedor se extingue por: a) El pago de la obligación principal caucionada; b) Modificación o novación de la obligación principal, sin intervención y consentimiento de la entidad; y c) Las causas de extinción de las obligaciones en general y las obligaciones accesorias en particular”.

De esta manera, fenecida la obligación principal por cualquier causa, incluida la nulidad de ésta y no sólo el pago efectivo, la garantía otorgada por la de la Institución de Garantía Recíproca se extingue.

13.2. Efectos del incumplimiento del principalmente obligado

Si el deudor principal incumple su obligación, la Institución de Garantía Recíproca no tiene derecho a oponer al acreedor el beneficio de excusión como lo dispone expresamente el artículo 14 inciso 3° de la ley que las regula. De esta forma, cada vez que sea requerida conforme a la ley tras el incumplimiento del deudor principal (llamado aquí *beneficiario*), la Institución de Garantía Recíproca debe simplemente pagar las obligaciones afianzadas en los términos del mismo artículo 14, vale decir:

- a) Continuando con el calendario y demás modalidades de pago pactadas originalmente por el beneficiario con el acreedor. En este caso, si la entidad pagare las deudas o cuotas vencidas a la fecha del requerimiento, dentro de los 30 días que siguen a éste, la cláusula de aceleración de la deuda que se hubiere pactado entre el acreedor y el deudor principal no se aplicará a la entidad, mientras ésta cumpla, en lo sucesivo, con la obligación afianzada en la forma pactada;
- b) Pagar el saldo insoluto de la obligación, en forma anticipada, de conformidad con el contrato respectivo o las disposiciones legales aplicables; y
- c) Pactar, de común acuerdo con el acreedor, modalidades distintas de pago”.

13.3. Régimen de reembolso y subrogación

La Ley N° 20.179 no establece un régimen de reembolso corriente, pero nos parece que nada impide que siendo esta garantía una especie de fianza, se apliquen a su respecto las reglas del artículo 2370 por la que el fiador que paga obligación ajena puede recobrar del deudor principal, más la indemnización de perjuicios, en su caso. Como toda acción de reembolso,

no permite que el actor goce de los privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, pues esta modalidad no supone subrogación.

Además del régimen de reembolso de derecho común que nos parece aplicable según las reglas generales que regulan el afianzamiento, el artículo 14 de la Ley N° 20.179 contempla un régimen de subrogación distinta a la común, desde que permite el cobro de la integridad de la fianza documental comprometida en el contrato de garantía recíproca, aunque el pago haya sido por una suma inferior.

El artículo 14 inciso final de la ley dispone que:

“... sin perjuicio de lo establecido en el N° 3° del artículo 1610 del Código Civil ‘que como sabemos regula la subrogación legal del que paga una deuda a la que se halla obligado subsidiaria o solidariamente’ en virtud del pago de todo o parte de la fianza comprometida, la Institución de Garantía Recíproca se subrogará en los derechos respectivos del acreedor, de conformidad a los contratos que ligen a las partes y a su calidad de fiador, pudiendo hacer exigible el valor total de la fianza otorgada al deudor principal y a sus codeudores o avalistas, cualesquiera que sean las modalidades con que la referida Institución pague las obligaciones afianzadas”.

A nuestro juicio, lo anterior resulta complejo pues supone alterar de manera inconveniente las reglas y efectos normales del pago por subrogación, permitiendo al acreedor subrogante cobrar más allá de lo que efectivamente pagó, lo que comporta validar una subrogación legal por un monto equivalente al total de la fianza otorgada, aunque no haya desembolsado dicha cantidad. Naturalmente que esto pugna con los principios generales de interdicción del enriquecimiento sin causa y con los efectos corrientes del pago por un tercero. En ese sentido, una sentencia reciente emanada del JUZGADO DE LETRAS DE PUERTO VARAS ha resuelto dar lugar a la impugnación de un crédito “contingente” (por el total de la línea), al decretar que sólo es posible tener por reconocido el crédito hasta el monto efectivamente pagado por la S.A.G.R. pero no más que eso.¹⁷¹

14. LAS CARTAS DE CRÉDITO *STAND-BY*

Las cartas de crédito *stand-by* son garantías independientes reguladas por la Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y

¹⁷¹ JUZGADO DE LETRAS DE PUERTO VARAS, autos sobre reorganización judicial caratulados “Inmobiliaria Lagos del Sur S.A.”, rol N° 1352-2020.

Cartas de Crédito *Stand-By* de 1995. De su artículo segundo se puede inferir que se trata de promesas irrevocables unilaterales de pago otorgadas por un banco u otra institución para pagar a un beneficiario una cantidad determinada o determinable de dinero a simple demanda, o bien bajo demanda acompañado de otros documentos a causa del incumplimiento de una obligación u otra contingencia, o por una operación de dinero. Con razón BUSTILLO SAIZ, observando el tenor literal de muchas de estas cartas de crédito, ha señalado que los bancos las pagan cuando “el beneficiario le remite los documentos que prueben que el ordenante no ha cumplido una obligación y que, en rigor, pueden consistir en una simple declaración por parte del beneficiario de que el ordenante no ha cumplido”.¹⁷²

En tal sentido, las cartas de crédito *stand-by* son garantías autónomas cuya intensidad dependerá de su tenor literal. Pero permiten la oposición de excepciones de dolo en los estrictos términos del artículo 19 de la Convención.¹⁷³ Además, se trata de créditos documentarios de aquellos descritos y regulados en el artículo 1º de las UCP 600 o *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*¹⁷⁴ (UCP) de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), que las incluye dentro del concepto de “*credit*”, esto es, “cualquier acuerdo, como sea denominado o descrito, que es irrevocable y en cuya virtud contiene un compromiso definitivo del banco emisor de honrar una presentación que cumpla”. Se trata de una garantía bancaria independiente de los contratos subyacentes, como se encarga de resaltarlo el artículo 4º de los UCP al disponer:

“Article 4 Credits v. Contracts a. A credit by its nature is a separate transaction from the sale or other contract on which it may be based. Banks are in no way concerned with or bound by such contract, even if any reference whatsoever to it is included in the credit. Consequently, the undertaking of a bank to honour, to negotiate or to fulfil any other obligation under the credit is not subject to claims or defences by the applicant resulting from its relationships with the issuing bank or the beneficiary. A beneficiary can in no case avail itself of the contractual relationships existing between banks or between the applicant and the issuing bank. b. An issuing bank should

¹⁷² BUSTILLO, María del Mar (2014) *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución*, Granada, Comares, p. 8.

¹⁷³ *Ibid.*, pp. 12 ss.

¹⁷⁴ PIZARRO, Marcela y BARROILHET, Claudio (2008), “Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXX, p. 157.

discourage any attempt by the applicant to include, as an integral part of the credit, copies of the underlying contract, proforma invoice and the like". (Artículo 4º. "Créditos frente a contratos a. El crédito, por su naturaleza, es una operación independiente de la venta o de cualquier otro contrato en el que pueda estar basado. Los bancos no están afectados ni vinculados por tal contrato, aun cuando en el crédito se incluya alguna referencia a éste. Por lo tanto, el compromiso de un banco de honrar, negociar o cumplir cualquier otra obligación en virtud del crédito no está sujeta a reclamaciones o excepciones por parte del ordenante resultantes de sus relaciones con el banco emisor o con el beneficiario. El beneficiario no puede, en ningún caso, hacer uso de las relaciones contractuales existentes entre los bancos o entre el ordenante y el banco emisor. b. El banco emisor debería desaconsejar cualquier intento del ordenante de incluir, como parte integral del crédito, copias del contrato subyacente, de la factura proforma o similares").

En nuestro país, la *Recopilación Actualizada de Normas* del Banco Central (RAN) en su Capítulo 8.10 (Fianzas y Acales) ha contemplado a las cartas de crédito de forma expresa como una más de las formas en que los Bancos pueden prestar garantías, siempre que conserven un título ejecutivo incuestionable (RAN 8.10 N° 2). Su uso, por ejemplo, también tiene reconocimiento legislativo en la Ley N° 21.169 que modificó la Ley N° 20.551 sobre cierre de faenas mineras, en que se han contemplado como garantías válidas para estos efectos.

15. CARTAS DE PATROCINIO (*COMFORT LETTERS*)

Entre los pocos autores nacionales que han abordado este tema, Jaime ALCALDE ha definido las cartas de patrocinio como "una declaración por medio de la cual una persona (el patrocinador) asegura a otra (el acreedor o destinatario) que las condiciones que se tienen en cuenta para concluir una determinada operación con un tercero (el patrocinado) permanecerán en el tiempo, formando en aquél la expectativa de que dicha operación será satisfactoriamente cumplida, incluso merced a la intervención del otorgante".¹⁷⁵

¹⁷⁵ ALCALDE, Jaime (2010), *Las cartas de patrocinio. Criterios dogmáticos para su aplicación en Chile*, Abeledo Perrot - LegalPublishing, Santiago, p. 13 (= en ALCALDE SILVA, Jaime (2017), "Las cartas de patrocinio y su recepción en el Derecho chileno. Notas a propósito de una sentencia de la Corte Suprema", en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 242, p. 47.

15.1. Naturaleza supuestamente contractual de la *comfort letter*

Si se tiene en consideración el sistema clásico de fuentes de las obligaciones recogido por el Código Civil en artículos 1437 y 2284 resultará complejo encasillar esta figura dentro del concepto de contrato, dado que la *comfort letter* aparece, naturalmente, como un acto estructuralmente unilateral.¹⁷⁶

Como sugiere GOODE, las cartas de patrocinio revelan un típico caso de declaraciones que no acarrear efectos legales, sino que se trata más bien de declaraciones de intenciones honestas que involucran meros juicios de valor, más que datos objetivos.¹⁷⁷ Así, también se ha sostenido “constituyen una garantía del tráfico usualmente utilizadas en la práctica bancaria y darán origen a responsabilidad subsidiaria del patrocinador cuando éste garantice o se comprometa para con un destinatario, acreedor de la obligación principal, a cumplir o indemnizar en caso de incumplimiento del patrocinado o deudor principal”.¹⁷⁸

Si se tiene en cuenta que la declaración unilateral contenida en una *comfort letter* podría ser aceptada, su estructura podría transitar hacia un negocio del tipo convencional y obligatorio, aunque ello dependerá naturalmente de la posibilidad, términos y congruencia de la aceptación.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Para las diferencias entre una declaración unilateral de voluntad y la promesa y el contrato unilateral véase PEÑAILILLO, Daniel (2006), pp. 129 ss. En esta obra (pp. 137 ss.), PEÑAILILLO limita esta fuente de obligaciones a casos muy acotados. Años antes, con abundante doctrina nacional y comparada, PEÑAILILLO, Daniel (1999), “La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 206, p. 20, parece admitir la declaración unilateral como fuente de obligación incluso desde los textos positivos, concretamente desde el artículo 1437 “... un hecho voluntario de la persona que se obliga...” y del artículo 579 cuando señala “... hecho suyo...”.

¹⁷⁷ GOODE, Roy (2004), *Commercial Law*, London, Penguin, 3ª ed., p. 81.

¹⁷⁸ SERRANO, Claudia (2011), “La legitimación para el pago de un tercero”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII, p. 178, señala que ellas “constituyen una garantía del tráfico usualmente utilizadas en la práctica bancaria y darán origen a responsabilidad subsidiaria del patrocinador cuando éste garantice o se comprometa para con un destinatario, acreedor de la obligación principal, a cumplir o indemnizar en caso de incumplimiento del patrocinado o deudor principal”.

¹⁷⁹ Para la aceptación (o no aceptación) de las declaraciones unilaterales en el comercio internacional y la llamada “*battle of the forms*”, véase SCHMITTHOF, Clive (2007), *Export trade. The law and practice of International Trade*, 11ª ed. London, Sweet & Maxwell, pp. 72 ss.

15.2. Naturaleza supuestamente caucional de la *comfort letter*

A pesar de que algunos autores califican a las cartas de patrocinio como “garantías atípicas”,¹⁸⁰ la naturaleza verdaderamente caucional de esta modalidad negocial es compleja de verificar. No es casualidad que, en vista de lo anterior, parte de la doctrina moderna sostiene que esta figura “lucha por encontrar acomodo dogmático”.¹⁸¹ Pensamos que lo anterior se debe, finalmente, a la posibilidad de admitir en el país a las declaraciones unilaterales de voluntad como una fuente de obligación.¹⁸²

Asimismo, teniendo en consideración que el ordenamiento jurídico provee una serie de garantías obligatorias y de fácil ejecución, como las fianzas solidarias, resulta complejo afirmar que una mera declaración unilateral, honesta pero atípica, pueda gozar de la misma virtualidad obligatoria que la ley confiere a garantías típicas de fuente pacticia.

Básicamente, el asunto consiste en lo siguiente: El patrocinador “compromete” una determinada obligación de hacer, que para BARAONA consiste en una “promesa no ejecutable” que sí podría cumplir otras funciones jurídicas, como legitimar una acción de daños.¹⁸³ En tal sentido, su naturaleza obligatoria viene dada más como efecto del incumplimiento de la declaración promisorias y de frustración de expectativas o intereses que por una accesoriedad o autonomía caucional respecto de una obligación principal.¹⁸⁴

ALCALDE ha opinado recientemente que los textos utilizados en el país “son suficientes para generar en el banco la confianza de que la operación a la que acompaña una *comfort letter* tendrá un buen resultado en atención al respaldo que le confiere el prestigio del suscriptor”,¹⁸⁵ lo que, *a priori*,

¹⁸⁰ ALCALDE, Jaime (2017), p. 40.

¹⁸¹ BARAONA, Jorge (2012) “La promesa en el Código Civil”, en *Estudios de Derecho Civil VII* (ELORRIAGA, Fabián, coord.), Santiago, Thomson Reuters, p. 375.

¹⁸² PEÑAILILLO, Daniel (2006), pp. 136-138.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 376.

¹⁸⁴ CHAPARRO, Patricio (2001), “Acerca de las operaciones bancarias y notas sobre ‘securitización’ o titulación de créditos (revisitada); bonos subordinados; ‘*comfort letters*’ y cartas de crédito ‘*standby*’”, en *Gaceta Jurídica*, 2001, N° 248, p. 107. Para este autor el concepto parece ser más restringido, y se circunscribe a “las cartas enviadas por una empresa o sociedad domiciliada en el extranjero, por medio de las cuales respaldan o resguardan las obligaciones contraídas por sus sucursales o filiales en Chile”.

¹⁸⁵ ALCALDE, Jaime (2017), p. 40.

permitiría dudar de su carácter jurídicamente vinculante. No se aprecia, por ello, con nitidez, cuál es su naturaleza obligacional de garantía.¹⁸⁶

16. LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA

Por su fuerte arraigo en la práctica mercantil, y acaso por las dificultades técnicas que presenta tratar de encuadrarlas en un arquetipo negocial determinado, no han sido pocos los autores nacionales que se han abocado al estudio de esta forma de garantía desde hace ya bastante tiempo.¹⁸⁷

En la obra nacional que nos parece más acabada sobre esta materia, CAPRILE explica que la boleta bancaria de garantía habría surgido “ante la prohibición impuesta por el D.L. N° 559 de 26.09.1925 a los bancos de otorgar avales o fianzas bancarias”.¹⁸⁸ Agrega que, por medio de una reforma a la Ley General de Bancos en 1931, se consagró la inembargabilidad de los depósitos dados en garantía a los bancos, lo que terminaría por configurar el carácter de garantía autónoma –y a primera demanda– de la boleta bancaria, rasgo que la identificará preferentemente.¹⁸⁹ CONTRERAS, también en un trabajo del año 2002 explica de forma muy completa lo que argumenta como el origen de las boletas bancarias de garantía, e identifica sus principales características.¹⁹⁰ En ese mismo tenor, PRADO recoge la

¹⁸⁶ ALCALDE, Jaime (2009), “Las cartas de patrocinio: situación en Chile y en el derecho comparado”, en *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga* T. I (TAPIA M., M.; GAITÁN, J.; JURICIC, D.; SALAH, M.; MANTILLA, F., Dir.), Santiago, Ed. Jurídica de Chile, pp. 239-242.

¹⁸⁷ Para un completo panorama de las opiniones de VARELA VARELA; SOMARRIVA; GONZÁLEZ SAAVEDRA; PUELMA; WINTER y CAPRILE, véase AEDO, Cristian (2008), cit., pp. 298-308.

¹⁸⁸ CAPRILE, Bruno (2002), *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento*, Santiago. Ed. Jurídica de Chile, p. 51. Antes, ordenadamente, en las pp. 21-24. Este autor atribuye la prohibición a las recomendaciones de la Misión KEMMERER, lo que tiene mucho sentido si es que se verifica que la misma medida fue tomada en los Estados Unidos después de la crisis de 1929 como muestra BASTIN, Jean (1993), *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago* (trad. de Carmen GUTIÉRREZ de la edición de LJDG, París, 1993), Madrid, Ed. Mapfre, p. 262. Es importante señalar que la prohibición fue eliminada y hoy los bancos pueden otorgar fianzas simples y solidarias, en moneda nacional, con sujeción a las normas y limitaciones que imparta la CMF, tal como indica en artículo 69 N° 11 de la Ley General de Bancos.

¹⁸⁹ Sobre el carácter autónomo y a primer requerimiento de la boleta bancaria de garantía, CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002), pp. 109 ss., y, pp. 127 ss.

¹⁹⁰ CONTRERAS, Osvaldo (2002), pp. 36 ss.

doctrina de que la boleta bancaria de garantía habría nacido en Chile de la “práctica y de las costumbres comerciales por razones muy concretas”.¹⁹¹

Para algunos podría resultar sorprendente que en el año 1926, vale decir, mucho antes de la reforma legal del año 1931 a que hacían referencia tanto CAPRILE como CONTRERAS, el jurista nacional Victorio PESCIO ya describía esta modalidad de garantía con bastante naturalidad, calificando su uso como “frecuente”, como si se tratase de una forma bastante corriente en la práctica nacional,¹⁹² lo que parece indicar que la doctrina tradicional sobre el origen de esta garantía en Chile no debe considerarse tan pacífica.

16.1. Concepto y regulación de la boleta bancaria de garantía en Chile. Crítica

Si bien la finalidad de este trabajo no es emprender un estudio dogmático sobre la boleta bancaria de garantía, debemos reconocer que para comprender ciertas clases de seguro de caución –particularmente el seguro de caución “a primer requerimiento”–, es ineludible detenerse en algunas particularidades de la boleta bancaria, sus fundamentos jurídicos básicos y sus efectos.

Lo anterior se hace más patente si se aprecia que algunas normas vigentes en el país consideran que ciertas pólizas de seguro de caución a favor del Estado deben operar con la misma facilidad de cobro que las boletas tornándolas, desde un punto de vista normativo, en instrumentos prácticamente fungibles.¹⁹³

¹⁹¹ PRADO, Arturo (2011), “Algunos aspectos de la boleta bancaria de garantía”, en AA. VV. *Doctrinas Esenciales Gaceta Jurídica Derecho Comercial* (VERDUGO, Mario, Director), T. III, Abeledo Perrot, Santiago, pp. 531 ss. (= Gaceta Jurídica N° 238/2000).

¹⁹² PESCIO, Victorio (1926) p. VI. “En las propuestas públicas se acostumbra igualmente exigir fianza (?) consistente en una boleta, digamos, o en un depósito en un banco a la orden de la institución que solicita los servicios por medio de propuestas” (el signo de interrogación es del autor).

¹⁹³ Véase el artículo 96 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas (D.S. N° 75 MOP o también RCOP) que establece que el contratista cuyo contrato se acepta deberá presentar como garantía de fiel cumplimiento del contrato “una boleta bancaria o bien una póliza de seguro, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del D.F.L. MOP N° 850 de 1997 (...) siempre que el pago de ésta no esté sujeto a condición alguna distinta de la mera ocurrencia del hecho o siniestro respectivo”. A su turno, la POL 1 2014 0065 dispone que “para los fines de hacerla efectiva, se ceñirá en todo a las mismas normas y procedimientos que corresponderían en caso de que la

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

La facultad de los bancos para emitir boletas bancarias de garantía se encuentra actualmente en el artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos que dispone:

“Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: Emitir boletas o depósitos de garantía, que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen”.¹⁹⁴

El asunto está detalladamente tratado en la *Recopilación Actualizada de Normas*, conocida como “RAN”, cuerpo normativo que hemos revisado al tratar de las cartas de crédito.¹⁹⁵ Este cuerpo normativo originalmente emanaba de la ex SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (SBIF), hoy COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (CMF),¹⁹⁶ y se encarga de definir la boleta bancaria de garantía, en su capítulo introductorio, como una:

“... caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el ‘tomador’ a favor de otra persona llamada ‘beneficiario’ que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario”.

Agrega la misma disposición que:

“... en esta operación se distingue la existencia de tres partes: el tomador de la boleta de garantía que puede ser depositante o deudor del importe de la

garantía estuviera constituida por una boleta de garantía bancaria, entendiéndose que los derechos del Asegurado serán los mismos que correspondan a un beneficiario de tal boleta, en los términos establecidos en el artículo primero de la presente póliza”. Véase también el artículo 52 de la Ley N° 20.551 sobre cierre de faenas mineras, el artículo 30 de la Ley N° 18.045 que establece una garantía obligatoria para Corredores de Bolsa y Agentes de Valores, el artículo 226 de la Ley N° 18.045 sobre garantía obligatoria de los Administradores Generales de Fondos, el artículo 173 de la Ley N° 21.314 que introduce al D.L. N° 3.500 una garantía obligatoria para los diversos tipos de Asesores Previsionales, entre otros varios ejemplos.

¹⁹⁴ La historia completa de esta norma, vigente desde 1925, en CAPRILE, Bruno (2002), pp. 21-24.

¹⁹⁵ Véase *supra* N° 14.

¹⁹⁶ La Ley N° 21.130 modifica el artículo 67 de la Ley N° 21.000 y, en la práctica, unifica la SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (SVS) y la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS (SBIF), subrogándolas en una única COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (CMF).

misma y que no necesariamente será el que contrajo la obligación que cauciona la boleta; el beneficiario de la boleta y el banco emisor del documento”.

Tres cosas deben llamar inmediatamente la atención de esta forma de entender la boleta bancaria de garantía por parte de la autoridad sectorial que la regula. La primera, ya advertida por AEDO,¹⁹⁷ es que la RAN considera que la boleta bancaria de garantía es una especie de “caución”. De hecho, en el tratamiento de la boleta bancaria, la RAN recurre a la palabra “caución” o a alguna variante adjetivada de ella nada menos que en 10 oportunidades, y no sólo en la disposición citada más arriba.

En el capítulo primero de este trabajo, hemos revisado la discusión acerca del uso de las expresiones “caución” y “garantía” frecuente en el país, cuestión que se suele centrar, acaso indebidamente, en la accesoriedad que el artículo 46 del Código Civil que parece predicarla sólo de las primeras. En lo que toca a este problema, AEDO ha señalado que el recurso a la voz “caución” de la regulación sectorial (RAN) denotaría por sí mismo el carácter accesorio de la boleta bancaria, pues las cauciones tienen en el Código Civil la accesoriedad como “nota distintiva”. Para demostrarlo cita a SOMARRIVA quien señalaba “no todas las garantías son cauciones, pero todas estas son garantías”.¹⁹⁸ Este supuesto carácter accesorio de la boleta bancaria de garantía, sin duda, se opone al carácter autónomo que debe exigirse comercialmente a este instrumento mercantil¹⁹⁹ lo que demuestra que el uso preferente o especializado de las palabras “caución” o “garantía” en el ordenamiento chileno no debe ser tomado muy en serio y resulta bastante artificioso.

La segunda cuestión es que la RAN establece que en esta operación bancaria de garantía aparecen tres partes, acaso descuidando el uso que debe darse a la expresión “parte” que es, sin duda, un concepto técnico jurídico y no vulgar ni necesariamente económico. Decimos esto precisamente porque la autoridad sectorial ha determinado que el beneficiario de una boleta bancaria de garantía es “parte” de la operación lo que, con un análisis jurídico menos rudimentario, no puede afirmarse con tanta soltura. En efecto, nadie duda de que el beneficiario de una boleta bancaria de

¹⁹⁷ AEDO, Cristian (2008), p. 301.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 296.

¹⁹⁹ Para el carácter autónomo de la boleta bancaria de garantía, véase CAPRILE, Bruno (2002), pp. 121 ss.

garantía es acreedor. Pero ese acreedor carece de la calidad de parte del contrato propiamente dicho.

En efecto, el beneficiario de una garantía de esta clase sólo es el titular del crédito documentario (aunque lo haya exigido), tal como ocurre, por ejemplo, con el beneficiario en el seguro de garantía o caución,²⁰⁰ aunque también esto ocurre en los seguros de fallecimiento y en otros seguros en que ni el asegurado ni el tomador son designados beneficiarios.

Considerar erróneamente algunos contratos de garantía como tripartitos no es una cuestión nueva. De hecho, cuando analicemos el seguro de caución (aunque esto también se ha predicado del seguro de crédito), veremos que existen autores que afirman que se trata de contratos tripartitos, descuidando con ello ciertos aspectos técnicos que se identifican con la fase de formación del consentimiento y con las manifestaciones de voluntad.²⁰¹ Un supuesto efecto de esta calidad de parte atribuida por la RAN al beneficiario de una boleta bancaria de garantía es que el consentimiento del beneficiario de la boleta es necesario, incluso para prorrogar la vigencia del plazo del instrumento,²⁰² lo que más que con la inexistente calidad de parte del beneficiario debe entenderse como un efecto de la irrevocabilidad e incondicionalidad.²⁰³

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

El párrafo 1.1. de la RAN 8-11 determina que existen dos “maneras de obtener” que un banco emita una boleta bancaria de garantía:

“La primera es que se obtenga la emisión de una boleta con la constitución de un depósito de dinero en el banco por parte del tomador. La otra es que

²⁰⁰ CAPRILE, Bruno (2002), p. 36, probablemente siguiendo la disposición normativa, también califica como “parte” al beneficiario de una boleta bancaria.

²⁰¹ Véase *infra* N° 28 nuestra crítica al supuesto carácter “tripartito” del seguro de caución.

²⁰² RAN 8-11 N° 1.2.5. “Esa prórroga podrá constar en la misma boleta o bien en un documento anexo que dé cuenta de la nueva fecha de vencimiento. Cuando se proceda de esta última forma, deberán indicarse los datos necesarios para identificar la boleta a que corresponde la prórroga otorgada. Este documento en que consta el mayor plazo de vigencia deberá presentarse junto con la boleta respectiva, al momento de hacerla efectiva o cancelarla”.

²⁰³ Lo mismo ocurre en los seguros con beneficiario irrevocable como dispone el artículo 597 del Código de Comercio.

el banco la emita con cargo a un crédito otorgado al tomador, quien suscribe un pagaré u otro título de crédito a favor del banco”.

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

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

Las boletas bancarias sirven para garantizar obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. La RAN dispone, sin embargo, una importante excepción pues no pueden garantizarse por medio de una boleta bancaria las obligaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1º de la Ley N° 18.010.²⁰⁴

La cuestión es relevante puesto que, enfrentadas al seguro de caución (respecto del que la boleta bancaria de garantía usualmente constituye la garantía alternativa), el instrumento bancario tiene un ámbito de aplicación algo más extenso. En efecto, la boleta bancaria de garantía sirve para garantizar obligaciones de dar una cantidad de dinero que no sea de aquellas de la Ley N° 18.010, que es una posibilidad que el seguro de caución no contempla ya que está reservada legalmente para el seguro de crédito.²⁰⁵

²⁰⁴ RAN 8-11 N 1.2.2. “Las empresas bancarias pueden emitir boletas de garantía para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dinero derivadas de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sea para cumplir su objeto o la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, con exclusión de las obligaciones de crédito de dinero definidas en el artículo 1º de la Ley N° 18.010. Dentro de este concepto se comprenden las que tengan por objeto garantizar la devolución de los anticipos recibidos a cuenta del pago de una obligación de hacer”.

²⁰⁵ Para el objeto de las obligaciones que son susceptibles de ser garantizadas por seguros de crédito *versus* el objeto de las obligaciones susceptibles de ser garantizadas por medio de seguros de caución, véase *infra*.

La normativa dispone que el banco debe pagar la boleta de garantía “... al beneficiario en la oportunidad en que éste lo demande, observando solamente, cuando así se hubiera estipulado, el aviso previo de 30 días o del plazo que para el efecto se haya establecido” (RAN 8-11 N° 1.1).

La disposición citada es de la mayor importancia pues de ella se colige que el beneficiario es quien, mediante un simple requerimiento, gatilla el pago a su favor, sin que corresponda al banco calificar la procedencia o no de la disposición patrimonial a que está obligado, y sin que pueda inmiscuirse en la calificación del incumplimiento denunciado, lo que se traduce en que no puede oponer excepciones a quien requiere su pago. En este sentido, la boleta bancaria comparte con el antiguo *receptum argentarii* su carácter de obligación incondicional de garantía independiente o abstracta a primer requerimiento, aunque innova en que establece un límite temporal marcado con la caducidad cuando el beneficiario no la cobra dentro de su plazo de vigencia (RAN 8-11 N° 1.2 letra c y RAN 8-11 N° 1.2.5).

La extinción de la obligación principal no figura entre las causas de extinción ni de caducidad de la boleta bancaria de garantía, razón por la cual se puede decir con propiedad que se trata de una especie de garantía autónoma, esto es, una garantía cuya validez y subsistencia que no depende de la subsistencia (y ni siquiera de la existencia) de la obligación subyacente o relación de valuta para mantener sus efectos plenos con relación al pago.²⁰⁶

16.3. *El problema de la naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía*

Ya en el año 1926, PESCIO, autor normalmente eclipsado por opiniones posteriores de juristas que de algún modo repiten lo que él mismo antes afirmaba, reconocía que “en las propuestas públicas se acostumbra igualmente exigir fianza (?) consistente en una boleta, digamos, o en un depósito en un banco a la orden de la institución que solicita los servicios por medio de propuestas”.²⁰⁷ El uso del signo de interrogación, puesto entre paréntesis por el autor, denota que ya desde ese entonces se dudaba de cuál era la verdadera naturaleza jurídica de estas garantías. Habiendo ya

²⁰⁶ La RAN dispone que las causas de extinción de la boleta bancaria de garantía se reducen a que “el beneficiario la hace efectiva o que el tomador la devuelve al banco, dentro del plazo de validez que se le ha dado...”.

²⁰⁷ PESCIO, Victorio (1926), p. VI.

debatido sobre este tema numerosos autores nacionales, WINTER definió la boleta bancaria de garantía como “un documento emitido por un banco (banco emisor) a solicitud y por cuenta de un cliente (tomador), en virtud de la cual el banco se obliga a pagar a la persona a cuyo favor se extiende (beneficiario) una cierta cantidad de dinero contra la sola presentación del documento a cobro”.²⁰⁸ Esta última definición, bastante célebre en el país, no aporta muchas novedades sobre el tipo negocial que es finalmente lo que definirá la naturaleza jurídica de la boleta bancaria.²⁰⁹

Más modernamente otros autores han ingresado al debate sobre la naturaleza jurídica de este instrumento mercantil. Así, para PRADO,²¹⁰ se trata de una “garantía autónoma incondicional e irrevocable”, lo que afirma con cita a un fallo de la EXCMA. CORTE SUPREMA de 11 de enero de 1947. Con todo, si se revisa ese fallo se puede apreciar que la Corte realmente no se hace cargo de la cuestión, más allá de declarar que se trata de una garantía lícita y hoy, acaso, sería más conveniente citar un fallo redactado por el propio profesor PRADO, quien hoy es Ministro de la EXCMA. CORTE SUPREMA que razona:

“En nuestro ordenamiento, este último presenta la característica, de ser una garantía autónoma, incondicional e irrevocable, a menos que se convenga lo contrario y es intransferible por endoso, salvo el endoso en comisión de cobranza (art. 18, Ley N° 18.092). Aunque nacida de la práctica y de las costumbres bancarias nacionales, la boleta bancaria presenta afinidad con aquellas pactadas ‘a primera demanda’ o a ‘primera solicitud’ como las que existen en el campo del comercio internacional (Carta de crédito *Stand-By*) generadas a partir de las nuevas modalidades de garantías, admitidas en su aplicación a través de reglas uniformes compiladas por la Cámara de Comercio Internacional. En ellas basta atender la reclamación de beneficiario de la garantía, sin que medie proceso judicial previo, para hacer efectivo su importe. El carácter autónomo y abstracto de esta garantía –distinto de la fianza– rígidamente accesoria por su naturaleza (art. 2354 de nuestro Código Civil) o de la cláusula penal (art. 1536), impide que se puedan oponer excepciones al beneficiario por parte del banco en orden a disputar el

²⁰⁸ WINTER, Rodrigo (1995), *La boleta bancaria de garantía. Análisis práctico y jurídico*, Santiago, Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux, p. 15.

²⁰⁹ AEDO, Cristian (2008), p. 299 apunta, con razón, que “tal vez el aspecto más importante de la boleta bancaria de garantía dice relación con la determinación de su naturaleza jurídica”.

²¹⁰ Con alguna historia nacional con relación a la Ley N° 13.305 véase PRADO, Arturo (2011), p. 533.

incumplimiento del contrato que la origina y asienta o que se pueda oponer al cumplimiento tardío o defectuoso. Esta dirección independiente obedece a lo que en el ámbito del derecho anglosajón se denomina ‘Primero Pague y luego discuta’ cuya justificación obedece al objetivo propio que cumple toda boleta de esta naturaleza fruto del ejercicio de la autonomía contractual. Cuarto: Que como se advierte, en la especie, los riesgos del incumplimiento de la obligación garantizada se transfieren del acreedor que es beneficiario de la boleta bancaria, al deudor quien es el tomador de la boleta misma, el cual tendrá que iniciar las acciones judiciales en un juicio de lato conocimiento en el caso en que se haya efectuado un cobro indebido de la boleta”.²¹¹

Por su generalidad arquetípica, lo más simple e intuitivo es identificar la boleta bancaria de garantía con una especie de garantía personal. Así, por ejemplo, lo hace CAPRILE.²¹² En efecto, en esta modalidad de garantía un tomador se presenta ante un fiador profesional (un banco) a solicitar que preste determinada garantía, obligándose irrevocablemente el banco al pago de una cantidad de dinero –y sólo de dinero– a un tercero beneficiario acreedor de una obligación subyacente de fuente contractual o legal.

Pero como señalábamos, la posibilidad de considerar a la boleta bancaria de garantía como una garantía personal no es la única posibilidad disponible, pues no resulta dificultoso confundir el soporte físico con la garantía misma, como suele ocurrir en el caso de los créditos documentarios y de los títulos valores.

Erróneamente se suele atribuir a VARELA VARELA (y varios años más tarde a GONZÁLEZ SAAVEDRA) la doctrina que postula que la boleta bancaria de garantía es un “depósito que permite perfeccionar una prenda de dinero”²¹³ a favor de un tercero beneficiario. La verdad es que, como ocurre en numerosas ocasiones, esta doctrina fue expuesta mucho antes por PESCIO quien señalara, con apoyo jurisprudencial que “tales operaciones no pueden considerarse como una fianza que es una caución personal, sino más bien, como una prenda o garantía real, prenda de un carácter especialísimo, puesto que el acreedor se constituye deudor de una suma de dinero y no en tenedor de una especie determinada de propiedad de otro. La CORTE DE

²¹¹ EXCMA. CORTE SUPREMA, 4 de mayo de 2015, Ingreso N° 4573-2015 (Tercera Sala).

²¹² CAPRILE, Bruno (2002), p. 126.

²¹³ GONZÁLEZ SAAVEDRA, Miguel (1962), *La boleta bancaria de garantía*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 7; AEDO, Cristián (2008), p. 299 apunta que esta es la teoría de VARELA VARELA de 1948 y que, según CAPRILE, Bruno (2002), p. 50 sería “la teoría mayoritaria en nuestra doctrina”.

APELACIONES DE IQUIQUE también así lo ha considerado hace más de un siglo, según referencia del fallo publicado con el N° 32 de la *Gaceta de los Tribunales* de 1921, pág. 182”.²¹⁴ PESCIO inaugura en el país la teoría que sostiene que una boleta de garantía no es una caución personal, sino que más bien consiste en una prenda “de carácter especialísimo”.²¹⁵

Sin embargo, pensamos que a pesar de que la doctrina de la prenda especial de dinero resulta atractiva, no hay espacio para afirmar que la boleta de garantía constituye una garantía real desde que, ciertamente, no existe entrega ninguna de dinero al acreedor,²¹⁶ tal como lo sostuvieran PUELMA,²¹⁷ y años más tarde el ya citado CAPRILE.²¹⁸ Tampoco se genera un derecho de persecución y su oponibilidad *erga omnes* debe ser puesta en duda. Hoy, estando vigente el artículo 14 de la Ley N° 20.190 sobre constitución de prendas especiales sin desplazamiento, la negativa a la tesis de la prenda de dinero se debe, además, apoyar en la falta de formalidades de su constitución.

17. GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EQUIPARABLES AL SEGURO DE CAUCIÓN CHILENO, PARTICULARMENTE AL SEGURO “A PRIMER REQUERIMIENTO”: *PERFORMANCE BONDS DEL COMMON LAW*

Si bien la terminología no resulta demasiado familiar,²¹⁹ son particularmente célebres en el mundo anglosajón y en el tráfico internacional unos instrumentos de garantía llamados *surety bonds*. Dentro de esa categoría, aparecen una serie de instrumentos que permiten asegurar el cumplimiento de las más diversas clases de obligaciones.

Entre los que más nos interesan para los fines de este estudio, en el Derecho anglosajón existen unos instrumentos llamados *bid bonds* (que

²¹⁴ PESCIO, Victorio (1928) p. VI.

²¹⁵ *Ibid.*, p. VI.

²¹⁶ Para la entrega (en propiedad, además) del dinero al acreedor como elemento constitutivo de la prenda de dinero, SOMARRIVA, Manuel (1943), p. 230, aunque a renglón seguido califica (con cita a un informe en derecho del profesor Raúl VARELA) a la boleta de garantía como una prenda de dinero “por el valor que representa la boleta”.

²¹⁷ PUELMA, Álvaro (1971), *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

²¹⁸ CAPRILE, Bruno (2002), p. 5.

²¹⁹ Aun cuando CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 480 se refiere a ellos.

entre nosotros pueden equipararse a las garantías de seriedad de la oferta); y los denominados *performance bonds* que, como su nombre lo indica, consisten en garantías de correcta ejecución de obligaciones ordinariamente contractuales. Se suele atribuir al Derecho alemán, además, la existencia de garantías promisorias independientes, las que se suelen fundar en los párrafos § 780 y § 781 del BGB²²⁰ y más concretamente en la doctrina de la *Garantievertrag*.²²¹

Actualmente en los Estados Unidos, como consecuencia de la exigencia de la llamada *Ley Miller* (y mucho antes, en 1894, la *Ley Heard* o *Heard Act*),²²² se solicitan al licitante que resulta adjudicatario (*bidder*) toda clase de garantías documentarias (*bonds*) para garantizar el cumplimiento de contratos que involucren proyectos de construcción federales de más de US\$ 150.000. También existen leyes estatales que siguen este mismo modelo para proyectos de menor entidad o simplemente locales.

Esta legislación exige dos tipos de instrumentos de garantía de cumplimiento de obligaciones, similares, por no decir idénticos desde el punto de vista económico (aunque no jurídico), al modelo seguido en Chile por el seguro de caución a primera demanda o “a primer requerimiento”.²²³

Obviamente que los *performance bonds* no surgen como una especie de “invento” exclusivo del *Common Law*, sino que aparecen y se estructuran sobre la base de varios siglos de historia de garantías promisorias bancarias abstractas que pueden identificarse tanto en los sistemas continentales como anglosajones. Además de los datos históricos de la antigüedad que hemos provisto más arriba, no puede soslayarse en este desarrollo el llamado “contrato autónomo de garantía” desarrollado por la doctrina alemana

²²⁰ Con importante aparato bibliográfico y crítico, sobre este asunto véase SIRGADO DÍAZ, Emil (2014), “El negocio jurídico, la abstracción y el derecho civil alemán”, en *Revista de Derecho - Escuela de Postgrado* N° 6, p. 63.

²²¹ NAPPI, Paolo (1992), p. 24.

²²² FIEDLER, George (1945), “The Heard Act and the Miller Act After Fifty Years”, en *Insurance Counsel Journal* N° 12, pp. 22 ss.

²²³ FRANKLIN, Charles (1980), “Problems of the Performance Bond Surety with Casualty Insurance exposures”, en *Forum* N° 16, pp. 567-586. La *Ley Miller* exige, en general, dos garantías: Un *performance bond* a favor del Gobierno Federal y, por separado, un *payment bond* para responder a los proveedores de mano de obra y de materiales. Véase *Miller Act Statute* 40 U.S.C 3131-3134.

en el siglo XIX, con una fuerte recepción jurisprudencial en la Europa Continental.²²⁴

Pero no es un misterio que será el Derecho anglosajón, probablemente por la supremacía moderna de las relaciones jurídicas internacionales con compañías inglesas y estadounidenses (o la imposición de sus ordenamientos jurídicos y sus jurisdicciones), el que ha perfilado el aseguramiento del cumplimiento en sus formas más modernas.

Tal como sucede con la mayoría de las garantías abstractas, la naturaleza jurídica de un *performance bond* es compleja y ha causado importantes problemas de interpretación. Como afirma DALBY, en un interesante intento por deconstruir este instrumento, esta clase de documentos se originan en el siglo XIX y son conocidos en el sector de la construcción como formas de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del proponente (“*the bidder can and will complete the contract*”), o como manera de asegurar el correcto uso de anticipos (*advanced payments*), entre otras situaciones similares.²²⁵

La naturaleza jurídica del *performance bond* fue descrita jurisprudencialmente en el derecho anglosajón por LORD DENNING. Este magistrado sentenció que se trata de un instrumento promisorio autónomo a primera demanda, cuya característica no sería la de una garantía o *surety* propiamente dicha (que es típicamente accesorio), sino que consiste en lo que denomina una “*virtual promissory note*”, muy similar a la carta de crédito, cuya característica esencial es la autonomía respecto de la transacción subyacente. La autonomía cesa –en el caso de estas *sureties* y en otras del comercio internacional– si ha precedido indubitadamente un fraude,²²⁶ lo que

²²⁴ Por ejemplo, las numerosas sentencias de la CORTE DE CASACIÓN ITALIANA (Sección Civil) que asimilan los seguros de caución y crédito (*assicurazioni fideiussoria*) a este contrato en ROSSETTI, Marco (2012), pp. 450 ss.

²²⁵ DALBY, Joseph (2010), “A Performance Bond, deconstructed”, en *Business Law International* 105, pp. 105-106.

²²⁶ *Ibid.*, pp. 105 y 107. La cita de LORD DENNING está completa en *Ewan Owen Engineering v Barclays Bank International Ltd.*, “So, as one takes instance after instance, these performance guarantees are virtually promissory notes payable on demand. So long as the Libyan customers make an honest demand, the banks are bound to pay and the banks will rarely, if ever, be in a position to know whether the demand is honest or not. At any rate they will not be able to prove it to be dishonest. So they will have to pay. All this leads to the conclusion that the performance guarantee stands on a similar footing to a letter of credit. A bank which gives a performance guarantee must honour that guarantee according to its terms. It is not concerned in the least with the relations between the supplier and the customer; nor with the question whether the

equivale a señalar que la *exceptio doli* es una posibilidad que el obligado al pago tiene muy excepcionalmente su disposición. Esta posibilidad supone una independencia menos extrema o, lo que es lo mismo, una autonomía menos intensa que la que ofrecen otras garantías en que las excepciones están completamente vedadas, como ocurre en el caso de nuestro seguro de caución “a primer requerimiento”, o en el caso de la boleta bancaria de garantía que hemos revisado más arriba.

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

Por la dureza de sus efectos en cuanto título autónomo, las Cortes han exigido de estas promesas de pago independientes claridad total en su contenido. Si falta esta claridad, se ha fallado, no es posible mantener la ficción de independencia, y las sentencias rechazan la autonomía del *performance bond*, aunque en este caso por defectos del mismo título y no por haberse morigerado la autonomía de la garantía.²²⁷

La cuestión pareciera desconectada de la realidad nacional más que nada por la terminología utilizada y por las disquisiciones jurisprudenciales que han perfilado la naturaleza de estos instrumentos en el tiempo. Pero un análisis cuidadoso arroja que los *performance bonds* –con algunas distinciones jurídicas menores– son los instrumentos que más se asemejan a nuestros

supplier has performed his contracted obligation or not; nor with the question whether the supplier is in default or not. The bank must pay according to its guarantee, on demand, if so stipulated, without proof or conditions. The only exception is when there is a clear fraud of which the bank has notice...”.

²²⁷ *Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Ministry of Finance of Mongolia* (CA 13 Apr 2005). Una simple carta del Ministro de Finanzas de Mongolia (quien tenía facultades para ello) no puede constituir un *Performance Bond* sino una garantía secundaria si su contenido no resulta claro para constituir una verdadera garantía autónoma.

seguros de caución “a primer requerimiento” del artículo 583 inciso final del Código de Comercio y, en su caso, a las boletas bancarias de garantía, aunque con la relevante salvedad que presenta la posibilidad de oponer excepcionalmente la *exceptio doli* para la entidad pagadora, si y sólo si se ha acreditado con claridad o “liquidez” un fraude. Algo similar ocurre con la promesa abstracta del Derecho alemán y con el contrato autónomo de garantía del que da cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en numerosos fallos.

Ciertamente que la influencia del *Common Law* en el resto del mundo ha hecho que, más allá de la cuestión terminológica, esta forma de asegurar el cumplimiento de las obligaciones se imponga en el comercio internacional. De hecho, si centramos el asunto sólo en la modernidad y suprimimos del análisis las garantías abstractas romanas como el *receptum argentarii* y algunas modalidades de *promissory notes* del derecho anglosajón, la afirmación de FERNANDEZ MASÍA en cuanto a que “el nacimiento de las garantías independientes se produjo varios años antes, el interés de la doctrina comenzó realmente a partir de la revolución iraní de 1979”,²²⁸ podría llegar a comprenderse.

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

²²⁸ FERNANDEZ MASÍA, Enrique (2014), pp. 105-108.

CAPÍTULO III

LOS SEGUROS DE CAUCIÓN TAMBIÉN LLAMADOS SEGUROS DE GARANTÍA

18. PROBLEMÁTICA BÁSICA DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

No resulta fácil abordar el estudio de los seguros de caución o garantía en el ordenamiento jurídico chileno. La dificultad comienza con la posibilidad real de encuadrar este contrato en un determinado arquetipo negocial que nos permita determinar sus efectos. En efecto, no sólo es complejo enmarcar la problemática del seguro de caución dentro del contrato de seguro propiamente dicho, pues muchas veces carece de sus elementos distintivos, sino que tampoco resulta fácil encuadrarlo dentro de las garantías personales que hemos revisado en el capítulo anterior.

Para complicar aún más el asunto, el legislador nos presenta dos tipos muy distintos de seguros de caución en los artículos 582 y 583 del Código de Comercio. Estos fueron incorporados al ordenamiento jurídico chileno el 1º de diciembre de 2013 por la Ley Nº 20.667, que modificó íntegramente el tratamiento que el Código de Comercio daba hasta entonces al contrato de seguro en Chile. En todo caso, no es ninguna novedad que existen leyes y disposiciones especiales que trataban de los seguros de esta clase de manera aislada desde antes de su consagración legislativa general.

Las dos tipologías de seguros de caución que presenta el legislador comparten, desde luego, una misma denominación básica, lo que no necesariamente facilita el análisis. Desde un punto de vista orgánico, estos dos tipos de seguros se ubican en el mismo párrafo 8º del Título VIII del Libro II, entre los seguros de daños y bajo el acápite único e unívoco denominado “Del seguro de caución”.²²⁹

²²⁹ El modelo y funcionamiento español, fundamento del ordenamiento nacional en esa materia, y la “competencia” entre el seguro de caución con las garantías bancarias en PORTELLANO

El legislador –y mucho antes que él, la práctica– ha establecido en el artículo 582 del Código de Comercio una tipología de seguro de caución general, que podríamos llamar seguro de caución “corriente”. En esta tipología básica pueden identificarse con facilidad los elementos esenciales y accidentales que suelen aparecer en todo contrato de seguro. Esta tipología básica también ha recibido en Chile el nombre de seguro de caución “sujeto a liquidación”, característica que no necesariamente permite establecer una diferencia específica esencial. Preferiremos, en adelante, la denominación “seguro de caución corriente”.²³⁰

Además del seguro de caución “corriente”, el legislador consagra también los seguros de caución “a primer requerimiento”, también llamados “a primera demanda” entre otras denominaciones. Estos participan de una modalidad comercial distinta y bastante más compleja, debido a que este contrato reviste las características esenciales de una garantía abstracta, autónoma o independiente,²³¹ acaso más parecida a los llamados *performance bonds* y a los *bid bonds* que existen en el marco de las *sureties* del Derecho anglosajón.

Como exponíamos con anterioridad, ambas tipologías de seguro de caución tienen algunas cosas en común, pero sus diferencias son tan marcadas que hacen bastante difícil un desarrollo y análisis armónico o conjunto como si se tratara de una sola materia. Esto implica que las dos tipologías o clases de garantías que confluyen en los artículos 582 y 583 del Código de Comercio deben ser abordadas muchas veces desde perspectivas distin-

DÍEZ, Pedro (2015), “El seguro de caución indirecta”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1740-1745.

²³⁰ El Oficio Circular N° 1.312 de 26 de enero de 2024 introdujo recientemente modificaciones al Oficio Circular N° 972 de 2017, entre las cuales se ordena que las condiciones generales de un seguro de caución (sea o no “a primer requerimiento”) no puede contener en su denominación expresiones tales como “sin liquidación” o “sin liquidador”.

²³¹ CONTRERAS, Osvaldo (2002), pp. 55 ss., mucho antes de la vigencia de la Ley N° 20.667 subclasifica los seguros de garantía en dos “criterios” según lo que en ese entonces eran los “modelos o clases”. El primero es el que distingue entre pólizas que cubren únicamente el ramo de garantía en contraposición a aquellas que cubren ramos tanto de garantía como de crédito. El segundo criterio es aquel por el que distingue las pólizas que estipulan en sus condiciones generales cláusulas de “ejecución inmediata”, “pronto pago”, “a primer requerimiento” o “a solo requerimiento” es decir, “por el grado de su ejecutividad” y las que deben ser objeto de liquidación, que llama “pólizas de garantía más tradicionales”.

tas, sobre todo porque el seguro de caución “a primer requerimiento” tiene peculiaridades especiales que no tiene el seguro de caución “corriente”, razón por la que necesita ser analizado con más detención”.²³²

19. EL SEGURO DE CAUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN: MÁS ALLÁ DE UN CONCEPTO LEGAL

Hasta la entrada en vigor de la Ley N° 20.667, nuestro legislador no se había hecho cargo de una definición legal de seguro de caución. Esto, ciertamente, no significa que los seguros de esta clase no tuvieran cabida o existencia en nuestro país. Al contrario, consta que en el año 1989 la ley incorporó esta clase de contratos al ordenamiento jurídico nacional, aun cuando en ese entonces esta clase de seguros no fue ni definida ni regulada.²³³

Fue por medio de la Ley N° 18.814 de 28 de julio de 1989 (que modificó el antiguo artículo 11 del D.F.L. N° 251, que hasta entonces se refería sólo a los seguros “de crédito” en virtud de la Ley N° 18.660 de 20 de octubre de 1987) que se incorporó la posibilidad de que las compañías del primer grupo²³⁴ pudieran comercializar seguros de caución que, hasta ese entonces, se conocían simplemente como “seguros de garantía”. De hecho, la denominación tradicional “seguros de garantía” sigue identificando a los seguros de caución hasta el día de hoy.

²³² Para ROSSETTI, Marco (2012), p. 439, la cláusula a primer requerimiento y el mecanismo *solve et repete* son simples elementos accidentales del seguro “*de fideiussione*”, lo que no es correcto si se trata de ajustar ese análisis a la realidad chilena, pues se trata de dos arquetipos negociales distintos. Incluso puede señalarse que tampoco es correcto en el Derecho italiano, que ha tratado (sólo) el seguro “a primer requerimiento” como un contrato abstracto de garantía, tal como reconoce el propio ROSSETTI en el mismo artículo a partir de un elenco importante de fallos.

²³³ El concepto de seguro de crédito aparecía en inciso final del artículo 11 del D.F.L. N° 251 desde la Ley N° 18.660 de 1987.

²³⁴ El artículo 41 de la Ley N° 4.228, que crea la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS DE SEGUROS dispuso la división de las compañías de seguro en dos grupos: “Para los efectos de la aplicación de la presente ley, las Compañías de Seguros se dividirán en dos grupos. Al primero pertenecerán aquellas que cubran los riesgos de incendio, marítimos, de transportes terrestres, y demás que aseguren la reparación de daños causados por acontecimientos que puedan o no ocurrir. Al segundo grupo pertenecerán las compañías que cubran el riesgo de vida u otros que aseguren al tenedor de la póliza dentro o al término del plazo de la misma, un capital, o una póliza saldada, o una renta para sí o para su beneficiario”. En 1931 esta norma pasó con algunos cambios menores al artículo 8° del D.F.L. N° 251.

Además de la incorporación legislativa que podríamos llamar “fundacional” de esta forma de aseguramiento, poco a poco fueron apareciendo en el país una serie de normas de toda clase y jerarquía que contemplaron la exigencia de ofrecer algún tipo de garantía o caución para poder desarrollar determinadas actividades económicas, entre la cuales se permite contratar un seguro de caución. Sólo a modo de ejemplo, un corredor de seguros, un corredor de bolsa, un agente de valores, o un veedor o liquidador concursal que opere en el país está obligado a ofrecer una garantía para poder ejercer legalmente su oficio y desempeñar su cargo.²³⁵ También aparece la opción de contratar seguros de caución para tener siquiera derecho a participar en determinadas licitaciones y negocios, como cuando se solicitan garantías de seriedad de la oferta, garantías para desarrollar determinados giros, o como cuando se piden para garantizar el fiel cumplimiento de un contrato, entre otras situaciones imaginables.

Esta realidad fue permitiendo paulatinamente a esta clase de aseguramiento instalarse como una garantía equiparable y, de cierto modo, fungible con las boletas bancarias de garantía y otras cauciones semejantes, cuyo uso estaba ya asentado en el país desde al menos la década de 1920 como observaba Victorio PESCIO.²³⁶

En ese escenario, las compañías autorizadas para comercializar los que entonces se denominaban “seguros de garantía” lograron importantes avances durante las décadas de 1990 y a partir del año 2000, lo que se vio coadyuvado por el gran desarrollo de la industria de la construcción y, muy particularmente, por la irrupción de las concesiones de obra pública fiscal con las que esta clase de seguros convive de forma natural.

El concepto legal de “seguro de caución” incorporado por el artículo 582 del Código de Comercio dispone:

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

²³⁵ Esta modalidad ya la advertía en la década de 1920, con relación a ciertas fianzas, PESCIO, Victorio (1926), cit. p. VII, “... y a propósito de terminologías, aprovecharemos la oportunidad para dejar *exclarecida* una cuestión: Para poder desempeñar algunos cargos ya sea en la industria o en el comercio etc., los patrones exigen una ‘fianza’ que se hace consistir en un depósito a la orden del patrón”.

²³⁶ Véase *supra* N° 16.3.

De la definición legal y de la ubicación de la norma en el título VIII del Libro II del Código de Comercio, se entiende primeramente que el seguro de caución es un tipo de seguro “de daños”.²³⁷ Y, aunque el asunto es discutido, se puede inferir que dentro de la bipartición que la misma ley hace de los seguros de daños, el seguro de caución califica como un seguro “patrimonial” (artículo 544 del Código de Comercio).

Desde una perspectiva funcional, resulta más o menos claro que, al ofrecer al acreedor el patrimonio de un tercero garante profesional se evita, por definición, que se afecte primeramente el patrimonio del tomador o “afianzado”. En ese sentido, y hasta los límites fijados en el contrato, el asegurado (que es el beneficiario de la indemnización condicional de indemnizar) podrá considerarse total o parcialmente indemne, dependiendo de los límites cuantitativos de la cobertura. Pero ciertamente no queda definitivamente indemne el patrimonio del tomador o afianzado, pues si el asegurador paga todo o una parte de la suma asegurada, ese afianzado queda situado *ipso iure* como sujeto pasivo de una acción especial de reembolso, la cual se encuentra establecida en la parte final del inciso 1º del artículo 582 del Código de Comercio, sin contar los posibles efectos subrogatorios del pago.

La caracterización del seguro de caución como un seguro de carácter “patrimonial” se obtiene, además, *contrario sensu*, pues no puede aceptarse que mediante esta modalidad de aseguramiento se cubra “una determinada cosa”²³⁸ lo que, sin lugar a dudas, permite excluir un eventual carácter “real”.

Se advierte que el seguro de caución cumple la función de traspasar a un tercero profesional ciertos riesgos descritos en la póliza para el caso futuro e incierto de que se produzca un incumplimiento de determinadas obligaciones legales o contractuales impuestas al tomador del seguro, quien es también llamado “afianzado”. Si bien una regla de derecho antiguo estima que toda definición es riesgosa,²³⁹ y no podemos sino coincidir con ese adagio, es posible aventurar un concepto de esta clase

²³⁷ Así lo califica, para la ley española, CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), p. 18.

²³⁸ CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 480. Contra, CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), p. 19.

²³⁹ D. 50.17.202 “*Omnis definitio in iure civili periculosa est*” (toda definición es peligrosa en el Derecho Civil”.

de seguros que nos permita ir más allá del simple texto que contiene su definición legal.

En nuestro criterio, el seguro de caución consiste, básicamente, en un mecanismo convencional y oneroso por medio del cual un asegurador (garante profesional) asume un riesgo de incumplimiento de una o más obligaciones de hacer (o de no hacer) que pesan sobre el tomador, las que pueden ser de fuente contractual o legal, y cuya finalidad, como ocurre con todas las garantías de esta clase, es mejorar la posición de un tercero acreedor llamado asegurado o beneficiario, a quien se le ofrece el patrimonio del garante sobre el cual, en caso de siniestro, puede cobrar en dinero hasta los montos señalados en la póliza.²⁴⁰

En cuanto a su estructura, el contrato de seguro de caución se celebra entre la persona del tomador, a quien la ley llama también “afianzado”, y la persona del asegurador. Ellos, y nadie más que ellos, son las partes del contrato de seguro, aunque haya sido un tercero, el asegurado, el que ha exigido previamente la contratación de un seguro como requisito para celebrar el negocio principal, o para simplemente aceptar al tomador como oferente. Se puede constatar que el asunto funciona de una manera muy similar a lo que en el Derecho anglosajón ocurre con los llamados *performance bonds* y con los *bid bonds*, entre otras garantías similares.

La indemnidad que presta el seguro de caución cede a favor del asegurado, único acreedor de la obligación principal, quien no es parte de la relación negocial asegurativa propiamente dicha, aun cuando resulta obvio que ha sido él quien ha exigido, ya por una disposición de la ley, ya por reclamarlo expresamente un contrato, que se constituya determinada garantía a su favor.

Finalmente, puede desprenderse de los artículos 579 y 582 del Código de Comercio que, al menos para el legislador chileno, el riesgo asegurado por medio de un seguro de caución debe ser el incumplimiento de una obligación cualquiera que nazca de la ley o de un contrato, pero siempre que no sea una obligación de dinero pues, en tal caso, si bien se trata igualmente de un seguro de incumplimiento, toma el nombre de seguro

²⁴⁰ La identificación de una “garantía” como la simple mejora en la posición jurídica del acreedor respecto de su deudor suele atribuirse a Díez PÍCAZO, Luis (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid, Thomson Civitas, p. 395.

de crédito y sólo puede ser ofrecido por determinadas aseguradoras con giro especial.²⁴¹

20. NATURALEZA JURÍDICA, TIPOLOGÍAS Y OPERATIVIDAD DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN. CUESTIONES PRELIMINARES

En todo seguro de caución un tercero garante profesional (el asegurador) se obliga a poner a disposición de un tercero asegurado/beneficiario una cantidad determinada o determinable de dinero para el caso en que llegue a ocurrir un incumplimiento del tomador de aquellos descritos en las condiciones particulares de la respectiva póliza.

A diferencia de lo que ocurre con algunas modalidades de boletas bancarias de garantía, el tomador en el seguro de caución no hace previa entrega de dinero al garante ni toma un crédito con él, sino que le paga una retribución o prima por el servicio de caucionar que el asegurador le presta. Como contraprestación, si el asegurador paga la indemnización al asegurado porque ha ocurrido un siniestro cubierto, el tomador queda *ipso iure* legitimado como sujeto pasivo de una acción especial de reembolso que se encuentra regulada en el artículo 582 inciso primero, parte final del Código de Comercio.

Según se ve, es el tomador o afianzado quien remunera al asegurador por un servicio mercantil lo que, como casi siempre ocurre en las garantías personales, permite al negocio adoptar las características arquetípicas de un mandato en que el tomador o afianzado es el mandante, y el asegurador es el mandatario remunerado.²⁴² La referida remuneración se traduce en el acuerdo de pago de la prima o precio del seguro del artículo 3º letra “s” del Código de Comercio, cuyo monto se encontrará fijado en las

²⁴¹ Para esto véase *infra* N° 33.

²⁴² Los romanos, como sucede hoy, además de las simples promesas estipulatorias, recurrieron también al contrato de mandato utilizando una modalidad de este negocio llamada *mandatum pecuniae credendae* o *mandatum qualificatum*. Se trata de un encargo irrevocable que hace el mandante al mandatario para que este pague una suma de dinero a un tercero, como sucede con el actual contrato autónomo de garantía que por algunos se considera como arquetipo negocial histórico de las garantías autónomas modernas. Véase TROPONG, M. (1946), p. 28. Sobre la *promissio indemnitis* véase ZIMMERMANN, Reinhard (1996), p. 127.

condiciones particulares de la póliza.²⁴³ El negocio, según se verifica con facilidad, es relativamente similar a la fianza remunerada del artículo 2341 del Código Civil que, como antes hemos afirmado con detalle recordando la opinión de PESCIO, es también una especie de mandato remunerado.²⁴⁴

Aunque el contrato es generalmente consensual,²⁴⁵ el asegurador de caución debe siempre emitir y entregar al tomador o afianzado un documento escrito (póliza) en el plazo de cinco días hábiles desde el perfeccionamiento del contrato, vale decir, desde que hubo acuerdo en los elementos esenciales del negocio. Toda póliza de seguro de caución debe contener, en consecuencia, además del riesgo y de la estipulación de una prima, la obligación condicional de indemnizar a un tercero beneficiario (quien no participa de la relación contractual asegurativa propiamente dicha), que la ley identifica con la persona del asegurado. Este asegurado que es titular de la obligación de indemnizar es, además, el portador del interés asegurable.

Tal como se señaló más atrás al abordar la problemática básica de los seguros de esta clase, la legislación chilena admite dos tipologías distintas de seguros de caución dentro del mismo género: el seguro de caución “corriente” cuando requiere que se acredite el incumplimiento de la obligación contenida en la relación jurídica subyacente y que, normalmente, se somete a liquidación; y, por otro lado, el seguro de caución “a primer requerimiento” en que el asegurador está obligado a pagar a primera demanda la indemnización pactada al asegurado, sin que medie ni preceda verificación del incumplimiento ni liquidación de ninguna especie.

²⁴³ Sobre la prima en los seguros de caución véase *infra* N° 58.

²⁴⁴ PESCIO, Victorio (1926), p. 36. Precisamente, afirma EL MISMO, pp. 39 y 68 afirma que precisamente de ese mandato (y no de la fianza) surgen las acciones eventuales entre el fiador y el deudor. No es, en consecuencia, esta modalidad de fianza un “contrato oneroso”, como parece plantear GONZÁLEZ, Joel (2018), p. 75, pues la onerosidad es la propia del mandato remunerado y no de la fianza (que son negocios distintos) permaneciendo la fianza perfectamente gratuita y unilateral.

²⁴⁵ Para las posibilidades de solemnizar los seguros no sujetos a imperatividad véase GAZMURI, Francisco y CHAIGNEAU, María Paz, “¿Es posible pactar la solemnidad del contrato de seguro?”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, Año 18, N° 25, pp. 107.118.

21. LOS SEGUROS DE CAUCIÓN SON GARANTÍAS PERSONALES.
LA ENTREGA DE LA PÓLIZA AL ASEGURADO NO CONFIGURA
UNA ESPECIE DE PRENDA Y LA PÓLIZA “A PRIMER REQUERIMIENTO”
NO ES UN TÍTULO DE CRÉDITO

A diferencia de lo que ocurre con la boleta bancaria de garantía, en que la totalidad del dinero ofrecido en garantía está en poder del Banco que la emite –ya porque el girador depositó dinero propio, ya porque tomó un crédito en el caso del denominado “depósito de garantía”–, la discusión sobre la calidad de garantía real o personal de los seguros de caución tiene bastante menos espacio.²⁴⁶

Aun así, y aunque sea de forma tangencial, nos parece útil despejar el problema de la naturaleza instrumental de la póliza de seguro de caución “a primer requerimiento”. De hecho, su carácter de garantía “a primer requerimiento”, muy especialmente si además se pacta “a la vista”, puede hacer surgir la duda acerca de si esta clase de instrumento podría calificar como una especie de título valor, u otra clase de título autónomo, sobre todo cuando se entrega materialmente al asegurado para que la custodie y la cobre llegado el momento, tal como lo haría con una boleta bancaria de garantía.²⁴⁷

El asunto no es tan novedoso respecto de algunas clases de seguros. Se sabe que VIVANTE caracterizó con especial fineza la diferencia entre un título de crédito y otros créditos documentarios. El célebre autor veneciano enseñaba que de la definición de título de crédito se demuestra la diferencia esencial entre éstos “... y cualquier otro documento quirografario (*chirografo*). Los últimos sólo tienen importancia probatoria y por ello pueden ser suplidos, integrados y combatidos por cualquier otro medio de prueba, mientras que el título determina “con su propio tenor el contenido y la medida del crédito”.²⁴⁸

²⁴⁶ ARTIGAS, Francisco (2017), “Riesgos y seguros de caución para grandes proyectos”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, N° 25, p. 80 “concordaremos en que el seguro de caución es una garantía personal...”.

²⁴⁷ Contra, últimamente, la opinión de COLMAN VEGA, Luis (2024), “Instrumentos de caución para garantizar el fiel cumplimiento de los contratos administrativos. ¿Existe una equivalencia funcional?, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 38, pp. 33-58.

²⁴⁸ VIVANTE, Cesare (1896), pp. 78. Las citas son traducción libre. *Ibid.*, pp. 78 y 80.1, descartaba la naturaleza de título de crédito de algunas pólizas de seguro que dan cuenta riesgos relativos a contratos subyacentes. Naturalmente, esto sólo lo podía fundar en la falta

La entrega de la póliza “a primer requerimiento”, o de una copia de ésta, sus condiciones particulares u otro documento, podría aparentar la emisión y entrega de una especie de crédito documentario nominativo o a la orden, pues caben pocas dudas de que se “determina con su propio tenor el contenido y la medida del crédito”.²⁴⁹ En efecto, ya sabemos que el seguro puede ser cobrado por el asegurado a primera demanda y, si se ha estipulado así, incluso a la vista, lo que se lleva adelante en forma totalmente independiente de la relación de valuta.

Como primera cuestión, resulta notorio que el carácter promisorio y pecuniario de la obligación de indemnizar contenida en todo seguro de caución –que en el caso de los seguros “a primer requerimiento” constituye, además, una promesa irrevocable e incondicional–, podría dar lugar a afirmar que la póliza, esto es, el “documento justificativo del seguro”²⁵⁰ funge como un verdadero título representativo de dinero. O, al menos, como un crédito documentario, más si se ordena el pago de una suma líquida de dinero (“*definite sum of money*”), lo que efectivamente ocurre en los seguros de caución “a primer requerimiento” en que se establece con precisión “la medida del crédito”.²⁵¹ Incluso podría razonarse que, una vez entregada la póliza “a primer requerimiento” al acreedor, se celebra una especie de prenda de dinero o de título.²⁵²

Al efecto, los UCP o “*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*” emanados de la CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC) cuentan con una sexta revisión (no obligatoria),²⁵³ desde su incorporación en 1933 (UCP 600) en que se define “crédito” (artículo 2º):

“... todo acuerdo, como quiera que se denomine o describa, que es irrevocable y por el que se constituye un compromiso firme cierto del banco emisor para honrar una presentación conforme”.

de autonomía, lo que no sería aplicable a la póliza de caución “a primera demanda” que es precisamente autónoma o independiente.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Artículo 512 letra “p” del Código de Comercio.

²⁵¹ La expresión “*definite sum of money*” es la que usa para referirse a sumas líquidas la *United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes* de 1988. Puede traducirse también como “suma determinada de dinero”.

²⁵² NATOLI, Roberto (2012), p. 3.

²⁵³ PIZARRO, Marcela y BARROILHET, Claudio (2008), pp. 157 ss. advierten que sólo es posible darle aplicación vinculante si se invoca expresamente según indica su artículo 1-a.

La calidad de crédito documentario, al menos en el caso de la póliza de seguro de caución “a primer requerimiento” parecería cumplirse a la luz de esta definición. En primer lugar, como también advertía VIVANTE, la calidad nominativa impide la configuración de un título como “valor negociable”²⁵⁴ (aun cuando se sabe que es posible ceder excepcionalmente la póliza de caución recurriendo al artículo 522 del Código de Comercio que establece reglas bastante rígidas). De hecho, nadie duda de que la naturaleza de esta póliza no es la de circular, dada la irrevocabilidad de la nominación de la persona del asegurado.

En segundo lugar, aunque se entregue al asegurado materialmente una póliza u otro título documentario que contenga una obligación incondicional e irrevocable de pagar una cantidad líquida de dinero, el seguro de caución es y sigue siendo una garantía personal generalmente nominativa. En esta clase de seguros el garante se obliga *in personam*, vale decir, obligando su patrimonio en dinero contra acciones personales que puede ejercer el acreedor, sin que quede obligada una cosa determinada ni menos una póliza o título.

Pero hay una cuestión más importante. El asegurador se obliga “a primer requerimiento” más allá de si se emitió o no la póliza, pues se sabe que el contrato de seguro es consensual y puede acreditarse por otros medios conforme lo dispone el artículo 14 del Código de Comercio. La característica de crédito documentario que presuntamente podría comparecer en la póliza de caución “a primer requerimiento” empieza, entonces, a ser muy compleja de construir. Además, la devolución, destrucción de un ejemplar de la póliza o su inutilización no equivalen a dar recibo de pago en los términos del artículo 119 del Código de Comercio, razón por la que el acreedor no puede negarse a suscribir o dar carta de pago al asegurador, lo que desmorona cualquier teorización sobre la calidad de título de crédito y/o de título valor de la póliza.

Finalmente, tampoco es posible calificar a esta clase de póliza como una especie de prenda de títulos, ni como prenda de dinero, desde luego, porque no existe entrega de dinero ni de parte del deudor de la obligación

²⁵⁴ Sobre este concepto véase la Ley de Mercado de Valores de España N° 47/2007 (artículo 2) y el estudio de GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2017), “La sustitución de la noción ‘título-valor’ por ‘valores negociables’ en la Ley del Mercado de Valores de España, como base para la delimitación de un derecho del mercado de valores”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 24, N° 2, pp. 224 ss.

subyacente ni de parte del fiador o asegurador, y además porque no se cumplen los requisitos que exige la prenda de títulos que establece la ley en los artículos 2389 del Código Civil y 7° de la Ley N° 21.190. Pero más notoriamente, de la contratación de un seguro de caución o de la entrega de la póliza no surge un derecho real de ninguna especie que pueda ser ejercido *erga omnes* y ninguno de los derechos que suelen atribuirse a la prenda.

22. EL CRÉDITO DEL ACREEDOR PRINCIPAL EN EL CONTRATO DE FIANZA Y EL CRÉDITO DEL BENEFICIARIO DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN. DISTINCIONES IMPORTANTES

Entre nosotros CONTRERAS señala que “en principio resulta muy dificultoso encontrar diferencias entre esta institución y el contrato de fianza”. De hecho, la misma ley denomina al tomador como “afianzado”. Este mismo autor, sin embargo y a renglón seguido, nos ofrece una lista con diferencias interesantes entre estos dos negocios jurídicos,²⁵⁵ entre las cuales destaca el problema del giro exclusivo del asegurador, el beneficio de excusión, la onerosidad, etc.²⁵⁶

Desde el punto de vista del objeto, la fianza funciona de forma muy similar al seguro de caución, sobre todo si se tiene en consideración lo dispuesto en el artículo 2343 inciso 3° del Código Civil sobre la fianza de hecho ajeno. La norma prescribe:

“Afianzando un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inexecución se resuelva”.

Y como hemos revisado más atrás, el seguro de caución se parece a la fianza cuyo servicio es remunerado —aunque en este caso por el tomador—, remuneración que en el caso del contrato de seguro toma el nombre de “prima”.²⁵⁷

Pero hay más diferencias, algunas de ellas bastante más importantes que las apuntadas por la doctrina tradicional puesto que son más bien estructurales. En el seguro de caución, el asegurador (fiador) contrata con el deudor principal (tomador), pero no con el acreedor de la obligación principal. Básicamente, el asegurador contrae una obligación que participa

²⁵⁵ CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 480 y, p. 482.

²⁵⁶ Otro elenco de diferencias y similitudes entre la fianza y el seguro de caución (antes de la Ley N° 20.667) en ACHURRA, Juan (2005), p. 215.

²⁵⁷ Este análisis *supra* N° 8.

de las características del seguro a beneficio de otro, que puede calificarse como una especie de estipulación a favor de un tercero para el caso futuro e incierto de que el tomador incumpla un contrato o la ley.²⁵⁸ El carácter irrevocable de la designación de beneficiario en seguro de caución, con todo, dificulta su asimilación perfecta con la figura del artículo 1449 del Código Civil, aun cuando la revocabilidad no es de la esencia sino que sólo comparece como un elemento accidental de esta última figura.²⁵⁹ En la fianza, en cambio, desde su origen *fideiussorio*, el fiador contrata directamente con el acreedor principal, pero no contrata fianza con el deudor principal.²⁶⁰

DÍEZ PICAZO expone una ilustrativa clasificación de arquetipos negociales distintos para los negocios *fideiussorios*. Destaca que, además de las fianzas corrientes, pueden exigir casos de fianzas por cuenta ajena, cuando la garantía se acuerda entre el deudor y el fiador y a favor de un tercero acreedor que no participa en el negocio de garantía.²⁶¹ A diferencia de la fianza corriente, esta clase de afianzamiento es similar a la que celebra el tomador con el asegurador para beneficio de un tercero que no integra la estructura contractual,²⁶² aun cuando es el mayor interesado en la no realización del riesgo de impago. Esta tipología *fideiussoria* es arquetípicamente asimilable al seguro de caución, pero es distinta a la fianza común.

²⁵⁸ Véase *infra* N°s. 28 y 29.

²⁵⁹ MARCELO ROSSETTI, Marco (2012), p. 456 lo considera derechamente una estipulación a favor de tercero del artículo 1411 del Código italiano, con todos los efectos que ello comporta. Pensamos, en cambio, que se trata de una modalidad especial de estipulación a favor de tercero, similar a la del seguro de vida que antes hemos descrito en NASSER, Marcelo (2018), *Los seguros de personas*, Santiago, Thomson Reuters, p. 73 y, en general, pp. 49 ss. Para una crítica a la postura de la estipulación a favor de otro (aunque no referida al seguro de caución, es verdad) véase RÍOS, Roberto (2015), “Comentario al artículo 513 letra c”, en AA.VV. (2015) *El contrato de seguro* cit., pp. 64 y ss.

²⁶⁰ DÍEZ PICAZO, Luis (1986), pp. 598 ss. CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), p. 68 da cuenta (más allá de la regulación legal) de las formas que puede revestir toda relación que involucre una fianza.

²⁶¹ Sobre el interés que es necesario en el estipulante véase DÍEZ-PICAZO, Luis (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Thomson Civitas, 6ª edición, T. 1, p. 540.

²⁶² Así, por todos, OLIVENCIA RUIZ, Manuel (1982), “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, en VERDERA, Evelio (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, pp. 879 ss. En Chile (con cita a CAMACHO DE LOS RÍOS) GONZÁLEZ, Joel (2018), pp. 76 ss., lo califica como un seguro por cuenta ajena sin aportar argumentos, pese a que (pensamos que erradamente) entiende que se trata de una relación contractual tripartita.

Otra característica que distingue al seguro de caución con la fianza común es que el seguro de caución es un negocio jurídico bilateral remunerado por el tomador. Este negocio, como ya se ha señalado, genera una obligación a favor de un tercero asegurado que no es parte del contrato, aun cuando ese tercero se beneficia ampliamente de sus efectos.²⁶³ La fianza común, en cambio, es un contrato unilateral y ordinariamente gratuito, aun cuando autores como ROSSETTI han sostenido que la fianza es conmutativa, desde que confiere al fiador la acción de regreso,²⁶⁴ lo que supone desatender su estructura histórico-dogmática.

Ahora bien, en los dos arquetipos caucionales que presentamos, el acreedor es titular de una acción personal en contra de la persona que afianza, haya o no contratado con él y sea quien sea que le haya pagado o se haya obligado a pagar la correspondiente remuneración. Como contrapartida, el pago hecho por el fiador o asegurador produce, también en ambos casos un derecho de reembolso y una subrogación legal, cuyos efectos analizaremos en su oportunidad en detalle, aun cuando podemos anticipar que el asegurador de caución no necesariamente paga deuda ajena en los términos del artículo 1610 N° 5 del Código Civil, sino que paga obligación propia.²⁶⁵

En este entendido, y sólo desde un punto de vista funcional, la fianza y el seguro de caución proveen el mismo efecto para el acreedor que es titular del interés, pero se distinguen tanto obligacional como estructuralmente.

23. REQUISITOS LEGALES PARA DAR COBERTURA: ¿CUÁNDO DEBE PAGARSE UN SEGURO DE CAUCIÓN “CORRIENTE”?

El primer tipo legal que se nos presenta es el seguro de caución que hemos sugerido denominar seguro de caución “corriente”, en contraste con aquellos que son “a primer requerimiento”, “a primera demanda” u otra denominación semejante. El concepto legal de esta clase de seguros de caución “corrientes” se puede extraer del artículo 582 del Código de Comercio y se identifica porque en su virtud:

²⁶³ Para un análisis del seguro de caución como típico contrato por cuenta ajena, véase BARRÉS BENLLOCH, María Pilar (1996), *Régimen jurídico del seguro de caución*, Pamplona, Aranzadi, pp. 165 ss.

²⁶⁴ ROSSETTI, Marco (2012), *Il diritto delle assicurazioni*, Padova, Cedam, p. 443.

²⁶⁵ Para el reembolso y la subrogación en el seguro de caución, véase *infra* N° 48.

“... el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales”.

La misma norma establece como elemento –también tipológico–, en la parte final del inciso 1º, un derecho de reembolso a favor del asegurador que ha pagado el siniestro y, como consecuencia de aquello, una acción especial personal y correlativa. La norma dispone:

“Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

Aun cuando en ocasiones esto es pasado por alto, hay poco espacio para dudar de que el legislador exige como primer requisito de esta tipología negocial el hecho cierto de que el asegurado haya sufrido daños patrimoniales. Como segundo requisito, el legislador exige que tales daños patrimoniales deben haberse causado al asegurado como consecuencia de un incumplimiento del tomador respecto de “sus” obligaciones legales o contractuales, que son las que se encuentran descritas dentro del riesgo asegurado en el contrato.

Lo señalado arriba impediría *prima facie* dar cobertura a un seguro de caución “corriente” cuando no se han producido perjuicios patrimoniales efectivos al asegurado, aunque exista incumplimiento del afianzado o tomador que, por ejemplo, lesione un interés futuro. En efecto, el tenor literal del artículo 582 del Código de Comercio exige que los daños se “hayan sufrido”, en pretérito perfecto compuesto.

Si se sigue con el claro tenor literal de la norma, tampoco puede gatillarse esta cobertura si es que los incumplimientos de contrato o de ley provienen de un tercero. En efecto, la ley exige que el incumplimiento sea de “sus” obligaciones, lo que apunta directa e indefectiblemente a una imputación a la persona del tomador. Una consecuencia natural de lo anterior es que, salvo que el contrato disponga otra cosa, esta cobertura tampoco podrá obtenerse en el caso de que los perjuicios patrimoniales existan, pero aparezca que han sido autoinfligidos por el asegurado, y muy particularmente cuando provengan de un caso fortuito o de una fuerza mayor acreditada.²⁶⁶

Finalmente, si los perjuicios efectivamente se produjeron a consecuencia de un incumplimiento imputable al tomador, pero no produjeron daños

²⁶⁶ ACHURRA, Juan (2005), p. 220.

patrimoniales sino de otra entidad, tampoco será posible obtener cobertura mediante esta clase de aseguramiento.

Por las razones apuntadas anteriormente, es perfectamente posible –y de hecho es muy común–, que el tomador de un seguro de caución “corriente” que ha sido requerido por su acreedor para que cumpla las obligaciones de hacer contenidas en el contrato subyacente se defienda, argumentando toda clase de situaciones para evitar el pago de la obligación principal, lo que podrá hacer por vías epistolares prejudiciales, o bien mediante la oposición de las correspondientes excepciones procesales en caso de existir un litigio.

Tales alegaciones son extremadamente relevantes a la hora de estudiar la configuración efectiva del siniestro que analiza el liquidador de seguros con el fin de recomendar dar o no cobertura al seguro de caución “corriente”. De hecho, si el liquidador de seguros no verifica el cumplimiento de los requisitos legales mencionados en el artículo 582 del Código de Comercio con sujeción estricta a las reglas de la técnica que le imponen el D.F.L. N° 251 y el Decreto N° 1.055 de 2012, no podrá constatar una hipótesis de cobertura, lo que lo forzará a recomendar rechazar el pago del siniestro.

24. ACTITUDES QUE PUEDE TOMAR EL ASEGURADOR FRENTE A LAS EXCEPCIONES, ALEGACIONES O EXPLICACIONES DEL TOMADOR EN EL SEGURO DE CAUCIÓN “CORRIENTE”

En muchas ocasiones, el problema del incumplimiento de las obligaciones del afianzado es de difícil determinación. En la práctica, no es poco frecuente que entre el afianzado y el asegurado existan trabados toda clase de conflictos y litigios con relación al servicio efectivo de las obligaciones contraídas por uno y por otro.

Esta situación, naturalmente, podría frustrar o al menos diferir la hipótesis de ocurrencia efectiva del siniestro manifestada como el “incumplimiento de obligaciones del tomador” que desemboquen en “perjuicios patrimoniales sufridos” por el asegurado, que son las que contienen tanto la ley como las pólizas.

En efecto, en esta clase de litigios se ventilan las diferencias entre el tomador y el asegurado con relación al incumplimiento y a su imputabilidad y, además, la efectividad del daño patrimonial es objeto de determinación cualitativa y cuantitativa. Asimismo, es un hecho bastante conocido que estos juicios pueden durar mucho tiempo, bastante más que un proceso de liquidación legalmente tramitado.

Pensamos, siguiendo en esto a CONTRERAS, que es por esta misma razón que el inciso 2º del artículo 582 del Código de Comercio dispone una especie de “autorización” al asegurador para que pague el siniestro reclamado²⁶⁷ aunque actualmente se discutan sus circunstancias, sin perjuicio de mantener sus derechos si el pago resulta, en definitiva, un pago indebido. Si bien es cierto que la norma podría haber tenido una redacción más feliz, señala lo siguiente:

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

La disposición debe ser abordada con cuidado. En primer lugar, debe descartarse terminantemente que se trate de una prohibición al asegurador para oponer al asegurado las excepciones del tomador como la que presenta el inciso final del artículo 583 del Código de Comercio referida al seguro de caución “a primer requerimiento”. No es este el caso, y basta confrontar ambas redacciones para percatarse de que la intención del legislador es notoriamente distinta.

En el caso del artículo 582 inciso 2º del Código de Comercio, si la indemnización es sometida a cobro por el asegurado que denuncia un incumplimiento del tomador, es perfectamente posible (y muy probable) que este último acuda (o ya haya acudido) a argumentar que el contrato subyacente está cumplido, que las obligaciones se encuentran pendientes de plazo o condición, o cualquier otra alegación semejante que comporte una defensa o una excepción plausible. Esas mismas defensas pueden ser opuestas por el tomador no sólo al asegurado sino que argumentadas frente al asegurador, con la finalidad de evitar que pague la indemnización con todos los efectos negativos que ello acarrea, entre los que destaca el quedar obligado en la acción de reembolso y, muy fundamentalmente, por las contragarantías que haya suscrito que normalmente conducirán al tomador a un gravoso procedimiento ejecutivo o incluso a la liquidación concursal.

Pero una cosa distinta es que el asegurador esté obligado a acoger estas defensas.

El tenor literal del ya citado inciso 2º del artículo 582 del Código de Comercio da a entender que el legislador confiere al asegurador que ha sido requerido de pago de la indemnización de un seguro de garantía “corriente”

²⁶⁷ CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 496.

dos opciones: La primera es rechazar el pago, lo que equivale a utilizar a su favor –de una forma similar a lo que ocurre en el artículo 2354 del Código Civil con relación al contrato de fianza– alguna de las excepciones del tomador.²⁶⁸ La segunda opción es pagar el siniestro aunque exista pleito judicial, extrajudicial o administrativo entre el asegurado y el tomador sobre el efectivo cumplimiento del contrato subyacente. Esta es, precisamente, la alternativa que permite el artículo 582 del Código de Comercio mediante el uso de la expresión “no obstará”. Si el asegurador paga el siniestro que está discutido, mantiene todos los derechos contra quienes en definitiva corresponda, y el pago podrá ser repetido si resultare ser un pago que deviene en injustificado.²⁶⁹

Esta especie de autorización referida por CONTRERAS (que, si se mira más detalladamente, más bien es una “opción”), se confiere, en palabras de este autor, con el fin de “proteger la seriedad de la institución del seguro de caución” y, en consecuencia, faculta al asegurador para pagar el siniestro si es que estima “que las explicaciones del tomador en relación a su incumplimiento no ofrecen suficiente respaldo de veracidad”.²⁷⁰

En la práctica, es frecuente que la cuestión relativa al incumplimiento contractual o legal del tomador y la existencia de perjuicios patrimoniales ciertos no se encuentre sólo disputada de forma epistolar, sino que esté pendiente de resolución judicial, arbitral o administrativa. En este caso, difícilmente un liquidador de seguros recomendará la indemnización sino hasta que se determine el incumplimiento por sentencia o resolución firme. Pero el inciso 2º del artículo 582 del Código de Comercio permite al asegurador pagar lícitamente la indemnización de todas formas, lo que supone que le permite también conservar los derechos del que paga por error una prestación si es que llega a resultar que el pago fue indebido.

²⁶⁸ En el contrato de fianza, por ejemplo, el artículo 2354 del Código Civil permite al fiador oponer al acreedor “las excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada pero no las personales del deudor...”, aclarándose al final, que “son excepciones reales las inherentes a la obligación principal” lo que importa decir que la excepción de pago, o de no haberse incumplido la obligación son excepciones de las que un fiador puede valerse.

²⁶⁹ Una situación similar por sus efectos, aunque claramente no igual, es la que presentan los artículos 2376 y 2377 del Código Civil.

²⁷⁰ CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 496.

La circunstancia de que el inciso 2º del artículo 582 permita al asegurador pagar íntegramente el siniestro aun cuando se encuentre disputado judicial o extrajudicialmente no es un asunto tan simple de explicar. Más si se tiene en consideración que el seguro de caución “corriente” es un negocio accesorio, vale decir que, al igual que en la fianza civil o mercantil, su subsistencia depende de la existencia y de la validez de la obligación principal. Piénsese que, en la práctica, la autorización legal para pagar un siniestro discutido puede conducir a que el asegurador pague al asegurado una obligación que sea declarada inexistente, caducada, e incluso una cuyo incumplimiento no causó perjuicio patrimonial de ninguna especie. Y este hecho podría pugnar con las reglas que impiden repetir lo que se ha dado indebidamente si se hiciera a sabiendas como dictamina el artículo 2299 del Código Civil.

Pero el asunto tiene una salida en la misma ley. La autorización expresa contenida en el artículo 582 inciso 2º del Código de Comercio para que el asegurador pague el siniestro “no obstante” se encuentre discutido, impide que el asegurado le oponga con posterioridad la excepción del artículo 2299 del Código Civil pues, si bien el asegurador pagó sabiendo lo que hacía “tanto en el hecho como en el derecho”, el pago tiene lugar con autorización legal expresa, lo que impide la aplicación de la regla general. Además, hay un caso evidente de enriquecimiento injustificado que legitima al pagador en la *actio in rem verso*.

De esta forma, el asegurado que recibió el pago del seguro de buena fe en virtud del artículo 582 inciso 2º del Código de Comercio deberá restituirlo íntegramente al asegurador, pues ha quedado a firme que nada se le debía. Y pensamos que deberá intereses corrientes si recibió de mala fe según lo dispone el artículo 2300 del Código Civil, lo que se entiende siempre que el asegurador haya interpuesto las acciones dentro del plazo de prescripción.

25. TIPOLOGÍA DEL SEGURO DE CAUCIÓN “A PRIMER REQUERIMIENTO”.

INEFICACIA DE TODAS LAS EXCEPCIONES EMANADAS DE LA RELACIÓN SUBYACENTE COMO EFECTO DE LA ABSTRACCIÓN O INDEPENDENCIA

El segundo tipo de seguro de caución regulado en la ley es bastante más complejo que el seguro de caución que hemos denominado “corriente”. Se trata del seguro de caución que la misma ley denomina “a primer requerimiento”. Esta denominación no es unívoca, pues también suele llamarse

seguro de caución “a primera demanda”, “de ejecución inmediata”, “a la vista”, etc.²⁷¹

Este tipo de seguro de caución se encuentra especialmente tratado por el legislador chileno en el inciso final del artículo 583 del Código de Comercio. La referida norma dispone:

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

Aunque el lenguaje podría haber sido –nuevamente– más claro, en este tipo de seguro de caución el legislador ha resuelto privar al asegurador de su derecho a oponer excepciones para condicionar o diferir el pago al asegurado que lo requiere.

Como hemos visto más atrás al analizar las garantías abstractas, el legislador (y las partes) pueden determinar diversos grados de independencia, lo que se determina, en los hechos, en la mayor o menor posibilidad de conectar causalmente la relación jurídica subyacente con la obligación misma de garantía. La realidad comercial nacional e internacional indica que existen títulos más independientes que otros, lo que depende de la intensidad con la que el legislador impida al deudor o garante oponer excepciones al cobro y, muy particularmente, la *exceptio doli*.²⁷²

A falta de una distinción o tratamiento legal, es posible sostener que en el caso del artículo 583 inciso final del Código de Comercio, el legislador chileno ha resuelto privar al asegurador del derecho a poner toda clase de excepciones, incluidas las “inherentes a la obligación principal”,²⁷³ como la de pago, la nulidad absoluta, y también algunas que dicen relación con la calidad o estado de las partes que las ejecutan o celebran, los vicios de la voluntad, y cualquier otra que haga decaer total o parcialmente la obliga-

²⁷¹ Sobre estas denominaciones, véase el Oficio Circular N° 972 (N° 4) de la CMF de 13 de enero de 2017. La denominación “a la vista”, además supone que el seguro deberá pagarse “*on demand*”, “*over the counter*”, esto es, por ventanilla, sin que medie plazo alguno, a simple requerimiento o demanda.

²⁷² Para esta materia, en detalle, véase MERUZZI, Giovanni (2005), pp. 442 ss.; GAROFALO, Luigi y VIARO, Silvia (2011), p. 30; VIVANTE, Cesare (1896), p. 80; SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo y QUICHAÑO RODRÍGUEZ, Javier (2011), pp. 271 ss.; SEMEGHINI, Danilo (2010), pp. 41 ss.; NATOLI, Roberto (2012), pp. 4 ss.; MONTICELLI, Salvatore (2003), pp. 70 ss. Para la *exceptio doli* en las garantías abstractas, véase *supra* N° 7.

²⁷³ Es la forma en que define las excepciones reales el artículo 2354 del Código Civil.

ción subyacente, incluida las falsas declaraciones del tomador, lo que –de paso– torna inaplicable para esta clase de seguros a primer requerimiento el régimen de remedios del artículo 525 del Código de Comercio.²⁷⁴

Salvo que una disposición normativa exija expresamente que se contrate de este modo como ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 109 del D.F.L. N° 850 del MOP y del Reglamento para Contratos de Obras Públicas (D.S. N° 75 MOP de 2004 o RCOP) o en el caso del artículo 52 inciso 3° de la Ley N° 20.551 modificada por la Ley N° 21.169 sobre cierre de faenas mineras,²⁷⁵ nadie está obligado a contratar garantías “a primer requerimiento”.

²⁷⁴ Así lo dispone, con inusual claridad el Oficio Circular N° 972 (N° 2) de la COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO y ha sido interpretado por el Consejo de dicha entidad en los expedientes sancionatorios contenidos en los siguientes actos administrativos: Resolución Exenta N° 1.057 de 2020, que aplicó sanción de multa de UF 1000 a AVLA SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A. por infracción al artículo 583 inciso final del Código de Comercio y al N° 1 del Oficio Circular N° 972; Resolución Exenta N° 1.138 de 2021, que aplicó sanción de multa de UF 300 a AVLA SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A. por infracción al artículo 583 inciso final del Código de Comercio y al N° 1 del Oficio Circular N° 972; Resolución Exenta N° 1.962 de 2021, que aplicó sanción de multa de UF 1.300 a ORSAN SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A. por infracción al artículo 583 inciso final del Código de Comercio y al N° 1 del Oficio Circular N° 972; Resolución Exenta N° 7.495 de 2021, que aplicó sanción de multa de UF 300 a AVLA SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A. por infracción al artículo 583 inciso final del Código de Comercio y al N° 1 del Oficio Circular N° 972; Resolución Exenta N° 351 de 2022, que aplicó sanción de multa de UF 1000 a ORSAN SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A. por infracción al artículo 583 inciso final del Código de Comercio y al N° 1 del Oficio Circular N° 972; Resolución Exenta N° 7.400 de 2022, que aplicó sanción de multa de UF 1000 a CESCE CHILE ASEGURADORA S.A. por infracción al artículo 583 inciso final del Código de Comercio y al N° 1 del Oficio Circular N° 972; Resolución Exenta N° 2.313 de 2023, que aplicó sanción de censura a SEGUROS KONSEGUR DE GARANTÍAS Y CRÉDITOS S. A. por infracción al artículo 583 inciso final del Código de Comercio y al N° 1 del Oficio Circular N° 972; Resolución Exenta N° 4.817 de 2023, que aplicó sanción de multa de UF 1.500 a ORSAN SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A. por infracción al artículo 583 inciso final del Código de Comercio y al N° 1 del Oficio Circular N° 972. Varias de estas sanciones se encuentran actualmente bajo revisión jurisdiccional tras haberse presentado recursos ante la Justicia Ordinaria por los aseguradores afectados.

²⁷⁵ En lo pertinente, la norma indica: “En este caso, la indemnización deberá ser pagada al Servicio a su mera solicitud, de conformidad con lo señalado en el artículo 44, dentro del plazo que establece la póliza, caso en el cual la aseguradora no podrá exigir que el requerimiento contenga mayor información que la identificación de la póliza, del asegurado y del monto reclamado. El asegurador no podrá oponer excepción alguna para condicionar, diferir o incumplir el pago de la indemnización”.

Pero la ley permite expresamente que un asegurador ofrezca estas coberturas en el inciso final del artículo 583 del Código de Comercio, lo que redundaría en un mayor riesgo (pues el riesgo no sólo es el impago, sino que se suma a éste el del cobro indebido) y, probablemente, en un precio o prima más alta que la que se cobraría en un seguro de caución “corriente”.

El análisis de este régimen de independencia tan intenso permite concluir que la relación obligatoria garantizada (nada menos que la causa de la garantía, ordinaria, aunque no exclusivamente, la causa *credendi*), es ficticiamente anonimizada por la ley o por las partes. Esta abstracción opera de forma tan intensa que los vicios o la misma ejecución de la obligación subyacente no son capaces de “contaminar” la garantía para los efectos de su pago al asegurado acreedor, quien simplemente podrá cobrar “a primer requerimiento”.²⁷⁶

Es más, por las razones que hemos analizado en extenso, en el seguro de caución “a primer requerimiento” el legislador chileno —con toda la información sobre la mesa y pudiendo decidir algo levemente distinto ha impedido al asegurador que voluntariamente ha aceptado una póliza de esta clase, diferir y/o condicionar el pago al asegurado bajo cualquier circunstancia, sin mayores distinciones ni matices. Esto produce, como efecto jurídico sustantivo, la independencia total y absoluta de este negocio de garantía respecto de la “relación de valuta”.

Por supuesto que desde que este régimen descansa en una ficción o abstracción dispuesta por la ley o por las propias partes que deciden obligarse de esta forma, sus efectos no se deben a un error del legislador ni puede afirmarse con soltura que imponen un resultado supuestamente injusto.²⁷⁷ En cambio, toda contratación de garantías “a primer requerimiento” obedece a razones poderosas que buscan privilegiar el interés económico del acreedor y, en último término, favorecer el tráfico mercantil.²⁷⁸ Por lo demás, nadie está forzado a obligarse de esta manera y el

²⁷⁶ VIVANTE, Cesare (1896), p. 80.

²⁷⁷ Véase *supra* N° 7.

²⁷⁸ MONTICELLI, Salvatore (2003), p. 9 (aunque con cita a PORTALE y a BONELLI) “*L’adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore principale, quanto piuttosto, di assicurare la soddisfazione dell’interesse economico del beneficiario, compromesso dal supposto inadempimento del debitore principale, o più in generale, di trasferire sul garante determinati rischi nella garanzia*”.

asegurador garante tiene derecho a cobrar una retribución proporcional al riesgo que va a asumir, y siempre tiene la opción de no aceptar determinado riesgo en su proceso de suscripción.

26. PROHIBICIÓN DE OPONER LA *EXCEPTIO DOLI* EN EL SEGURO DE CAUCIÓN “A PRIMER REQUERIMIENTO”. PRECISIONES

Si se recuerda, al analizar las garantías abstractas o independientes en general, hicimos una introducción bastante amplia respecto de la *exceptio doli*.²⁷⁹ En ese momento analizamos cómo es que hoy mantiene total vigencia la opinión del jurista LABEÓN, quien afirmaba hace dos milenios que todo dolo (*scientia dolo malo*) supone una maquinación destinada a engañar o defraudar a otro.²⁸⁰ Analizamos también la existencia (relativamente tardía en la historia del Derecho) de una acción de dolo, y de una mucho más antigua excepción de dolo general (*exceptio doli generalis*) ofrecida a falta de otra excepción típica que sancionara o permitiera defenderse de cualquier conducta lesivamente fraudulenta en el marco de un litigio.²⁸¹

Dentro de ese análisis dogmático, revisamos ciertos casos en que la relación obligacional subyacente está anonimizada, suprimida o atenuada por el legislador o por las partes, como ocurre cuando un banco o un asegurador que son garantes de una determinada obligación renuncian legítimamente a oponer toda clase de excepciones al acreedor que cobra, impidiéndose con ello condicionar el pago, aunque les conste que la obligación principal fue transigida, compensada o remitida por el acreedor, o que se encuentra perfectamente cumplida.

Tales son, por ejemplo, los casos del artículo 583 inciso final del Código de Comercio, de la boleta bancaria de garantía, y del artículo 52 letra A.1 inciso 3° de la Ley N° 20.551 que dispone, en su parte final que “el asegurador no podrá oponer excepción alguna para condicionar, diferir o incumplir el pago de la indemnización”, entre otras disposiciones similares.

En una mirada ligera, la renuncia o prohibición para oponer excepciones, incluida la de dolo, parecería oponerse a la prohibición legal de condonar

²⁷⁹ Véase *supra* N° 7.

²⁸⁰ D. 4.3.1.2.

²⁸¹ GAROFALO, Luigi y VIARI, Silvia (2011), pp. 31 ss.; MILONE, Filippo (1970), *passim*, especialmente, p. 62; LAMBRINI, Paola (2010), pp. 8 ss.; MERUZZI, Giovanni (2005), pp. 442 ss.; FORLANI, Federica (2010), pp. 375 ss.; SEMEGHINI, Danilo (2010), pp. 40 ss.

el dolo futuro del artículo 1465 del Código Civil,²⁸² pero, como hemos adelantado, el asunto debe explicarse de manera un poco más detenida.

La prohibición para oponer unilateralmente una excepción de dolo solamente opera para los efectos del pago y no subsiste después de este, por lo que es perfectamente posible que el pagador recupere lo dado a un acreedor que ha cobrado dolosamente iniciando con posterioridad acciones en su contra.

En los seguros de caución “a primer requerimiento”, el siniestro debe identificarse con el mismo requerimiento del acreedor que denuncia un incumplimiento²⁸³ y no necesariamente con el incumplimiento mismo de la ley o de las obligaciones nacidas del contrato caucionado, más allá de la efectividad o veracidad de los hechos que la fundan. Esto es, por qué no decirlo, también una consecuencia de la ficción de independencia de la garantía o, al menos, un efecto de ella.

La CMF ha perfilado de manera bastante estricta la configuración del siniestro de caución “a primer requerimiento” por medio del Oficio Circular N° 972 de 13 de enero de 2017. Dispone, siguiendo la imposición que hace el legislador en el artículo 583 inciso final del Código de Comercio, que la compañía se obliga a pagar:

“... a la mera disposición del asegurado, sin que proceda exigir que el requerimiento contenga mayor información que la identificación de la póliza, del asegurado, y del monto reclamado”.

El mismo Oficio Circular N° 972 dispone que las pólizas no podrán exigir antecedentes adicionales lo que supone, básicamente, que sólo es posible establecer un plazo para el pago, el que ordinariamente (salvo que el contrato se pacte a la vista) es de 30 días corridos desde que quede configurado el siniestro.²⁸⁴

²⁸² El artículo 1465 parte final del Código Civil es enfático en disponer que la condonación del dolo futuro no vale. Pero los títulos abstractos o independientes parecen hacer excepción parcial a esta norma, pues se priva al pagador de la excepción de dolo. En todo caso la excepción no es absoluta pues, como veremos en detalle, existen otros mecanismos de tutela para perseguir el dolo.

²⁸³ CONTRERAS, Osvaldo (2002), p. 60 “... en este tipo de pólizas, la Compañía estará obligada a hacer efectivo el pago hasta el monto de la suma asegurada, bastando el simple requerimiento del asegurado”.

²⁸⁴ ARTIGAS, Francisco (2017), p. 93 incluso señala que no es posible “exigir que el asegurado haya notificado al afianzado en forma fehaciente requiriéndole para que cumpla el contrato o pague los perjuicios causados por el incumplimiento, como algunas pólizas establecían”.

Una vez hecho el requerimiento, el asegurador no puede discutir con el asegurado el incumplimiento que el tomador rechaza. De hecho, no puede invocar el cumplimiento de la obligación principal bajo ningún respecto. Y por eso es que no puede oponer al asegurado unilateralmente una *exceptio doli*²⁸⁵ y ninguna de las excepciones procesales y extraprocesales que crea poder enarbolar, sin perjuicio del derecho irrenunciable que tiene cualquier persona a requerir de la justicia la prohibición de celebrar actos y contratos cuando estime que se cumplen los requisitos legales y como tutela de emergencia, auxiliar y eminentemente transitoria,²⁸⁶ así como el derecho a interponer denuncias y deducir querellas si es que se estima que concurre un fraude penal.

Por todo esto, los siniestros asociados a pólizas de seguro de caución “a primer requerimiento” no pueden ni deben ser sometidos a un procedimiento de liquidación previo a cargo de ajustadores, pues la finalidad de dichos procedimientos es la de averiguar si los hechos denunciados califican o no como un siniestro cubierto por el riesgo asegurado en la póliza, lo que forzaría vincular la denuncia a la obligación principal, que es precisamente lo que el seguro a primer requerimiento busca evitar.²⁸⁷ Pero como lo reconoce el mismo Oficio Circular N° 972 de la CMF, y de hecho lo incentiva el reciente Oficio Circular N° 1.312 de 26 de enero de

²⁸⁵ En detalle sobre la *exceptio doli* y las garantías abstractas o independientes, véase *supra* N° 4 y N° 7.

²⁸⁶ El asunto no es nuevo en la doctrina mercantil. Así, MONTICELLI, Salvatore (2003), pp. 69 ss., observa que es posible utilizar el procedimiento de urgencia para inhibir el pago de una garantía independiente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 700 del CPC italiano, siempre que se acredite el *periculum in mora* (para lo que el autor cita un fallo de 1 de mayo de 1987 publicado en *Banca, borsa titoli di crédito* (1988), II, Milano, Giuffrè, p. 7 y otro de 15 de octubre de 1988 de la misma publicación pero de 1990, II, p. 3). En nuestro país, el Juzgado de Peñaflores en autos Rano Kau con Municipalidad de Padre Hurtado, rol N° 1496-2021 decretó la siguiente precautoria, confirmada por la I. Corte: “Atendido el mérito de los antecedentes y lo dispuesto en los artículos 179, 280, 290, 298 y 302 del Código de Procedimiento Civil, se concede, sin previa notificación, la medida pre judicial precautoria innominada de suspensión de pago del monto asegurado en las Pólizas de Garantía N° 28.687, de Correcto Uso del Anticipo de Contrato y N° 28.551, de Fiel Cumplimiento del Contrato, con sus respectivos endosos, emitidas por la empresa Cesce Chile Aseguradora S.A.”.

²⁸⁷ El Oficio Circular N° 972 de 13 de enero de 2017 (N° 1) señala que habiéndose pagado el seguro a primer requerimiento, nada obsta para que, en los casos que proceda, y “según las reglas generales, se efectúe la liquidación del siniestro”.

2024,²⁸⁸ nada obsta –y de hecho es recomendable– que estas pólizas sean objeto de liquidación *a posteriori*, una vez verificado el pago, de manera de poder constatar la efectividad del incumplimiento y dar sustento a acciones de recobro en caso de haberse cobrado una indemnización a la que no se tenía derecho.

De esta forma, por disposición legal expresa en que se manifiesta claramente la voluntad del legislador, en Chile los seguros de caución “a primer requerimiento” constituyen una garantía completamente autónoma o independiente respecto de la obligación principal, subyacente o de valuta, razón por la que el decaimiento de la obligación principal, su cumplimiento u otra situación semejante no empece a la existencia ni a la subsistencia de la garantía para efectos de su pago, más allá de los efectos jurídicos postreros que puede acarrear un cobro indebido u otra situación análoga.²⁸⁹

La jurisprudencia ha sido maciza y conclusiva en esta materia, y se traduce en decisiones judiciales y administrativas que simplemente no han tolerado que un asegurador rechace o demore el pago de un siniestro que ha sido requerido a primera demanda. CARVALLO, en el elenco más completo disponible sobre esta materia, ha recogido un sinnúmero de fallos que discurren sobre los más diversos argumentos presentados por aseguradores para rechazar el pago, entre los que se cuentan la modificación del contrato garantizado, la inexistencia del siniestro y la liquidación paralela del contrato cuyas obligaciones se encuentran caucionadas.²⁹⁰

²⁸⁸ Este Oficio Circular (Nº 3) señala que la expresión seguro de caución “sin liquidación” se opone al artículo 61 del D.F.L. Nº 251.

²⁸⁹ En contra, con sustento en el artículo 535 del Código de Comercio véase Ríos, Roberto (2022), p. 307.

²⁹⁰ CARVALLO DE FERARI, José Joaquín (2020), “El panorama judicial de las pólizas de caución o garantía a primer requerimiento”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* Nº 28, año 21, pp. 48 ss. Así, por ejemplo, véanse, ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 27 de diciembre de 2023, Ingreso Nº 11.921-2020 “Junaeb con Cesce” que rechaza la casación y confirma la sentencia de primer grado. ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 25 de febrero de 2021, Ingreso Nº 136-2020 (Contencioso Administrativo) rechazada, a su vez, por la EXCMA. CORTE SUPREMA, 15 de julio de 2021, Ingreso Nº 22364-2021, entre otros.

27. LA FIGURA DEL ASEGURADO EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN: INTERÉS, DETERMINACIÓN Y PARTICULARIDADES

El artículo 3º letra “b” del Código de Comercio define asegurado como aquel “a quien afecta el riesgo que se transfiere al asegurador”. El asegurado es, según lo describe entre nosotros RÍOS, “quien sufre las consecuencias económicas negativas que conlleva la ocurrencia de un evento dañoso o desfavorable económicamente”.²⁹¹

En el caso de los seguros de caución en todas sus tipologías, el riesgo de incumplimiento de las obligaciones está descrito en el contrato respectivo o en la ley, vale decir, en las relaciones subyacentes que existen entre el tomador del seguro y el asegurado.²⁹² En esas relaciones, precisamente se encuentra el riesgo que se transfiere o asume el asegurador, más allá de que en el caso del seguro pactado “a primer requerimiento” del artículo 583 inciso final del Código de Comercio, el seguro se independice de estas relaciones para efectos de su cobro y pago y para la prohibición legal de interponer excepciones, lo que ocurre mediante el recurso a una abstracción o ficción legal.

En el terreno operativo, MOLINA sostiene que el asegurado en los seguros de caución es “quien requiere la garantía para caucionar el fiel, correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones que por la ley o el contrato son de cargo del tomador”. Se aprecia que la figuración del asegurado en la relación económica no es pasiva, pues es precisamente él quien solicita la constitución de la garantía, ya por medio de una disposición legal, ya porque lo impone en un determinado contrato o en un llamado a licitación.

En efecto, porque es acreedor de las obligaciones subyacentes, el asegurado es quien exige al tomador la constitución de una o más garantías de cumplimiento. Dentro de esas garantías puede estar un seguro de caución o alguna otra que sea aceptable legal o convencionalmente. Normalmente, será el propio asegurado quien calificará la suficiencia de la garantía de acuerdo con parámetros preestablecidos en la ley o en documentos precontractuales como las bases de una licitación, reglamentos u otros.

²⁹¹ Ríos, Roberto (2015), “Comentario al artículo 3º letra b”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., p. 57.

²⁹² Sobre las obligaciones subyacentes como fundamento del riesgo asegurado en los seguros de caución, véase *infra* N° 35.

En los seguros de caución, el asegurado es también el portador del interés asegurable que nuestro legislador describe en el artículo 513 letra “n” del Código de Comercio como “aquel que tiene el asegurado en la no realización del riesgo”. Es el asegurado quien no quiere que se verifique el riesgo de incumplimiento de las obligaciones de hacer que han sido caucionadas y, por esa misma razón, existe un contrato por cuenta ajena del que puede obtener beneficio subsidiario en caso de que ocurra el siniestro.

La repugnancia al riesgo del asegurado manifestado en que le interesa primeramente el cumplimiento de la obligación de hacer, permite distinguir su situación jurídica de aquella en la que se encuentra un tercero que plantea la ocurrencia eventual de un determinado siniestro, como es la figura del apostador que celebra un contrato de *wagering*. Además, el interés del asegurado en que el riesgo no se verifique le asigna una naturaleza verdaderamente indemnizatoria al pago del siniestro.

Lo anterior implica que el interés del asegurado en la indemnización (la obligación eventual y condicional de dar que pesa sobre el asegurador) debe ser sólo un interés subsidiario y no querido directamente. Al asegurado le debe interesar la indemnización en dinero sólo para el caso en que queden incumplidas las obligaciones de hacer contenidas en los negocios subyacentes. Si las obligaciones subyacentes del tomador se encuentran cumplidas (o resciliadas), el riesgo y el interés desaparecen, aun cuando el contrato y la cobertura se mantengan teóricamente vigentes, y sin perjuicio de los problemas que esto pueda acarrear a propósito del seguro de caución “a primer requerimiento” y la imposibilidad de oponer excepciones, así como del enriquecimiento ilícito que podría generar un cobro abusivo.

Finalmente, es muy importante resaltar que, como en muchos otros casos, en los seguros de caución la persona del asegurado coincide con la persona del beneficiario. Y si bien es posible imaginar, en teoría, situaciones en que el beneficiario sea un tercero distinto al titular del riesgo,²⁹³ aquello aparece como un escenario ciertamente exótico. De hecho, en tal caso, el tercero acreedor deberá ser titular de algún tipo de interés para que el pago tenga realmente una causa indemnizatoria y que no se genere

²⁹³ Según apunta MOLINA, Carlos (2015), “Comentario al artículo 582”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro*, cit., p. 715, “no hay inconveniente alguno en que intervenga también un beneficiario en los términos del artículo 513”.

en su favor una erogación monetaria que no tenga más causa que la mera liberalidad o el error.

28. EL ASEGURADO NO ES PARTE DEL CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN QUE CEDE A SU FAVOR: EL SEGURO DE CAUCIÓN ES UN CONTRATO POR CUENTA AJENA. EL PROBLEMA DE LAS CARGAS DEL TERCERO ASEGURADO

Como hemos analizado al comenzar este estudio, lo ajustado a la lógica elemental es que las garantías de cualquier clase –y ciertamente el caso del seguro de caución no es la excepción– reconozcan una causa jurídica anterior o preexistente no sólo conocida, sino que requerida expresamente por el acreedor o la ley.

Dependiendo de la tipología de seguro de caución de que se trate, la causa de la prestación de la garantía podrá descartarse o anonimizarse como efecto de una abstracción, como ocurre en el caso de las garantías independientes de distinta intensidad y, muy particularmente, en el seguro de caución “a primer requerimiento”.

Pero ni siquiera la abstracción –que responde a una ficción– impide que exista *en realidad* un negocio subyacente, más allá de la privación de efectos que el derecho presuponga respecto de dicho acto o negocio, y de su impacto en la interdicción para oponer excepciones frente al cobro.

MOLINA y CONTRERAS, probablemente siguiendo a ACHURRA²⁹⁴ han sostenido que la relación obligacional presente en el seguro de caución es “tripartita”, lo que fundamentan en que en este contrato “intervienen” tres partes. ARTIGAS ha avanzado más en este concepto, y considera que las partes del seguro de caución son el asegurador y el asegurado, y que el tomador es “la parte extraña”, porque es “persona distinta y contrapuesta –en interés– al asegurado”.²⁹⁵

Estas categorizaciones tropiezan con un problema pues, más allá de su interés, el asegurado y acreedor de la indemnización no es técnicamente parte del contrato, aunque se beneficie de sus efectos como consecuencia

²⁹⁴ MOLINA, Carlos (2015), pp. 715 ss.; CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 485; ACHURRA, Juan (2005), p. 217.

²⁹⁵ ARTIGAS, Francisco (2017), p. 87.

de una especie de estipulación promisorias a su favor.²⁹⁶ Esto impide, a primera vista, calificar la relación asegurativa como jurídicamente “tripartita”, independientemente de lo que pueda opinarse sobre la realidad económica subyacente, y más allá de los efectos que el siniestro arroja para el asegurado y para el tomador.²⁹⁷

Debe notarse que, en las relaciones jurídicas subyacentes, por ejemplo, en el contrato de construcción o en la promesa de compraventa de un inmueble en que el promitente comprador adelanta parte del precio, no participan las mismas personas que deben fungir como partes del contrato de seguro de caución. En el otro extremo, el sujeto que solicita la constitución de la garantía (un mandante de obras, una Superintendencia, un promitente comprador, el Fisco, el Sernageomin, etc.) tampoco es parte del contrato de seguro de caución, aun cuando los efectos del contrato le afecten directamente.

Las partes del contrato de seguro de caución son solamente el asegurador y el tomador, a quien la ley también denomina “afianzado”. Un análisis del negocio demuestra que la relación jurídica es estructuralmente bilateral y no tripartita. El asegurado no es parte del contrato de seguro de caución en ninguna de sus tipologías, aun cuando sea el portador del riesgo de incumplimiento y haya sido designado como titular de la obligación condicional de indemnizar contenida en los artículos 529 N° 2 y 582 del Código de Comercio.

En otra sede hemos mostrado cómo es que este esquema negocial se presenta con bastante claridad en los seguros de personas, y muy concretamente en el seguro de fallecimiento. En este tipo de seguros, el asegurado sólo puede ser parte del contrato si asimismo participa como tomador, lo que además es de común ocurrencia. Pero en seguro de fallecimiento el

²⁹⁶ Al analizar el seguro “*de fideiussione*” italiano, que es un seguro de incumplimiento de obligaciones, ROSSETTI, Marco (2012), p. 438 y especialmente, p. 456, apunta precisamente a la bilateralidad del negocio e identifica su efecto con la de la estipulación a favor de tercera persona.

²⁹⁷ Ya en 1846 BURGE, William (1846), p. 19 aportaba antecedentes sobre esta importante diferencia, aunque es justo reconocer que no se refería a la fianza corriente, sino que propiamente a la *surety* del *Common Law*. “*It is critical to recognize that suretyship creates a tripartite relationship between and among the party secured (the bond obligee), the principal (the bond obligor), and the party secondarily liable (the surety). Among construction contractors, it is taken as an article of faith that the surety is a guarantor, not an insurer*”.

asegurado jamás podrá ser beneficiario, pues el siniestro consiste precisamente en su muerte.

En palabras sencillas, el asegurado es un tercero beneficiario de una estipulación en la que no participa contractualmente, tal como lo reconocen los artículos 516 inciso final y 589 del Código de Comercio. De hecho, para evitar problemas asociados al interés asegurable en los seguros de personas, y muy particularmente en el de fallecimiento, el inciso 2º de dicha norma exige a ese tercero asegurado aceptar al beneficiario por escrito, entre otras declaraciones unilaterales que la ley considera esenciales para configurar válidamente el contrato.²⁹⁸

Algo bastante similar ocurre en el seguro de caución, aun cuando la ley no exige la aceptación expresa y por escrito del tercero asegurado como lo hace (so pena de nulidad absoluta), el artículo 589 del Código de Comercio en el caso del seguro de fallecimiento pues, en primer lugar, en el seguro de caución la aceptación del tercero viene presumida desde que el asegurado o la ley, en su caso, solicitó expresamente la constitución de la garantía²⁹⁹ y, en segundo lugar, porque el problema del interés en los seguros de personas es notoriamente distinto al de los seguros de daños, más aún si se trata de seguros patrimoniales.

El asunto de los efectos del contrato de seguro con relación al tercero asegurado no es un problema que el legislador ignore. De hecho, además del efecto patrimonial principal, que es el de situarlo como acreedor e interesado en la obligación de indemnizar, la ley le impone al asegurado

²⁹⁸ NASSER, Marcelo (2018), p. 55.

²⁹⁹ Esta especie de autorización presunta puede ubicarse, con bastante nitidez, en los textos de las licitaciones privadas o públicas, en los llamados a concurso y, con mucha más razón, en las leyes y reglamentos que regulan el seguro de caución a favor del Fisco, como ocurre entre otros, con el artículo 109 del D.F.L. N° 850 de 1997 y con el artículo 96 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas (D.S. N° 75 MOP o también llamado RCOP). En efecto, el artículo 109 del D.F.L. N° 850 de 1997 establece que una de las formas de rendir caución de fiel cumplimiento a favor del Fisco es por medio de pólizas de garantía otorgadas por compañías de seguros, siempre que dichas pólizas contengan las mismas condiciones de seguridad, cubran los mismos riesgos y responsabilidades y puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria. No sobra señalar que se trata de una disposición de rango legal e imperativa. La misma ley faculta a la Comisión para el Mercado Financiero para que autorice a las compañías de seguros a otorgar las pólizas de garantía en la forma indicada las que cubrirán, además, las multas estipuladas en los respectivos contratos. Otro tanto en los artículos 9º bis, 91, 104 y 11 del Decreto con Fuerza de Ley N° 341 sobre Zonas Francas (garantía para almacén particular), entre otros.

deberes de actuar o “cargas legales” bastante intensas, aunque no sea parte en el contrato de seguro, tal como se desprende del artículo 583 del Código de Comercio, que lo obliga a:

“...tomar todas las medidas pertinentes para impedir que ‘dicha’ obligación se haga más gravosa y para salvaguardar su derecho a reembolso ‘del asegurado’, en especial, interponer las acciones judiciales correspondientes”.

Esta carga legal sólo puede ser cumplida por un interesado procesal y económicamente activo cuya desidia cause efectos adversos para el garante que debe pagar. Por esa razón, el incumplimiento de estos deberes de actuar puede dar lugar a la “resolución” del seguro, o a la disminución de la indemnización que cede en su favor.³⁰⁰

El problema tiene que ver con el interés que porta el asegurado. En palabras simples, lo primero que le debe interesar es que la obligación de hacer garantizada por el seguro de caución se cumpla, lo que equivale a decir que debe interesarle que no se verifique el riesgo asegurado. Esto significa, entre otras cosas que, si al asegurado le dejó de interesar el cumplimiento de la obligación de hacer caucionada, no puede simplemente “elegir” cobrar la indemnización del seguro de caución (al menos en el seguro de caución “corriente”), pues el riesgo se terminó y el interés caducó.

Además, si estando pendiente los riesgos llegare a constar que el asegurado tiene interés sólo y exclusivamente en la obligación de dar que fluye de la indemnización condicional, no puede decirse con propiedad que puede “sufrir perjuicios patrimoniales” por el incumplimiento imputable de la obligación de hacer, lo que impide configurar el supuesto del artículo 582 del Código de Comercio si llega a ocurrir el incumplimiento.

Y aunque veremos este asunto con mayor detalle,³⁰¹ el problema de las cargas impuestas por ley al asegurado es ligeramente distinto en el seguro de caución “a primer requerimiento”. Esto no significa que el asegurado de caución “a primer requerimiento” esté libre de cumplir con estos deberes legales de actuar. El asegurador es constreñido a pagar a primera demanda, sin que pueda oponer al asegurado la excepción perentoria de incumplimiento de cargas ni ninguna otra para obtener la disminución de la indemnización ni la “resolución” del contrato. Pero podrá impetrar

³⁰⁰ Sobre estas cargas y los efectos de su incumplimiento en los seguros de caución “corrientes” y “a primer requerimiento”, véase *infra* N° 52.

³⁰¹ *Ibid.*

medidas conservativas para evitar el fraude y, en definitiva, tendrá derecho a la restitución total o parcial si se llegase a determinar que el asegurado incumplió las cargas legales del artículo 583 del Código de Comercio, de la misma manera que ocurre cuando posteriormente se llega a determinar que ha pagado lo que no debía o más que lo que debía.

En resumen, no es dudoso que el asegurado sea un tercero. Pero tampoco es dudoso que ese tercero está sujeto a ciertas cargas, por lo que es perfectamente posible afirmar que los efectos del negocio jurídico se radican en él. En otra sede, y a propósito de otra clase de seguros, hemos observado varios ejemplos de negocios por cuenta ajena entre los que sobresalen el mandato (artículo 2116 del Código Civil); el transporte (artículo 166 inciso 4º del Código de Comercio); la comisión (artículo 238 del Código de Comercio), entre otros,³⁰² a los que debemos ahora agregar al seguro de caución.

Si bien el legislador no se refiere ni define qué es un negocio por cuenta ajena de manera directa ni expresa, regula tímidamente la situación en el artículo 516 del Código de Comercio. La norma dispone que el seguro puede celebrarse “por cuenta propia o por la de un tercero...”, incluso si ese tercero es “indeterminado pero determinable...”.

En concreto, el legislador agrega que:

“... puede contratarse por cuenta propia o por la de un tercero en virtud de un poder especial o general, y aun sin su conocimiento y autorización. También podrá contratarse por cuenta de un tercero indeterminado pero determinable, según lo estipulen las partes, individualizando al asegurado en la póliza bajo la fórmula ‘a quien corresponda’”.

En el inciso final del mismo artículo 516, se agrega algo muy relevante, pues influye directamente en los efectos de este negocio:

“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”.

Analicemos en asunto más detenidamente. Según STITCHKIN la expresión “por cuenta de una persona” significa que “sólo a esa persona corresponden los productos o beneficios de la cosa o negociación como, asimismo, a ella

³⁰² NASSER, Marcelo (2018), pp. 55 ss.

pertenecen su pérdida o deterioro”.³⁰³ Hemos atribuido esta característica a la gestión de “interés asegurable de terceros”, como cuando un tomador contrata un seguro cuyo asegurado y beneficiario –aun sin su conocimiento– es una tercera persona interesada en “la no realización del riesgo”.³⁰⁴ El seguro de caución, como puede advertirse, es un buen ejemplo de contratación de esta clase,³⁰⁵ pues el asegurado lleva el interés primordial en la no ocurrencia del riesgo y, a su vez, le corresponden todos los beneficios del negocio. Por esa razón, el inciso final del artículo 516 del Código de Comercio impide que sea el tomador o un tercero distinto del asegurado quien cobre el seguro, aunque esté en posesión de la póliza, si no ostenta representación del asegurador, o que pueda acreditar un interés real.

Antes hemos sugerido que si se buscara encasillar un arquetipo comercial para determinar a qué corresponden estructuralmente los seguros de caución, no hay duda de que el asunto puede encuadrarse dentro de una forma particular de una estipulación a favor de un tercero.³⁰⁶ Esta estipulación especial es, sin embargo, irrevocable, por lo que puede ser calificada

³⁰³ STITCHKIN, David (1989), *El mandato civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 38, quien cita a estos efectos RDJ XXIV, Sección Primera, p. 484. STEIDL, Enrico (1990), p. 88, se refiere especialmente al seguro de vida, en el que el Código Italiano (artículo 1920) prefiere hablar de “a favor de un tercero” más que “por cuenta de un tercero”.

³⁰⁴ Para GARRIGUES, Joaquín (1983), *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 8ª ed., Madrid, Imp. Aguirre, pp. 278 ss., hay seguro por cuenta ajena cada vez que el contratante y el asegurado son personas distintas. Agrega que el seguro por cuenta ajena quebranta “los principios clásicos de la representación indirecta, da entrada en la ejecución del contrato para reclamar la prestación del asegurador a una persona distinta de la que tomó el seguro”.

³⁰⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando (2001), p. 166 sostiene que la diferencia entre el seguro por cuenta propia y por cuenta ajena “está basada en la diferencia del sujeto que ‘es titular del interés del asegurado’. En el primer caso, este titular es el tomador, en el segundo, el titular del interés es un tercero”. Opina CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), cit., p. 20, que desde un punto de vista teórico ha de admitirse “de que el acreedor contrate el seguro de caución por cuenta propia –como tomador–, si bien en este caso no tendrá el asegurador frente a él la acción de reembolso”. El caso, sin embargo, es muy extraño.

³⁰⁶ ROSSETTI, Marco (2012), p. 456 lo considera derechamente una estipulación a favor de tercero del artículo 1411 del Código italiano, con todos los efectos que ello comporta. Pensamos, en cambio, que se trata de una modalidad especial de estipulación a favor de tercero, similar a la del seguro de vida que antes hemos descrito en NASSER, Marcelo (2018), p. 73. Para una crítica a la postura de la estipulación a favor de otro (aunque no referida al seguro de caución, es verdad) véase RÍOS, Roberto (2015), “Comentario al artículo 513 letra c”, en *El contrato de seguro* cit., pp. 64 y ss.

como similar, pero no exactamente igual, a la descrita en el artículo 1449 de Código Civil.³⁰⁷ Recordemos que esa norma dispone:

“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”.

Las consecuencias de esta clase de negocio son importantes. Acaso la más importante es que desde que el seguro de caución es un seguro patrimonial y el interés en la no realización del riesgo y en la obligación condicional de indemnizar en caso de siniestro pertenece al tercero asegurado, el tomador y el asegurador no podrán dejar sin efecto el contrato ni modificar el riesgo, ni el tomador podrá retractarse en el caso del artículo 538 del Código de Comercio³⁰⁸ sin que medie la voluntad del asegurado. Tampoco podrá oponerse al asegurado la falta de pago de la prima.³⁰⁹

Nada muy distinto ocurre en el caso de la boleta bancaria de garantía, la que exige para cualquier alteración del negocio la manifestación expresa y escrita de la voluntad del beneficiario quien, a pesar de ser un tercero en la relación obligacional de corte contractual, es el único interesado en su pago.³¹⁰ Esto mismo explica la irrevocabilidad del seguro de caución si es que no concurren las voluntades de todos los involucrados en el negocio, incluida la del tercero que no es parte sino beneficiario irrevocable e incondicional del crédito respectivo. Finalmente, el mecanismo negocial impide que, en el caso del artículo 538 del Código de Comercio, el tomador se

³⁰⁷ ACHURRA, Juan (2005), “Aspectos jurídicos del seguro de garantía” cit., p. 218 identifica al asegurado como beneficiario de una estipulación de esta clase, reglamentada en el artículo 1449 del Código Civil.

³⁰⁸ Véase sobre la irrevocabilidad de la estipulación a favor de un tercero y la influencia del Código Civil francés y DELVINCOURT, el trabajo de RODRÍGUEZ, Javier (2023), “Comentario al artículo 1449”, en *Comentario Histórico-Dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile* (AMUNÁTEGUI, Carlos, Ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 134 ss.

³⁰⁹ Véase *infra* N° 58.

³¹⁰ RAN 8-11. N° 5. “Sin embargo, el banco emisor de la boleta podrá prorrogar su vigencia con el acuerdo previo por escrito, del beneficiario y del tomador del documento. Esa prórroga podrá constar en la misma boleta o bien en un documento anexo que dé cuenta de la nueva fecha de vencimiento. Cuando se proceda de esta última forma, deberán indicarse los datos necesarios para identificar la boleta a que corresponde la prórroga otorgada. Este documento en que consta el mayor plazo de vigencia, deberá presentarse junto con la boleta respectiva, al momento de hacerla efectiva o cancelarla”.

retracte de su voluntad negocial sin expresión de causa como ocurre, en cambio, en la generalidad de los seguros contratados a distancia.

29. LOS SEGUROS DE CAUCIÓN SON IRREVOCABLES. PROBLEMÁTICA DE LA CESIÓN

Precisamente porque se trata de un contrato por cuenta ajena, en los seguros de caución no resulta fácil imaginar un cambio de la persona del asegurado titular de la obligación de indemnizar. Es más, de la disposición del inciso final del artículo 516 del Código de Comercio se desprende con claridad que es el asegurado nominado en el contrato a quien toca cobrar la indemnización, más allá de la posesión de la póliza, cobro que puede hacer por sí o debidamente representado.

Aunque no se señale expresamente en las pólizas, la naturaleza misma de los seguros de caución hace que la nominación de la persona del asegurado (que, como hemos visto, en esta clase de seguros equivale a designarlo beneficiario) sea una nominación irrevocable. Esto implica que no es posible cambiar a la persona del beneficiario de la indemnización por la simple voluntad del tomador.

Pese a que el seguro de caución reviste la forma de una estipulación que beneficia a un tercero, no se trata de una liberalidad, sino de un acto que reconoce una causa preexistente, onerosa y accesorio (aunque se encuentre anonimizada para efectos del pago como efecto de la abstracción), razón por la que la estipulación deviene en esencialmente irrevocable.

Aun cuando sería conveniente que el legislador lo hubiese dicho, el único portador del interés y beneficiado con el derecho a la indemnización en caso de siniestro es el asegurado, por lo que cualquier cambio en su calidad de acreedor debe hacerse, naturalmente, con su consentimiento expreso. La regla no es distinta a la dispuesta para la irrevocabilidad del mandato mercantil en el artículo 241 del Código de Comercio, cuando el negocio interesa a un tercero.³¹¹ No debe olvidarse, además, que el asegurado ha aceptado la estipulación indemnizatoria a su favor, al menos tácitamente, lo que produce a su favor los efectos del artículo 1449 del Código Civil.

³¹¹ Artículo 241. “El comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros”.

Analicemos el asunto más detenidamente. Si bien el artículo 522 del Código de Comercio establece para la cesión de la póliza nominativa la concurrencia de la voluntad del asegurador, dicha norma opera en el exclusivo caso en que el tomador es a su vez asegurado y titular del interés, pues de otra forma no se entiende que se puedan producir efectos translaticios válidos. Así, dada la naturaleza de este seguro, para cambiar al titular de la obligación de indemnizar será necesario que concorra precisamente la voluntad de esta misma persona,³¹² y no la del tomador pues carece de interés.

Es importante volver a recalcar que el asegurado es el único el titular del riesgo y del interés en que no ocurra el incumplimiento que se encuentra caucionado, razón por la cual es el único interesado en la obligación de indemnizar. Por esta razón, no puede omitirse su voluntad. Menos puede omitirse si la estructura del negocio se asimila a la estipulación a favor de tercera persona en que ha concurrido una aceptación, al menos tácita.³¹³

Ahora bien, desde que el asegurado integra el derecho en su patrimonio (lo que supone que el siniestro ha ocurrido), es perfectamente posible que enajene su crédito conforme las reglas generales del artículo 552 inciso 4º del Código de Comercio. Lo anterior está además coadyuvado por una razón práctica. Lo corriente es que tanto las disposiciones legales que exigen algunos seguros de caución como también los contratos subyacentes impongan la obligación de mantener el seguro a favor del asegurado por un determinado tiempo. Basta revisar los artículos 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, el artículo 3.4.7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, o el artículo 58 letra “d” del D.F.L. N° 251 que exige la contratación de boletas de garantía o de pólizas de caución a los corredores de seguros para verificarlo. Lo mismo ocurre si se revisan las normas sobre vigencia del seguro de garantía para cierre de faenas mineras de la Ley N° 20.551 y sus modificaciones. Si a ello agregamos que toda garantía comporta una especie de mandato y que

³¹² En esto es útil la referencia al artículo 1449 del Código Civil, utilizado por evidente analogía.

³¹³ ROSSETTI, Marco (2012), p. 456. Para GÓMEZ-BLANES, Pablo (2009), p. 21, el contrato subyacente a menudo “contiene una cláusula por la cual el deudor se compromete a obtener de un tercero la emisión de la garantía (...) que se configura como una promesa de hecho ajeno, cuyo contenido no es otro que el tercero garantice su obligación”.

el artículo 238 del Código de Comercio establece que “la comisión puede ser conferida por cuenta ajena, y en este caso los efectos que ella produce sólo afectan al tercero interesado y al comisionista” y que, como hemos recordado, el artículo 241 del Código de Comercio impide “revocar a su arbitrio la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros”,³¹⁴ la irrevocabilidad del seguro de caución queda doblemente confirmada.

30. CAPACIDAD DEL ASEGURADO

En los seguros de caución, el asegurado suele ser una persona natural o jurídica que goza de capacidad de ejercicio plena para obligarse en las relaciones subyacentes (el que encarga un contrato de construcción, el que solicita o controla la actividad de un oficio regulado, etc.). En tal sentido, la importancia de esta cuestión radica en controlar la capacidad de ejercicio del asegurado cuando suscribe tales contratos o cuando se verifican los requisitos de quien postule a un cargo que requiera la contratación de una garantía de esta clase. Pero, como se ha señalado varias veces, el asegurador no participa en esa etapa.

La falta de participación del asegurador en la relación principal, subyacente o de valuta no lo exime de verificar la existencia legal del asegurado, y también su capacidad para contratar o su debida representación, de manera de no asegurar riesgos que recaigan en negocios inexistentes, anulables o nulos, entre otras dificultades posibles. Si el asegurado fuera una persona absolutamente incapaz para obligarse en las relaciones garantizadas, subyacentes o de valuta, podría pensarse que el contrato de seguro es válido pues no se requiere de la voluntad del asegurado ni de su participación para celebrarlo. El problema es de difícil ocurrencia, pero no es una situación imposible.

Puede imaginarse el caso en que el seguro de caución versa sobre ciertas obligaciones de hacer contenidas en un contrato de construcción y el asegurado (que es el mandante de ese negocio) es un demente. En este caso, el riesgo asegurado consiste en un negocio jurídico principal

³¹⁴ La norma, además, puede ser leída con consonancia con los artículos 268 y 269 del Código de Comercio.

en que este asegurado demente tuvo que necesariamente manifestar su voluntad.

En un caso como el descrito, el problema de la validez del seguro se torna en algo más complejo que lo que pudiera pensarse pues, en estricto rigor, un seguro de caución sobre riesgos contraídos por un incapaz asegura una obligación absolutamente nula, lo que comportaría afianzar un acto de ilícito comercio (artículo 521 inciso 3° del Código de Comercio), sin contar con los problemas que se producirían a la hora de pagar el siniestro al incapaz, entre otros incordios imaginables.

Si se tratase de un seguro de caución “corriente”, una liquidación coherente debiera arrojar que el riesgo asegurado es inexistente, anulable o nulo, por lo que el seguro no puede pagarse, ya sea porque recayó en un riesgo de ilícito comercio, ya sea porque recayó incluso en un riesgo inexistente. A pesar de todo, en esta situación resultará difícil que el asegurador sea admitido a alegar la nulidad absoluta si es que sabía o debía saber el vicio que invalidaba el contrato, lo que torna el asunto en algo bastante más complicado.

En el seguro de caución “a primer requerimiento” el asunto es más complejo pues el asegurador no puede oponer excepciones al asegurado y, entre estas excepciones, a nuestro juicio debe contarse la excepción de nulidad absoluta de la relación jurídica subyacente de la cual el seguro, además, se encuentra desconectado causalmente por efecto de la abstracción.

Es relevante señalar que si un asegurador paga un seguro de caución cuyo contrato u obligación subyacente es nula, no surgen las correspondientes acciones de recupero en contra del tomador ni tampoco nace la acción subrogatoria,³¹⁵ lo que anticipa un problema con difícil solución práctica. En este entendido, si bien el asegurado no participa con su voluntad de la suscripción del seguro propiamente dicho, un asegurador diligente debe comprobar que la persona del asegurado goza de plena capacidad para evitar problemas futuros de las más diversas índoles.

³¹⁵ El asunto puede reconducirse con naturalidad a las reglas del artículo 2375 N°s. 1 y 3 del Código Civil.

31. EL ASEGURADO COMO BENEFICIARIO DEL SEGURO DE CAUCIÓN. DESIGNACIÓN

El artículo 513 letra “c” del Código de Comercio define beneficiario como “el que, aun sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro”. En todo contrato de seguro –y en toda obligación actual o condicional que se contrae– habrá siempre uno o más beneficiarios del crédito (el acreedor).

En derecho de obligaciones, la figura del acreedor resulta importante pues es precisamente a él a quien debe hacerse el pago conforme lo dispone el artículo 1576 del Código Civil, salvo que la ley, el juez o el mismo acreedor dispongan otra cosa.

La necesaria existencia de un acreedor (*creditor*) de la obligación de indemnizar del asegurador (*debitor*) no significa que el seguro –como negocio jurídico bilateral– requiera de una designación expresa de dicha persona. De hecho, la designación de un beneficiario no es un requisito de la esencia del contrato de seguro, pues no aparece como uno de los elementos contemplados en el artículo 521 del Código de Comercio. Además, muchas veces, se trata de un tercero.

En los seguros de personas, por ejemplo, el artículo 593 del Código de Comercio se preocupa expresamente de establecer reglas supletorias para la designación de uno o más beneficiarios cuando éste no aparece designado en la póliza, en un documento separado o en un testamento. Consistentemente, el artículo 514 N° 1 del mismo Código exige la individualización del beneficiario o la forma de determinarlo sólo en el caso en que “se hubiere designado”.³¹⁶ Pero esto no ocurre así en los seguros de daños.

En los seguros de caución, la obligación condicional de indemnizar cede a favor del portador del riesgo y del interés, que como dispone el inciso final del artículo 516 del Código de Comercio será el propio asegurado personalmente o representado, o bien quien demuestre un interés obligacional o legal sobre el pago. Probablemente por esta razón, rara vez se designa especialmente un beneficiario, aunque ello ciertamente no está vedado.

En consecuencia, y aunque no se designe beneficiario expresamente, en los seguros de caución funge como tal la persona natural o jurídica a

³¹⁶ La NCG N° 349 II.2 establece como materia de condiciones particulares la designación de un beneficiario “si corresponde”.

quien el contrato o la ley han puesto como acreedor de las obligaciones de hacer cuyo cumplimiento ha sido caucionado, figura que ordinariamente coincide con la del asegurado identificado en las condiciones particulares de la póliza.

32. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA IMPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 542 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. EL SEGURO DE CAUCIÓN NO ES NECESARIAMENTE UN SEGURO DE LIBRE PACTO EN CHILE: PROBLEMAS QUE PRESENTA LA IMPERATIVIDAD EN ESTE RAMO

El artículo 542 del Código de Comercio, ingresado al ordenamiento jurídico en virtud de la Ley N° 20.667, establece un régimen de irrenunciabilidad para el sujeto del contrato que el legislador ha juzgado como la “parte débil” de la relación negocial. Este régimen, que el legislador llama “carácter imperativo de las normas”, o, simplemente, imperatividad, se establece como regla general, en oposición al carácter negociable o renunciable que se establece como excepcional.

No resulta muy complejo averiguar que la imperatividad normativa busca convertir la legislación relativa al contrato de seguro —en los casos en que corresponda— en una especie de ley especial de protección al consumidor de servicios.³¹⁷ Muy particularmente, el régimen de imperatividad busca coordinar la normativa de protección de quien se vincula con el asegurador como consecuencia de un contrato de adhesión³¹⁸ con las reglas generales de tutela de consumo que regirían cada vez que no haya una disposición especial.³¹⁹

³¹⁷ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2016), “La unilateral imperatividad de los requisitos esenciales del contrato de seguro en el Código de Comercio chileno”, en *Revista Boliviana de Derecho [online]* N° 22 [citado 2020-12-21], pp. 98-119 ha señalado, con razón: “A nuestro entender, se ha materializado en el contrato de seguros chileno una exclusión de la autonomía de las partes que afecta sólo a un lado de esa relación jurídica, ya que hoy existe una unilateralidad de la imperatividad a favor del tomador”.

³¹⁸ En la opinión general, resumida en Chile por CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 119.

³¹⁹ Con una crítica a la técnica legislativa véase LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2014) “La relación entre el Derecho del contrato de seguros y el Derecho de los consumidores”, en JEQUIER, Eduardo (editor), *Estudios de Derecho Comercial*, pp. 271 ss. Sobre la aplicación de la Ley de protección al consumidor a las relaciones entre contratantes, asegurados, y beneficiarios

Ya desde algún tiempo, Ríos ha mostrado que la nueva ley chilena sobre contrato de seguros abandonó el régimen normativo de carácter dispositivo contenido en los códigos mercantiles decimonónicos, para pasar a incorporar un sistema de derecho mínimo o “imperativo”. Este régimen, en palabras de este autor, “impide a los contratantes establecer una regla diversa a la contenida en la ley”.³²⁰

Pero la regla establecida por el legislador debe ser leída con cautela pues, si bien las normas que regulan el seguro son de carácter imperativo y, en tal sentido, son irrenunciables (y no sólo anticipadamente),³²¹ las complicaciones de la aplicación de este régimen a los seguros de caución pueden ser numerosas y complejas.

Lo anterior no es una novedad, sino que ha sido advertido, en parte, por autores como MOLINA, quien ha llegado a afirmar con bastante razón que “las reglas generales de los seguros de daños no resultan del todo aplicables a este tipo de seguro”.³²²

La regla que establece un régimen de imperatividad normativo establece un régimen general y un régimen excepcional. Los dos regímenes están tratados en ambos incisos del artículo 542 del Código de Comercio,³²³ que es una norma que, a nuestro juicio, hubiese merecido una redacción algo más clara. Dispone:

“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”.

De la sola lectura de la regla legal que la consagra, se aprecia que la imperatividad es bastante estricta en contra del predisponente del contrato,

de seguros, véase nuestra opinión en NASSER, Marcelo (2016), “Solución de controversias en la actual legislación de seguros”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* N° 25, pp. 90 ss.

³²⁰ Ríos, Roberto (2015), p. 463.

³²¹ NASSER, Marcelo (2018), p. 218.

³²² MOLINA, Carlos (2015), “Comentario al artículo 582”, p. 713.

³²³ *Ibid.*, p. 468 con cita a ZIMMERMANN califica este mecanismo como de “imperatividad unilateral” pues “la norma se puede excluir en beneficio del consumidor”.

vale decir, en contra del asegurador. Pero como se ha dicho, la imperatividad tiene excepciones calificadas tanto en el primer inciso como en el segundo del mismo artículo 542 del Código de Comercio.

Al carácter imperativo general de las normas que rigen los contratos de seguro debe agregarse, acaso como una especie de criterio de clausura, que el artículo 3º letra “e” del D.F.L. N° 251 establece una regla de interpretación *contra proferentem* de las condiciones generales sometidas a depósito³²⁴ al disponer:

“En caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso”.³²⁵

La imperatividad implica cosas tan esenciales y prácticas como que el asegurador queda impedido *prima facie* —y a todo evento bajo sanción de nulidad absoluta— de establecer en sus pólizas excepciones a la presunción de cobertura del artículo 531 del Código de Comercio, o a invalidar la regla sobre pluralidad de causas del siniestro del artículo 533 del Código de Comercio, así como a una serie de otras normas que buscan tutelar los derechos que se otorgan legalmente al contratante, al asegurado o al beneficiario, según corresponda.

Si se aprecia la historia de la ley, gran parte del principio de imperatividad normativa fue tomado de la Ley de Contrato de Seguro de España (LCS). Pero, lamentablemente, las excepciones al régimen imperativo que se contienen en los ordenamientos chileno y español no se parecen ni son comparables, lo que ha traído consecuencias importantes en la práctica.

Así, por ejemplo, la ley española excluye de la imperatividad a los seguros de grandes riesgos (artículo 44 LCS). Esto último es de la mayor importancia para nuestro estudio, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en Chile, los seguros de grandes riesgos en España contemplan expresamente “los de crédito y caución cuando el tomador ejerza a título profesional

³²⁴ La NCG N° 349 (VI) establece (excediendo las funciones de la CMF) una regla similar. “En caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso”.

³²⁵ Sobre las razones que llevan al legislador a disponer un régimen de interpretación contra el predisponente ZIMMERMANN, Reinhard (1995), pp. 639 ss.

una actividad comercial, industrial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad” (artículo 107 LCS).³²⁶

De esa manera, y por regla general, en el sistema español —por muy buenas razones— los seguros de caución no se someten al régimen imperativo.

Además, la normativa española pone de relieve a la persona del tomador y no a la persona del asegurado ni la del beneficiario como ocurre en nuestro sistema. Según el texto legal vigente en Chile, lamentablemente la figura del tomador no es relevante para las excepciones contempladas en el artículo 542 del Código de Comercio, lo que evidencia una falta de cuidado del legislador al usar los conceptos que acarrea efectos complejos a la hora de interpretar y aplicar la norma.

Por estas y por otras razones, en Chile el seguro de caución puede quedar perfectamente —y de hecho muchas veces queda— bajo el régimen de imperatividad normativa, aunque el tomador sea comerciante o ejerza una industria, y aunque el riesgo se refiera a dicha actividad mercantil, sin que importe si el asegurado o beneficiario sean o no comerciantes.

Un análisis estricto de las reglas del artículo 542 del Código de Comercio, acaso por su falta de agudeza técnica, arroja resultados todavía más sorprendentes que acarrear una notoria desconexión entre el texto legal y las necesidades de la práctica asociada a los seguros de caución. Esto, a nuestro juicio, hace conveniente proponer una modificación legal que excluya de la imperatividad a todos los seguros de caución y crédito, con excepciones muy calificadas (como podrían ser los seguros del artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcción, por ejemplo), lo que fuerza, como primer paso, abandonar toda referencia al valor de la prima anual pactada como criterio de distinción.

32.1. Excepciones a la imperatividad y efectos en los seguros de caución. Problemática terminológica y problemática jurídica

El inciso primero del artículo 542 del Código de Comercio consagra una regla general sobre lo que llama las “disposiciones” que regulan el

³²⁶ En nuestro sistema, los seguros sometidos al régimen imperativo, además de contemplar la protección mínima establecida en la ley sustantiva, deben contratar con pólizas depositadas en el Depósito de Pólizas que lleva la Comisión para el Mercado Financiero conforme lo indica en artículo 3° letra “e” del D.F.L. N° 251. Si el seguro, en cambio, es de grandes riesgos, y por ello no está sujeto a la imperatividad, podrán las partes contratar con modelos no depositados.

contrato de seguro. Una lectura correcta de esta norma indica que, con las excepciones que en la misma ley se anotan, la imperatividad se aplica a todas las reglas que rigen el contrato de seguro, y no sólo a las incorporadas por la Ley N° 20.667.

Siguiendo, en esto sí, a su modelo español, el inciso primero del artículo 542 del Código de Comercio contempla una excepción que resulta de gran importancia a la hora de analizar el seguro de caución,³²⁷ pues la imperatividad queda dispensada en el caso en que las estipulaciones contractuales sean más beneficiosas “para el asegurado o el beneficiario”.³²⁸ La redacción de la norma resulta en principio problemática pues, como adelantábamos, el régimen de excepción a la imperatividad de la ley chilena –además de su fijación casi absurda con el monto de la prima anual– sólo se refiere a las personas del asegurado o del beneficiario, pero no a la persona del tomador o contratante.

Como primera cuestión, es importante insistir en que, en el contrato de seguro de caución, el asegurado y el beneficiario suelen coincidir en una sola persona llamada simple y genéricamente “asegurado”. Este asegurado es el titular del interés y acreedor de la obligación condicional de indemnizar que pesa sobre el asegurador. No sobra repetir, acaso hasta la insistencia, que el contrato de seguro de caución se conviene exclusivamente entre el tomador y el asegurador, más allá de los intereses del tercero beneficiario y de su participación en el negocio subyacente cuyas obligaciones son garantizadas.

Probablemente por deficiencias de técnica legislativa, cuyo análisis excede con creces el objeto de este estudio, la norma no considera al tomador como un sujeto relevante para determinar una excepción a la imperatividad, sino que sólo se refiere a la persona del asegurado y a la del beneficiario. Consecuencialmente, lo que finalmente importa para que el seguro de caución pueda ser considerado como un contrato de libre pacto es que el

³²⁷ Sobre imperatividad y algunas de sus excepciones Ríos, Roberto (2015) “Comentario al artículo 542”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., pp. 468-471.

³²⁸ El artículo 2° de la LCS española limita la excepción al beneficio del asegurado, mientras que la norma chilena incluye al beneficiario. Dispone: “No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”. La NCG N° 349 (I.2) establece, al tratar de esta materia, que: “Las estipulaciones más favorables para el asegurado o beneficiario podrán consignarse en las condiciones generales o particulares de la póliza. En caso de contradicción, primará la estipulación más beneficiosa para el asegurado”.

asegurado (que es un tercero) sea una persona jurídica, con prescindencia absoluta de la actividad y forma organizacional del tomador, y de que la prima anual pactada supere el límite legal de UF 200 o que, simplemente, los términos del contrato beneficien al asegurado o beneficiario.

Por ello, de una lectura atenta del artículo 542 del Código de Comercio debe concluirse que cualquier beneficio o mejora respecto de la regla general establecida en la ley que pueda otorgarse a la persona del *tomador* no puede considerarse como un caso de excepción a la imperatividad normativa, pues la norma de excepción sólo se refiere a las personas del asegurado o del beneficiario.

La regla legal es que cada vez que los términos del seguro benefician al asegurado o al beneficiario el seguro de caución deja de operar en régimen imperativo y pasa a una especie de régimen de libre pacto al menos en la parte en que los beneficia. Justamente esto es lo que ocurre en los seguros del artículo 583 inciso final del Código de Comercio, o seguros de caución “a primer requerimiento”, cuya función esencial –y casi única– es la de favorecer al asegurado en su derecho al cobro de la indemnización, ventaja que comporta un beneficio *per se*, manifestado en que el asegurador no puede oponer excepciones al cobro. Como profundizaremos en el próximo párrafo, resulta difícil imaginar un asegurado que goce de un beneficio más intenso.

Finalmente, la redacción actual del artículo 542 del Código de Comercio trae como consecuencia que la calidad de persona jurídica o natural del *tomador* no interese para nada si se quiere recurrir a esta figura para excluirse de la imperatividad. Esto, naturalmente, podría complicar el caso de los seguros de caución para promesas de venta de inmueble y otros que se exigen para desempeñar ciertas actividades o giros, en que los asegurados pueden y suelen ser personas naturales en franca asimetría de información, y en que el sentido común aconsejaría su protección.

32.2. Las disposiciones contractuales sobre el pago del seguro de caución “a primer requerimiento” no quedan sujetas a imperatividad pues establecen un evidente beneficio para el asegurado

Tal como veníamos señalando, nos parece que las estipulaciones contractuales del seguro de caución “a primer requerimiento” deben considerarse excluidas de la imperatividad normativa pues, en general, configuran una

modalidad asegurativa cuya finalidad última y única es generar una mejora sustancial en la posición jurídica del beneficiario o asegurado. Esta, sin embargo, no es la opinión de la COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, aun cuando nos parece que el asunto no ha sido debatido con profundidad.³²⁹

En efecto, ya hemos revisado varias veces que el mecanismo establecido en el inciso final del artículo 583 del Código de Comercio impide al asegurador (que es la parte fuerte de la relación comercial) oponer toda clase de excepciones al asegurado que cobra el seguro, lo que claramente es una disposición que puede subsumirse en el supuesto de excepción contenido en el artículo 542 inciso primero del mismo cuerpo de leyes cuando señala: “... se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario”.

En efecto, si se permitiera al asegurador oponer excepciones para diferir o condicionar el pago, la posición del asegurado o beneficiario quedaría desmejorada sin contar con que, además, se despojaría al seguro de caución “a primer requerimiento” de su característica más esencial o, si se quiere, esencialísima. El simple hecho de que el seguro de caución “a primer requerimiento” deba pagarse a primera demanda comporta una ventaja para el asegurado que es difícil de igualar en otra clase de aseguramiento,

³²⁹ Véase ante la ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 30 de mayo de 2023, Ingreso Contencioso Administrativo N° 95-2022, caratulados “Orsan Seguros de Crédito y Garantía S.A. con CMF”. En estos autos sobre reclamación judicial de ilegalidad de la Resolución Exenta N° 351 que impuso una multa de UF 1.000 al asegurador, la entidad fiscalizadora argumentó que “... uno de los principales objetivos que el legislador tuvo en consideración al momento de introducir las modificaciones al Título VIII del Libro II del Código de Comercio mediante la Ley N° 20.667, fue establecer la imperatividad de sus normas en su artículo 542, esto es, otorgarles el carácter de orden público a las mismas. En este orden de ideas, y en relación con el caso de marras, en el artículo 583 inciso final del Código de Comercio se contempló una regla imperativa para las entidades aseguradoras, en virtud de la cual, éstas –las compañías de seguros– en los de seguros de caución a primer requerimiento, están obligadas a pagar la indemnización al asegurado dentro del plazo que establece la póliza, prohibiéndoseles la oposición de excepciones para condicionar o diferir dicho pago. Conforme a lo anterior, el marco normativo de la CMF –en particular el Oficio Circular N° 972– reiteró el deber de las aseguradoras en los seguros de caución a primer requerimiento, precisando y disponiendo a este respecto que, tales entidades deben pagar el monto reclamado –que no exceda el monto asegurado–, dentro del plazo establecido en la póliza, a la mera solicitud del asegurado, sin que proceda exigir que el requerimiento contenga mayor información que la identificación de la póliza, del asegurado y el monto reclamado”. En su fallo, la ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO también consideró que estas pólizas quedaban en régimen imperativo (Considerando Séptimo).

incluso en otra clase de garantía personal que no sea una boleta bancaria u otra garantía totalmente independiente.

Desde luego, la cláusula de pago a primer requerimiento (y las demás de configuración del siniestro) propias de esta clase de seguros se pactan en puro y exclusivo beneficio de la persona del asegurado, lo que junto a la inoponibilidad de la falta de pago de la prima al asegurado,³³⁰ la falta de aplicación del régimen del artículo 525 del Código de Comercio,³³¹ ente otras materias, permite entender que todo el mecanismo del artículo 583 inciso final del Código de Comercio debe quedar excluido de imperatividad normativa.

Que las disposiciones propias del seguro de caución a primer requerimiento, por definición, queden excluidas del régimen imperativo cualquiera sea el monto de su prima anual pactada, acarrea efectos importantes en toda clase de materias, entre las que pueden contarse las reglas sobre formación del consentimiento, la naturaleza y cumplimiento de las obligaciones del tomador y sus efectos, las disposiciones sobre agravación del riesgo, entre otras. En efecto, desde que la disposición que genera el “beneficio” al asegurado no es sólo la cláusula “a primer requerimiento” sino que muchas otras, es posible entender, sin lugar a muchas dudas, que todo contrato de seguro de caución “a primer requerimiento” debe quedar, atendida su especial naturaleza, fuera del régimen de imperatividad normativa.

Con todo, hasta hoy, la realidad indica que ni el mercado ni la entidad supervisora han entendido o reparado en esta situación, lo que se demuestra con que las pólizas de esta clase suelen depositarse ante la CMF, por lo que, si se revisa su estructura, suelen seguir el orden y disposiciones de los numerales I al IV de la NCG N° 349 entre otras características propias de los contratos sometidos a imperatividad y a depósito.

33. OBJETO DEL SEGURO DE CAUCIÓN. DIFERENCIAS CON EL SEGURO DE CRÉDITO

Al analizar el concepto de seguro de crédito que aportan tanto el artículo 11 inciso final del D.F.L. N° 251 (desde el año 1987) como el artículo 579 del Código de Comercio incorporado por la Ley N° 20.667,

³³⁰ Véase *infra* N° 58.

³³¹ Véase *infra* N° 38.

se puede entender que las obligaciones en dinero y/o de crédito de dinero³³² quedan sujetas exclusivamente a esta modalidad especial y típica de aseguramiento.³³³ No sería posible asegurar en Chile mediante un seguro de caución una obligación de dar una cantidad de dinero, aun cuando una obligación de esa clase nazca “del contrato o de la ley”.³³⁴

Si bien en Chile se ha opinado –con fundamento en el Derecho comparado– que el riesgo del seguro de crédito y el de caución sería diverso pues “uno cubre los perjuicios que emanan de la insolvencia o cesación de pagos del deudor y el otro ampara los daños que ocasiona el incumplimiento de una obligación que no sea dineraria”,³³⁵ la realidad nacional indica que en ambos casos la materia asegurada es, esencialmente, un incumplimiento (lo que el artículo 579 del Código de Comercio llama “no pago de una obligación”), sea o no causado por la insolvencia del deudor.³³⁶

En primer lugar, y a pesar de la opinión que para la realidad española da CAMACHO DE LOS RÍOS, ambos tipos de seguro comparten la característica de ser seguros patrimoniales según la definición del artículo 544 del Código de Comercio. Vale decir, se trata en ambos casos de un seguro de daños cuyo objeto es proteger la afectación del patrimonio del asegurado.³³⁷

Thomson

³³² Para MOLINA, Carlos (2015), p. 695 la nueva legislación “elimina las obligaciones de crédito de dinero, circunscribiendo el seguro de crédito a los perjuicios que experimente el asegurado a consecuencia de las pérdidas que emanan de una obligación de dinero”. No nos resulta fácil concordar con esta explicación. GONZÁLEZ, Joel (2018), p. 78, sigue considerando los impagos de las operaciones de crédito de dinero como objeto del seguro de crédito.

³³³ MOLINA, Carlos (2015), p. 699.

³³⁴ Cfr. la opinión de ACHURRA, Juan (2019), p. 82. Véase ARTIGAS, Francisco (2017), p. 82.

³³⁵ MOLINA, Carlos (2015), p. 700. La discusión sobre la diferencia entre estas dos modalidades de aseguramiento en España es muy rica y está bien expuesta por CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), pp. 21-22. Con todo, nos parece que el problema en Chile es distinto.

³³⁶ Esta cuestión está tratada con fineza en ARTIGAS, Francisco (2017), pp. 81 ss. Con recurso al Derecho Comparado e histórico, distingue los casos de simple mora, mora prolongada e insolvencia prolongada.

³³⁷ CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), p. 18, citando a OLIVENCIA y BROSETA PONT (quienes consideran que la diferencia entre seguros reales y patrimoniales es superflua), sostiene que “no puede entenderse sino que las cosas forman parte del patrimonio...”, y que por ello es preferible considerar que se trata de seguros “sobre derechos determinados”, en atención a la más correcta clasificación de GARRIGUES, Joaquín (1973), *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, J. Garrigues, p. 47. Véase, también, *supra* N° 33.

La cuestión instalada en el país a propósito de la diferencia conceptual entre el artículo 579 y el 582 del Código de Comercio no es simple,³³⁸ entre otras cosas porque la naturaleza y diferencia entre obligaciones de dar y hacer es, en ocasiones, bastante más compleja que lo que se puede pensar.

La distinción que obliga a escindir al seguro de crédito del de caución a propósito del objeto de la obligación (aquel objeto del que nos habla el artículo 1460 del Código Civil), podría resultar compleja de encuadrar en una u otra modalidad.

Simplemente piénsese en las dificultades que podría acarrear el aseguramiento de una obligación acumulativa, esto es, “aquella en que la prestación está compuesta por varias cosas en términos que deben ejecutarse todas”³³⁹ y en que pueden confluir prestaciones de dar, hacer y no hacer en una misma obligación, y que sólo el pago íntegro libera al deudor. Otro caso problemático es el de las obligaciones alternativas de los artículos 1499 y siguientes del Código Civil, en que es perfectamente posible que se deban alternativamente prestaciones de dar y de hacer. Menos compleja, pero problemática, es la obligación facultativa de los artículos 1505 a 1507 del Código Civil) puesto que en ellas se debe una cosa, sin perjuicio del derecho que tiene el deudor para pagar con otra que se designa. Creemos que la multiplicidad de ejemplos da cuenta, en general, que el legislador, por razones que son más bien históricas que jurídicas, creó y todavía conserva una distinción bastante arbitraria que podría perfectamente eliminarse.

34. CONSENSUALIDAD DEL SEGURO DE CAUCIÓN. PROBLEMÁTICA

Una conocida novedad impuesta por la Ley N° 20.667, al ingresar al ordenamiento jurídico un nuevo artículo 515 del Código de Comercio, es que el seguro pasó de ser solemne a consensual de aquellos descritos en la parte final del artículo 1443 del Código Civil.

Sin perjuicio de la consensualidad impuesta por el legislador mercantil, la norma dispone en su inciso 2° que el contrato debe probarse por escrito o, al menos:

“... por un principio de prueba por escrito que emane de cualquier documento que conste en télex, fax, mensajes de correo electrónico y, en general,

³³⁸ Esta dificultad la constata entre nosotros GONZÁLEZ, Joel (2018), p. 73.

³³⁹ PEÑAILLO, Daniel (2003), p. 209.

cualquier sistema de transmisión y registro digital o electrónico de la palabra escrita o verbal”.

Lo anterior implica que es posible acreditar no sólo la formación, sino el contenido del contrato, por diversos medios, lo que se ha juzgado como una ventaja para el contratante débil.³⁴⁰ En régimen imperativo, el seguro de caución es un contrato irrenunciablemente consensual, vale decir, un contrato “que se perfecciona con el solo consentimiento” (artículo 1443 del Código Civil), más allá de la forma en que sus estipulaciones puedan o deban ser acreditadas en juicio por las partes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 515 del Código de Comercio,³⁴¹ y más allá de la emisión o no de una póliza o de un certificado que la acredite.

Que el carácter consensual del contrato de seguro esté sujeto a imperatividad normativa implica que esta característica negocial resulta irrenunciable para las partes. Por esta razón, en régimen imperativo, la formación del contrato no puede quedar supeditada al pago de una prima o a la extensión de una póliza u otro documento. Pero ya sabemos que la imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro tiene excepciones en ambos incisos del artículo 542 del Código de Comercio. Es así como en los seguros de caución que hemos llamado “corrientes” si “... tanto el asegurado como beneficiario son personas jurídicas y la prima anual que se convenga sea superior a las 200 Unidades de Fomento”, es posible que las partes se excluyan del régimen imperativo. Esto, dicho de otra forma, implica que en un escenario de libre pacto, es perfectamente lícito supeditar la validez del seguro a la entrega de un determinado documento, como puede ser un certificado o bien una versión vinculante (*binding*) y final de la póliza,³⁴² o bien someter la existencia y los efectos del contrato al pago de todo o parte de la prima, entre otras múltiples condiciones de validez convencionalmente acordadas.

La consensualidad del seguro de caución “corriente” –aspecto que comparte con la fianza civil– lo distingue además de la fianza mercantil que, según hemos revisado, exige que el contrato conste por escrito (artículo 820

³⁴⁰ BARRIENTOS, Marcelo (2015), “Comentario al artículo 515”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., pp. 202-204.

³⁴¹ BARRIENTOS, Marcelo (2015), “Comentario al artículo 515”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., p. 202.

³⁴² Sobre la posibilidad de solemnizar el seguro en régimen de libre pacto GAZMURI, Francisco y CHAIGNEAU, María Paz (2016), pp. 113 ss.

del Código de Comercio). La consensualidad también distingue al seguro de caución corriente de la contratación de una boleta bancaria, del contrato de promesa, de la constitución del derecho real de prenda, entre otras varias garantías disponibles en el ordenamiento jurídico.

No hay duda en que la consensualidad de los seguros sujeto a régimen imperativo busca tutelar a la parte de la relación negocial que se presenta como menos sofisticada, débil o en una situación de asimetría, sobre todo pensando en evitar que un asegurador se desentienda de la presunción de cobertura. Busca evitar, también, que el asegurador pretenda introducir modificaciones o alteraciones en la póliza una vez que ya se ha formado el consentimiento.³⁴³ El asunto es muy relevante en el último caso pues, una vez que la póliza de caución es emitida por el asegurador, éste no podrá alegar errores u omisiones contra su tenor expreso (artículo 515 inciso 3° del Código de Comercio).

En tal sentido, la consensualidad opera como una garantía frente a posibles alteraciones posteriores introducidas en el contrato mediante cláusulas sorpresivas, cambios sorpresivos en la cobertura, aparición de nuevas exclusiones, etc.

Desde hace ya bastante tiempo, hemos venido opinando que el artículo 515 inciso 3° del Código de Comercio busca operar en contra del asegurador predisponente del contrato una especie de *nemo auditur* probatorio con consecuencias bastante intensas. En concreto, se le priva totalmente de la posibilidad de alegar error de hecho.³⁴⁴ Esto puede apreciarse, en la práctica, como una limitación muy dura al predisponente, la que incluso puede conducir a resultados absurdos y francamente inicuos, como cuando se producen meros errores de transcripción o de referencia. Esta regla preclusiva puede ser alterada a discreción en los contratos de libre pacto, en las que las partes pueden acordar la regla que consideren adecuada a sus intereses y necesidades.

Finalmente, es importante señalar que la regla de consensualidad (y la de prohibición de alegar errores u omisiones) debe ser leída teniendo en consideración las facultades que la ley otorga al juez árbitro o al juez civil

³⁴³ Para las razones y la forma de protección de la parte que es “percibida como débil”, con cita a LORD DENNING quien hace referencia a la “*true construction of contract*” como un “arma secreta ‘de los jueces’ contra el ídolo llamado libertad contractual”, en *George Mitchell (Chesterhall Ltd. V. Finney Locky Seeds Ltd.*, véase ZIMMERMANN, Reinhard (1995), p. 641.

³⁴⁴ NASSER, Marcelo (2018), p. 175.

en el artículo 543 del Código de Comercio. Dentro de ellas, sobresale la facultad de decretar de oficio y en cualquier estado del juicio las diligencias probatorias que estime convenientes y la de llamar a las partes a su presencia para que reconozcan documentos o instrumentos, justifiquen sus impugnaciones, pudiendo apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica.³⁴⁵ Esto, a nuestro juicio, permite al juez o al árbitro, en los casos en que esto sea relevante, averiguar cuál fue la verdadera voluntad de las partes, los términos del contrato más allá de la póliza o de la prohibición de alegar error de hecho que pesa sobre el asegurador que la emitió.

35. EL RIESGO ASEGURADO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN

El seguro de caución no nace espontáneamente a la vida del derecho. No es posible imaginar que una garantía de estas características surja de la nada, o de una mera liberalidad del tomador ni menos del garante. En esto se distingue, por ejemplo, de algunas modalidades de seguro de fallecimiento, en los que no puede asociarse la causa motivo más que a la voluntad liberal del tomador³⁴⁶ pese a que, en ambos casos, se trata de una estipulación negocial que beneficia a una tercera persona.

Al contrario, y como ocurre con todas las garantías –incluso en las más abstractas de todas–, el seguro de caución se pacta en cumplimiento de obligaciones contenidas en una relación jurídica subyacente, que puede ser un contrato o una nacida de una disposición legal que establece la obligación de suscribirlo.³⁴⁷

De esta manera, el seguro de caución es un negocio naturalmente causado.³⁴⁸ En los términos del artículo 1467 inciso 2º de nuestro Código Civil, “el motivo que induce al contrato”³⁴⁹ en el seguro de caución es siempre

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 174.

³⁴⁶ Para la causa motivo en los seguros de vida, *ibid.*, pp. 30 ss.

³⁴⁷ Para los diversos tipos de obligaciones caucionables mediante seguros de garantía, BARRÉS BENLLOCH, M. Pilar (1996), p. 186.

³⁴⁸ Los negocios jurídicos pueden ser abstractos o causados. Son abstractos aquellos en que la causa no necesita probarse. Por el contrario, según acredita D’ORS, Álvaro (1991), p. 440, son causados “aquellos que dependen de un negocio jurídico anterior de que depende la existencia de la *obligatio*”.

³⁴⁹ Para una explicación acabada sobre la denominada “causa motivo”, GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001), “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas

una obligación legal o contractual preexistente, coetánea, o “que se espera que exista”,³⁵⁰ sin la cual la garantía personal no puede existir. Esto acredita, asimismo, que la garantía en su sentido más puro es un negocio jurídico accesorio más allá de lo que se pueda pactar expresamente sobre su independencia para los efectos del pago.

Es de rigor que en estos contratos principales y subyacentes (leyes, reglamentos y también en las bases de licitación de esos mismos acuerdos y negocios cuando corresponda), el principal fije ciertos requisitos que deba cumplir la garantía que se manda contratar para tener derecho a postular y a ejecutar en el caso de resultar adjudicatario de las obras que deben llevarse a efecto, o las obligaciones que deban cumplirse. Es precisamente en tales contratos y disposiciones normativas preexistentes en donde se indicará si debe contratarse tal o cual seguro, su monto, su vigencia mínima, o bien si debe tomarse otra clase de garantía como una boleta bancaria, una garantía otorgada por una Sociedad Anónima de Garantías Recíprocas, un aval, el pacto de solidaridad, etcétera. Lo mismo hacen algunas disposiciones legales como, por ejemplo, los artículos 49 y siguientes de la Ley N° 20.551 sobre cierre de faenas mineras, el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, etc.

Precisamente los documentos, leyes, o reglamentos que fijan la relación jurídica subyacente y/o las disposiciones que se redacten conforme a ellas podrán determinar si las garantías deben ser o no “a primer requerimiento”, “pagaderas a la vista” o a “primera demanda”, o si el asegurado simplemente se contentará con una garantía menos líquida.³⁵¹ Otras veces, esto quedará a la simple elección las partes. El seguro que se contrate se ajustará, en

romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos* N° 23, pp. 244-254.

³⁵⁰ Cuando decíamos preexistente o coetáneo queremos significar que en ocasiones el contrato que determina la obligación de contratar el seguro no se encuentra aún vigente, sino que está condicionado precisamente a que se presente la garantía. En estos casos, el tomador contrae una obligación respecto de un interés que “*se espera que exista*” y, en tales términos, es perfectamente válido según lo dispuesto no solamente en el artículo 1461 del Código Civil, sino que, muy concretamente, en los artículos 520 y 546 del Código de Comercio.

³⁵¹ Afirma PORTELLANO DÍEZ, Pedro (2015), p. 1743 que “tanta es la expansión del seguro de caución a primer requerimiento, que hoy en día, salvo que el acreedor/asegurado sea muy poco sofisticado o muy tolerante, no se conformará con un seguro de caución tradicional”.

consecuencia, a las disposiciones contenidas en la relación principal, cuando ésta así lo determine.³⁵²

En muchas ocasiones, la ley o las disposiciones normativas correspondientes exigen que la garantía que deba tomarse y exhibirse sea “a primer requerimiento” e, incluso pagaderas “a la vista”, tal como ocurre en el caso del artículo 109 del D.F.L. N° 850 de 1997 y en varias disposiciones normativas más. Esta norma permite contratar seguros de caución a favor del Fisco cuando se cumplan determinados requisitos, pero siempre que las pólizas contengan:

“... las mismas condiciones de seguridad, cubran los mismos riesgos y responsabilidades y puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas bancarias de garantía”,

Naturalmente que lo anterior exige un nivel de abstracción o independencia en extremo intenso. En otras ocasiones, podrá ser suficiente una garantía menos líquida como es el seguro de caución “corriente” u otra garantía cualquiera.

Como ya hemos señalado varias veces, el asegurador no participa en la celebración de los contratos subyacentes ni menos de las licitaciones que suelen preceder a la suscripción de una póliza de garantía o caución. De hecho, al momento en que estos acuerdos se ofrecen, negocian y pactan, el asegurador es un tercero cuya participación no se ha requerido siquiera.

Pero durante la etapa precontractual y negociación de los términos del seguro de caución que se propone celebrar, y muy particularmente al momento de analizar y suscribir, el asegurador incorpora a las obligaciones contenidas en los contratos o relaciones subyacentes como su “riesgo asegurado”.³⁵³ En ese momento, el asegurador (aunque no lo declare expresamente) los da oficialmente por conocidos y acepta asumirlo en los términos, condiciones y límites que se pacten entre asegurador y tomador, dentro de los márgenes de la póliza y la ley.

Esto implica, entre otras cosas, que el asegurador no puede desentenderse del contenido de los contratos subyacentes so pretexto de haberlos ignorado,

³⁵² La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ha dictaminado en varias oportunidades que si la ley solicita un tipo especial de garantía, no es posible que el tomador pretenda cumplir su obligación dando otras. Véase a este respecto los Dictámenes N° 13.669 de 27 de abril de 1981, N° 15.087 de 7 de mayo de 1981 y N° 6553 de 24 de febrero de 1982, entre otros.

³⁵³ Artículo 513 letra t) “Riesgo: la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero”.

o de no haberlos comprendido o conocido en su totalidad. Asimismo, y con los mismos efectos preclusivos, el asegurador acepta al momento de la suscripción a la persona del asegurado, aunque no lo conozca, y no le requerirá a dicho sujeto aceptación de ninguna especie.

En resumen, las obligaciones que pesan sobre el tomador y que se encuentran contenidas en los contratos, bases de licitación, rondas de preguntas y respuestas, o en las distintas leyes y normas, como la de usar un anticipo correctamente o la de cumplir fielmente un determinado contrato, constituyen el riesgo que asume el asegurador³⁵⁴ en los términos de los artículos 512 letra “t” y 530 del Código de Comercio. Este riesgo asegurado es nada menos que uno de los requisitos esenciales del contrato de seguro, tal como lo dispone el artículo 521 del mismo cuerpo de leyes, sin el cual el negocio jurídico que se celebra o pretende celebrar, o bien no produce efecto alguno, o bien degenera en otro distinto.

En la práctica, lejos de detallarse este riesgo en términos precisos en la póliza, y más allá del texto más o menos estandarizado de las condiciones generales de cualquier seguro de caución, las condiciones particulares suelen ser muy escuetas y, simplemente, se remiten de manera sucinta a tal o cual contrato y/o disposición normativa, indicando la suma asegurada, el nombre del asegurado, el plazo de inicio y término de vigencia de la cobertura, y unos pocos datos más. La práctica generalizada de incorporar en las condiciones particulares una referencia escueta a un determinado contrato, sólo puede explicarse porque el asegurador ha conocido y aceptado de manera íntegra y previa el contenido de las obligaciones garantizadas y de los preceptos legales que exigen la constitución de la garantía, asumiéndolos como parte integrante del riesgo del contrato que se suscribe, tarifando su exposición a dicho riesgo sobre la base de esos antecedentes tenidos a la vista y aceptados y no otros, lo que le permitirá cobrar la correspondiente prima proporcional.

Ahora bien, nada impide —y, de hecho, a nuestro juicio, sería recomendable— que las condiciones particulares de los seguros de caución de cualquier tipo fueran más explícitas, como si se refirieran a tal o cual versión de un contrato (de varias versiones conocidas y distintas que pudieron

³⁵⁴ Sobre si se “asume” o se “traspasa” el riesgo véase GALLARDO, Marcelo (2015), “Comentario al artículo 512 inciso 2º”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., p. 493 y especialmente RÍOS, Roberto (2015), “Comentario al artículo 512 inciso 1º”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., pp. 33 ss.

circular entre los interesados), o como si se señalase que las obligaciones caucionadas o garantizadas por el asegurador son sólo aquellas que constan en la versión del contrato enviada por correo electrónico a determinada hora y fecha, lo que permitirá limitar la responsabilidad del asegurador en el caso –no poco usual– que el tomador y el asegurado modifiquen los términos de su acuerdo, pretendiendo extender plazos, incorporar nuevas obligaciones, términos, etcétera.³⁵⁵

36. DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA, SOLICITUD DE ANTECEDENTES SOBRE EL RIESGO. COMPLEJIDAD EN LOS DISTINTOS TIPOS DE SEGUROS DE CAUCIÓN

Los artículos 524 N° 1 y 525 del Código de Comercio disponen imperativamente los deberes del tomador con relación al estado del riesgo. De cierta manera, tratándose de los seguros de caución estas normas deben ser leídas en un orden inverso pues esta clase de seguros se caracteriza por que el tomador no coincide con la persona del asegurado, razón por la cual los deberes legales de información recaen sobre el primero, y no sobre el segundo:

En efecto, el inciso penúltimo del artículo 524 del Código de Comercio dispone:

“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”.

Dentro de las múltiples obligaciones del tomador contenidas en el artículo 524 recientemente citado, aparece la que ahora nos interesa, relativa a los deberes de información previa:

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

El artículo 525 del mismo cuerpo de leyes agrega en su inciso 1°:

“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 asegu-

³⁵⁵ Este asunto se discutió en ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 6 de mayo de 2016, Ingreso N° 12715-2015 (EXCMA. CORTE SUPREMA, 24 de octubre de 2016, Ingreso N° 49670-2016) “Servicio de Salud de Chiloé con Cesce”, en que se acusó agravamiento del riesgo por denuncia extemporánea, pero la defensa fue desestimada por falta de prueba y la casación en el fondo fue rechazada.

rador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo”.

Se sabe que en régimen imperativo rige un sistema de declaración sobre el estado del riesgo basado en cuestionarios provistos por el asegurador, a quien se sanciona con la preclusión para “alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante” si no solicita tal declaración, pero también si la solicitud resulta incompleta (artículo 525 inciso 2º del Código de Comercio).³⁵⁶

La práctica nacional en los seguros de los más variados ramos nos acostumbra a cuestionarios “tipo” (*standard forms*), que no son otra cosa que formularios previamente impresos y con membrete del asegurador o un equivalente digital. Estos formularios son entregados al tomador una única vez instándolo a marcar “sí” o “no” respecto de una pregunta determinada. A pesar de lo usual de esta modalidad, este sistema está lejos de ser la única forma en que un asegurador diligente de cualquier ramo puede requerir y proveerse de información sobre el estado del riesgo.

Es más, en los seguros de personas existe una regla especial ya que la ley permite al asegurador solicitar exámenes médicos al portador del riesgo. Pero incluso a falta de una regla, nada obsta que en muchos seguros que no son de personas los aseguradores puedan llevar a efecto más de una ronda de preguntas específicas sobre el estado del riesgo, visitas o inspecciones, más allá del cuestionario acostumbrado de manera de que la Compañía de Seguros pueda tomar la decisión de aceptar, repudiar o proponer modificar el riesgo que se le pretende transferir e incluso incorporar condiciones de asegurabilidad.

Se sabe que los seguros de caución en todas sus tipologías revisten características más sofisticadas que las de los seguros de ramos más tradicionales, por lo que las reglas que el legislador ha contemplado no siempre pueden aplicarse con congruencia a esta clase de contratos.

Entre los autores nacionales, CONTRERAS aparece como uno de los pocos que han tratado esta materia con especial relación al seguro de caución. Este autor describe el proceso de información previa en el seguro de caución señalando que, junto con la propuesta de celebrar el contrato que lanza el

³⁵⁶ En general este asunto está tratado íntegramente por Ríos, Roberto (2014), *El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 89-139.

afianzado que requiere la garantía, éste debe acompañar los documentos “que vinculan al tomador con el beneficiario, de donde arrancan las obligaciones del primero que se pretende garantizar y otros antecedentes legales relacionados con la persona del tomador...”.

Pero la naturaleza del seguro de caución y sus particularidades hace que el sistema dispuesto por el legislador de forma general y sin distinciones en los artículos 524 N° 1 y 525 del Código de Comercio se transforme en algo bastante insostenible.³⁵⁷

Además de que, a nuestro juicio, la singularidad propia de los seguros de caución salta a la vista del análisis de su propia naturaleza, la propia COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO lo ha reconocido así en relación con la inoponibilidad al asegurado de las declaraciones erróneas, reticentes o inexactas del tomador. En efecto, el N° 2 del Oficio Circular N° 972 de 13 de enero de 2017 dispone:

“Las declaraciones del afianzado a que hacen referencia los artículos 524 y 525 del Código de Comercio, en caso de nulidad o resolución del contrato por causal de errores, reticencias o inexactitudes del afianzado o tomador, por las características de los seguros de caución, no son oponibles al asegurado”.

Lo anterior, evidentemente, se relaciona con las diferencias estructurales que estos contratos presentan con otros seguros en su fase *in contrahendo*, lo que la autoridad reconoce expresamente al referirse a las especiales “características de los seguros de caución” para disponer la inoponibilidad al asegurado de los efectos de la reticencia, errores o inexactitudes.

Pero más allá de la oponibilidad al asegurado en fase de cumplimiento, todo asegurador de caución, antes de proceder a la celebración del contrato, teóricamente debería enviar “por escrito” al tomador toda la información previa del artículo 514 del Código de Comercio.³⁵⁸ Y salvo que el contrato sea intermediado por un corredor, el asegurador deberá ofrecer al futuro tomador las coberturas que sean “más convenientes a sus necesidades e intereses, debiendo ilustrarlo sobre las condiciones del contrato” (artículo 529 N° 1 del Código de Comercio) bajo sanción de responder por las infracciones,

³⁵⁷ MOLINA, Carlos (2015), p. 713 considera, con mucha razón, que el seguro de caución tiene particularidades especiales que lo hacen distinto del seguro de daños.

³⁵⁸ Esta información 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”.

errores y omisiones cometidos y de los perjuicios causados.³⁵⁹ El futuro tomador deberá proponer la contratación del seguro de caución expresando al asegurador (directamente o por medio de un corredor, según sea el caso) “... la cobertura, los antecedentes y circunstancias necesarios para apreciar la extensión de los riesgos”.

Pero también en fase *in contrahendo*, los seguros de caución presentan la particularidad de que las cuestiones relativas a la cobertura y a los plazos están fijados irremediamente por los contratos subyacentes, por la ley o bien por un reglamento, sin que exista en realidad demasiado espacio para que el asegurador preste una verdadera asesoría a su cliente bajo criterios de *suitability*,³⁶⁰ o para que le remita información determinada que no sea el cálculo y forma de pago de la prima y, a veces, una versión “no obligatoria” (*not binding*) de la póliza para su análisis y eventual conformidad.

37. MÁS ALLÁ DE LAS DECLARACIONES DEL TOMADOR. FORMAS DE EVALUACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

Desde un punto de vista general, y dado que lo que se asegura en esta modalidad de garantía es el incumplimiento de una o más obligaciones legales o contractuales, cualquier asegurador diligente debe exigir al tomador que manifieste su intención de asegurarse la mayor cantidad de antecedentes posibles con la finalidad de decidir si acepta o no el riesgo que se le propone.

³⁵⁹ Desde 2006, mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.667 (y de la Ley N° 20.555), la posición de vulnerabilidad del cliente es una preocupación del ente regulador, la que se encuentra explícitamente declarada en SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, “Nuevo modelo de supervisión de solvencia basada en riesgos para la industria aseguradora chilena”, p. 7, número 2.6. Señala: “En la mayoría de los casos, existe una asimetría en la relación entre aseguradora y asegurado, teniendo este último una situación de debilidad frente a la aseguradora, tanto respecto a su capacidad de evaluar las condiciones en las cuales accede al seguro y la situación financiera de la aseguradora, como ante situaciones de disputa o desacuerdo en relación a la aplicación del seguro. El no pago del seguro puede provocar un fuerte impacto en las personas”.

³⁶⁰ La NCG N° 420, de 16 de octubre de 2017 (II.1): “Trato justo a los clientes. Este principio es fundamental en las prácticas de CdM e implica que las entidades consideren los intereses de sus clientes en la realización de sus negocios, velando siempre porque éstos reciban un producto o servicio apropiado a sus necesidades, y se les proporcione en todas las etapas de su relación con ellos, una correcta y transparente atención o asesoría”.

Dada la naturaleza de esta modalidad de aseguramiento que, más que con el seguro de daños comparte ciertas semejanzas con las garantías personales, un asegurador de caución prudente, además de requerir información al tomador, deberá pesquisarla por medios propios. Esto supone no sólo evaluar un colectivo de personas sujetas a un mismo riesgo, sino que practicar un análisis financiero de la persona misma del tomador, sus niveles de cumplimiento históricos, su solvencia, etc. Además, un asegurador que protege su patrimonio de manera diligente deberá siempre analizar la conducta histórica de la persona del asegurado, muy especialmente con el fin de evitar una exposición negligente a cobros indebidos.

Las particularidades que presenta el análisis del estado del riesgo en los seguros de caución están muy lejos de ser una novedad. Jean BASTIN señalaba que los aseguradores de los ramos de garantía o crédito deben contar con un “perspicaz” departamento de estudios económicos, estadísticas, información pública, bases de datos, informes bancarios, agencias especializadas, además de la información propia del asegurador que puede provenir de sus fuentes internas o que sea entregada por el tomador a requerimiento de éste.³⁶¹ Si se toma en cuenta que muchos de los seguros de caución son “a primer requerimiento”, el proceso de evaluación del riesgo debe ser mucho más cuidadoso, pues el asegurador tiene la desventaja de que no puede oponer excepciones frente al requerimiento de pago del asegurado, y un cobro indebido o dudoso podría ser considerado también como parte del riesgo que va a asumir.

La práctica indica que quien desee asegurarse de caución suele recurrir a un corredor de seguros. Este auxiliar del comercio de seguros debe dirigir la propuesta por medio de un correo electrónico u otro medio equivalente al asegurador, a quien le entrega todos los antecedentes que se juzguen como necesarios según el artículo 57 inciso 6º del D.F.L. N° 251 para que pueda apreciar la extensión de los riesgos que se le pretenden traspasar.³⁶²

³⁶¹ BASTIN, Jean (1993), pp. 181-187.

³⁶² CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), pp. 37-39 provee de un listado de documentos y antecedentes necesarios para la selección de los riesgos. Hoy, 25 años después de esa publicación, los sistemas de determinación de riesgo de impago se han sofisticado y han sido reemplazados por *scores* o puntajes que se obtienen de distintas fuentes de información. Esos puntajes no se bastan a sí mismos, pero son un buen indicio del riesgo de crédito y de moralidad del tomador. Probablemente a tales puntajes debe adicionarse un *curriculum* de obras para el caso de los proyectos de construcción.

El asegurador puede recibir claves de acceso electrónico a antecedentes, el número de identificación de una determinada licitación pública, y a documentos contables y tributarios del tomador, lo que se ha hecho frecuente en la suscripción por medios electrónicos y a través de aplicaciones informáticas.

De esta manera, no es que el asegurador no haga un análisis de riesgo o no haga uso del derecho a solicitar al contratante “toda la información” para “apreciar la extensión de los riesgos” (artículos 524 N° 1 del Código de Comercio), sino que el mecanismo es algo más complejo a causa de la naturaleza del riesgo asegurado y de las características especiales del seguro de caución. A diferencia de otros seguros de daños y de los seguros de personas, los seguros de caución no contemplan en la práctica un sistema de declaración basada en un cuestionario preimpreso y estandarizado, sino que, más bien, se procede mediante una especie de declaración espontánea y previa del tomador que contiene la obligación subyacente que se pretende asegurar, lo que coincide temporalmente con el momento de la propuesta. Sólo una vez que es recibida esa información, el asegurador puede y suele pedir al tomador que le remita antecedentes que no hayan sido acompañados, u otros que juzgue oportunos. Además, ese intercambio suele hacerse por medio de correos electrónicos con información adjunta.

Finalmente, nos parece que el hecho de que un asegurador solicite al futuro tomador más antecedentes que los que este le provea espontáneamente, además de los propios que pueda recabar por su cuenta, por ejemplo, a través de un departamento especializado o de asociaciones con entidades extranjeras expertas en análisis de riesgo, resulta ajustado a los deberes de profesionalidad que le impone su giro para aceptar, rechazar, modificar y tarifificar correctamente el contrato de seguro de caución.

38. COMPLEJIDAD DE APLICAR LOS REMEDIOS DEL ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO DE COMERCIO AL ASEGURADO EN UN SEGURO DE CAUCIÓN

El régimen del artículo 525 del Código de Comercio dispone que si se descubre que el tomador aportó como respuesta a la información solicitada por el asegurador antecedentes inexcusablemente erróneos, reticentes o inexactos que sean determinantes en el riesgo, el asegurador queda facultado para “rescindir” el contrato. Por su ubicación en la Sección Primera del Título VIII del Libro II del Código de Comercio, se trataría, en principio, de una “norma común a todo tipo de seguro”.

Entre nosotros, Ríos ha asociado esta conducta del tomador con la culpa *in contrahendo*, lo que excluye el dolo y la mala fe que, a su juicio, quedan regulados exclusivamente por el artículo 539 del Código de Comercio que consagra una regla más estricta y bastante más intensa. Agrega, con bastante razón, que más que una “rescisión”, se trata de un caso de terminación unilateral del contrato por parte del asegurador, de efecto inmediato y expresamente permitida por la ley.³⁶³

Se puede verificar que la norma dispone –con el claro objetivo de mantener el contrato frente a casos en que es posible reequilibrarlo– que, cuando los errores, reticencias o inexactitudes del tomador “no fueran determinantes”, el asegurador puede proponer una modificación de la prima, siempre que el siniestro no se haya producido. Cuando este remedio es aceptado por el tomador (aunque la ley dice erróneamente “asegurado”), el contrato subsiste, pero sujeto a los “remedios” que la ley contempla.³⁶⁴ Si el tomador no acepta el “remedio”, la ley retorna a la regla de la rescisión unilateral, la que no opera *ipso facto*, sino que en un plazo de 30 días contados desde el envío de la proposición de modificación de la prima al tomador.

En general la cuestión es distinta cuando, ante el mismo escenario el siniestro ya se produjo. Para estos efectos, la ley distingue si los errores, reticencias o inexactitudes fueron “determinantes”, caso en que el asegurador queda simplemente liberado de su obligación de indemnizar, lo que equivale a caducar los efectos del contrato que pesan sobre el asegurador.

Se trata, a nuestro juicio, de una especie de sanción al contratante reticente por haber desequilibrado el contrato y sus efectos. Si los errores,

³⁶³ Ríos, Roberto (2015), pp. 298 ss. Sobre la rescisión del artículo 525 del Código de Comercio como desistimiento unilateral véase AEDO BARRENA, Cristian (2018), “La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley N° 20.667”, en *Ius et Praxis*, Año 24, N° 2, pp. 51-96.

³⁶⁴ Una justificación histórico-técnica del uso de la expresión “remedio” en la tradición del Derecho Continental, en FERRANTE, Alfredo (2018), “Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 35 (julio-diciembre de 2018), p. 166, nota 1ª. Para un análisis crítico del uso de la expresión “remedios” véase OVIEDO, Jorge (2015), *Vicios ocultos en la compraventa*, Bogotá, Temis, p. 2, nota 1ª. Véase, asimismo, VIDAL, Álvaro (2009), “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento” (GUZMÁN BRITO, ed., *El Código Civil de Chile (1855-2005); Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, 2ª edición, Santiago, LegalPublishing, pp. 510 ss.

reticencias o inexactitudes no pueden ser calificados como “determinantes”, el asegurador queda facultado para pagar una indemnización menor a la convenida, la que debe ser proporcional “a la diferencia entre la prima pactada y la que se hubiere convenido en caso de conocer el verdadero riesgo”.

Se sabe que las disposiciones a las que hemos hecho mención sólo pueden tener aplicación en el caso en que el asegurador haya requerido información al tomador conforme lo dispone el artículo 524 N° 1. En consecuencia, el régimen del artículo 525 del Código de Comercio no puede aplicarse si es que, simplemente, hubo declaraciones espontáneas hechas por cualquier medio, o a requerimiento de una persona distinta del asegurado o sus representantes. En efecto, la ley requiere expresamente que la información se haya provisto “como respuesta a la información solicitada por el asegurador”.³⁶⁵

Sin siquiera entrar en el problema de fondo sobre si el régimen del artículo 525 del Código de Comercio es oponible al asegurado de caución, aparece una dificultad que tiene su origen en la manera en que se forma el consentimiento en esta clase de seguros. En efecto, en el caso de los seguros de caución los antecedentes del tomador (entre los que sobresalen sus estados financieros y otros antecedentes de solvencia) suelen acompañarse espontáneamente en el momento mismo de la propuesta. Además, hemos visto que el asegurador de caución suele hacer un análisis de riesgo sobre la base de antecedentes que él mismo recopila desde fuentes privadas o públicas de una manera muy similar a los procesos que llevan adelante los bancos e instituciones financieras. Naturalmente que si al asegurador de caución le surgen dudas, o necesita más información para tomar la decisión de aceptar o no un determinado riesgo de esta clase, puede pedir al tomador más antecedentes para apreciar la extensión del riesgo, lo que hará normalmente por medio de un correo electrónico o de otra comunicación digital, por intermedio del corredor o, al menos, con copia a éste.³⁶⁶

Dentro de ese análisis preliminar, no parece que pueda considerarse como errónea o reticente la información recabada por el propio asegurador utilizando, por ejemplo, claves de acceso provistas por el tomador para acceder a la plataforma de Internet del Servicio de Impuestos Internos,

³⁶⁵ CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 219.

³⁶⁶ Un apretado resumen de las formas en que el asegurador puede proveerse de esta información en CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 218.

Mercado Público, o a sus antecedentes bancarios o financieros, salvo que la información allí alojada se haya falsificado, o se provean claves o contraseñas falsas, o que dirijan a páginas, sitios o a información falsa, cuyo supuesto, sin embargo, no será el de errores, inexactitudes o reticencia del artículo 525 del Código de Comercio, sino que el del dolo del artículo 539 del mismo cuerpo de leyes. Y el hecho de que se envíe o no un “cuestionario tipo” o se remitan preguntas por otro medio es también irrelevante.

Pero el asunto de la aplicación a los seguros de caución de los remedios del artículo 525 del Código de Comercio es un problema mucho más complejo y que supera la manera en que se forma el consentimiento o quién requiere la información. Analicemos el asunto con detención.

El asunto nos traslada, nuevamente, a la figura del asegurado en el seguro de caución quien, como ya antes hemos visto, es un sujeto ajeno a la formación el contrato de seguro, aun cuando es quien soporta sus consecuencias o efectos. Una visión generalista (como la que sugiere la ubicación del artículo 525 en el Título VIII del Libro II) podría llevar a pensar que, entre tales efectos, pueden contarse la caducidad de la obligación de indemnizar o la reducción de la indemnización. Pero no parece que una visión generalista del asunto pueda llevarnos a concluir de forma clara que los errores o reticencias del tomador realmente afectan el crédito que beneficia al asegurado de caución. Desde un comienzo, en cambio, es posible asumir que el sistema de remedios del artículo 525 del Código de Comercio puede resultar algo incómodo o ilógico en los seguros a favor de terceros, aunque se trate de una norma imperativa para los seguros que no son de libre pacto.

En efecto, en esta clase de seguros, el tercero asegurado puede ignorar por completo el proceso de suscripción y sólo se enterará de que el contrato existe cuando el tomador le presente y exhiba la garantía para su calificación y suficiencia. Lo anterior es ostensible si se aprecia que, en muchas ocasiones, el legislador o un particular permiten distintos tipos de garantía, como cuando se exige alternativamente una boleta bancaria de garantía o un seguro de caución pues, en este último caso, el asegurado se entera de la suscripción y términos del seguro en el momento en que se le presente por primera vez la póliza ya suscrita.

Además, el asegurado normalmente recibe de buena fe la certificación de la contratación de una póliza de seguro de caución y, al menos en las pólizas de correcto uso de anticipos y en otras modalidades, incluso puede haber hecho una disposición patrimonial importante a favor del tomador.

Ahora bien, la realidad indica que en algunos contratos de seguro a favor de terceros como son, por ejemplo, el seguro de fallecimiento, el tercero beneficiario igualmente pierde su derecho a la indemnización si el tomador o asegurado han omitido elementos esenciales en su declaración del estado del riesgo sin que la doctrina ni la jurisprudencia hayan visto en esa pérdida de la indemnización demasiados problemas.

Ahora bien, en el caso del seguro de caución “corriente”, cuya imperatividad es perfectamente posible, más allá de la apreciación de justicia material que pueda hacerse, el asegurador puede usar frente al asegurado las acciones y excepciones que él mismo tiene contra el tomador, cuyo efecto último será evitar o moderar la extensión del pago. De hecho, el artículo 582 del Código de Comercio permite interponer al asegurado excepciones, entre la cuales caben las propias del tomador, como ocurre en el artículo 2354 del Código Civil con relación al fiador, y además la de excepción de error o de dolo que incida en la nulidad relativa de la garantía misma.³⁶⁷ En ese entendido, aunque sólo tratándose del seguro de caución “corriente”, no se divisan problemas para que el asegurador alegue error o reticencia del tomador que le permita obtener la nulidad relativa del contrato y lo libere de la obligación de indemnizar.³⁶⁸

El asunto es muy distinto en el seguro de caución “a primer requerimiento”. En estos seguros, el asegurador no puede oponer excepciones de ninguna clase al asegurado para diferir o condicionar el pago y, dentro de estas excepciones aparecen tanto las reales como las personales del tomador y las suyas propias en su calidad de asegurador, razón por la cual simplemente no es posible que el asegurado rechace el pago so pretexto de aplicarle las sanciones contempladas en el artículo 525 del Código de Comercio.

La falta de accesoriidad del seguro de esta clase impide que el asegurador recurra a la relación jurídica subyacente para evitar el pago, aun cuando es posible que ejerza los derechos que le corresponden con posterioridad.

³⁶⁷ Para el análisis de las excepciones reales y personales en la fianza, véase MUSSO ARRATIA, Benjamín (2023), “Comentario al artículo 2354”, en *Comentario Histórico-Dogmático al Libro IV del Código Civil del Chile II* (AMUNÁTEGUI, Carlos, ed.) Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1922-1926.

³⁶⁸ PESCIO, Victorio (1926), p. 268, “Cualquier vicio de aquella cualquier circunstancia de la obligación principal debe necesariamente reflejarse o tener eco en la fianza”.

En un régimen de garantías independientes de tanta intensidad, no será posible que el deudor pretenda imponer por vía de excepción al tercero acreedor los vicios del consentimiento del tomador. Pero ello no le impide accionar contra quien resulte responsable una vez pagada la indemnización del seguro de caución.

A diferencia de lo que ocurre con los seguros de caución “corrientes”, la autoridad fiscalizadora se ha referido a la problemática de las declaraciones falsas, inexactas o erróneas de forma especial en el Oficio Circular N° 972 de 13 de enero de 2017, dedicando un párrafo entero a este asunto. En este párrafo (el segundo), se dispone expresamente:

“Las declaraciones del afianzado a que hacen referencia los artículos 524 y 525 del Código de Comercio, en caso de nulidad o resolución por causal (sic) de errores, reticencias o inexactitudes del afianzado o tomador, por las características de los seguros de caución, no son oponibles al asegurado”.

Lo anterior no sólo fuerza a todo asegurador de caución “a primer requerimiento” a analizar el riesgo de incumplimiento del tomador de forma profesional, sino que lo obliga a manejar su proceso de suscripción con particular cautela y profesionalismo, pues deberá pagar al asegurado a todo evento y sólo después de aquello podrá dirigir sus acciones en contra del tomador pudiendo, en este caso, no solamente entablar la acción de reembolso del artículo 582 del Código de Comercio, sino la acción rescisoria según las reglas generales que gobiernan la nulidad y sus efectos, además de las eventuales acciones penales que pudieran proceder.

39. CASO DEL DOLO DEL TOMADOR EN LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Aun cuando nos hemos referido breve y tangencialmente a esto en el párrafo anterior, resta despejar qué es lo que pasa con los derechos del asegurado de caución en el caso en que el tomador ha actuado con mala fe activa o con dolo al momento de acordarse el negocio. Se trata de un supuesto que excede el sistema de remedios del artículo 525 del Código de Comercio, y que se encuentra regulado en el artículo 539 del Código de Comercio.

El artículo 539 del Código de Comercio determina que el contrato de seguro “es nulo” cuando, al prestarse la declaración a que se refiere el artículo 524 del Código de Comercio, se proporciona “a sabiendas infor-

mación sustancialmente falsa”.³⁶⁹ La información provista debe ser capaz de generar en el asegurador una garantía de cobertura en circunstancias en que, o no la habría asumido, o la habría asumido en forma diversa. Y, aunque se ha sostenido que la sanción que establece el legislador es la nulidad relativa,³⁷⁰ es posible identificar esta conducta con la del error obstáculo y con la nulidad absoluta o, en su caso, la inexistencia, todas excepciones que en general puede oponer todo asegurador al asegurado en un régimen general aplicable a toda clase de seguros.

Como se ve, no es el dolo del que cobra la indemnización, sino que el dolo del que contrató el seguro el que interesa en este caso. Y ese dolo debe haber llevado determinantemente al asegurador a otorgar una garantía que probablemente de otro modo no habría dado, lo que incluye obligarse —muchas veces a primer requerimiento— a una disposición patrimonial motivada precisamente en el fraude inicial.

Si bien el Oficio Circular N° 972 de 2017 no se refiere al dolo en el seguro “a primer requerimiento”, las características que hacen especial a este tipo de aseguramiento y la privación total del derecho a oponer excepciones sugieren que la mala fe y el dolo del tomador no puedan ser oponibles al asegurado, y sólo legitimen al asegurador a demandar al tomador una vez que ha pagado la indemnización, dejando siempre a salvo el derecho a la tutela de emergencia y penal. Lo anterior es consistente con la naturaleza misma del seguro “a primer requerimiento” y a la indemnidad total con que debe contar el asegurado en esta clase de garantía.

40. LAS LLAMADAS “CONTRAGARANTÍAS” Y EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

Además de hacer un análisis del riesgo razonablemente acabado, un asegurador de caución cuidadoso debe solicitar a su tomador el otorgamiento de alguna clase de contragarantía. En la realidad aseguradora nacional, todas estas estas contragarantías también son denominadas “contrafianzas”, más allá de que técnicamente no constituyen fianza.

³⁶⁹ Sobre el alcance que debe darse a esta frase, comprendiendo tanto el dolo como la mala fe activa, pero no necesariamente la reticencia o mala fe omisiva del tomador Ríos, Roberto (2015) “Comentario al artículo 539”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., pp. 433 ss.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 435.

CONTRERAS apunta que nada obsta que un asegurador pueda exigir al tomador garantías reales³⁷¹, aun cuando la realidad nacional demuestra que lo que se suele exigir a los tomadores de seguros de caución son más bien otra clase de instrumentos.

Si bien se conocen casos en que se asegura de caución sin exigir una contragarantía (o bien que, por cualquier motivo, las contragarantías resultan ineficaces), desde el punto de vista de la asunción del riesgo, éstas suelen ser una exigencia que hace el asegurador al tomador como condición *sine qua non* para suscribir un seguro de caución y comprometer un eventual pago.³⁷² De esta forma, no es que un asegurador esté obligado a pedir contragarantías al tomador, pero su otorgamiento –al menos en principio– permite una mejor gestión del riesgo definitivo del propio asegurador ya que su función es, por un lado, compeler al tomador a no dejar de cumplir impunemente sus obligaciones evitando la selección adversa y, por otro, favorecer el recupero para el caso de siniestro.

Pero más allá de su existencia y de sus funciones que son bastante claras, interesa saber por ahora qué papel desempeñan estas contragarantías en el proceso de formación del consentimiento de los seguros de caución.

Salvo excepciones, en la práctica el contrato de seguro de caución no llegará a celebrarse sin que se otorguen las correspondientes contragarantías. Dicho de otra forma, no habrá consentimiento entre el asegurador y el tomador en el riesgo como elemento esencial del negocio jurídico ni en comprometer la obligación condicional de indemnizar sin que se dé al asegurador una seguridad que se considere eficiente. TM

La cuestión puede explicarse de la siguiente manera: sin la prestación de una contragarantía, el asegurador no estipulará una disposición patrimonial condicional a favor de un tercero y, por ello, no puede decirse que manifiesta su consentimiento para asumir un determinado riesgo. Si, sólo excepcionalmente, el asegurador no pide contragarantías, el tomador no estará obligado a darlas y el régimen de formación del consentimiento seguirá por sus carriles normales.

³⁷¹ CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 492 “el tomador debe acreditar ante la Compañía su solvencia o capacidad económica, por medio de copias de sus balances y estados de resultados, inventario de bienes que posea, etc.”.

³⁷² GÓMEZ-BLANES, Pablo (2009), pp. 23 ss. explica que, mediante este mecanismo, el deudor se compromete a reembolsar, también a primer requerimiento al garante para el caso de ejecutarse la garantía.

A pesar de la denominación corriente “contrafianza”, las contragarantías no consisten en la celebración de un contrato de fianza ni menos una garantía en sentido estricto. Tampoco consisten en la suscripción inmediata de un instrumento abstracto –como un pagaré, una letra de cambio, uno o más cheques o en boletas de garantía–, sino que en el otorgamiento de mandatos mercantiles irrevocables al asegurador para que, a nombre y en representación del tomador, pueda suscribir uno o más documentos ejecutivos abstractos, ordinariamente pagarés, para ejecutarlos sin necesidad de pasar por la acción general de recupero o reembolso que concede *ipso iure* al asegurador el artículo 582 inciso 1º del Código de Comercio, que supone un juicio ordinario y no un juicio ejecutivo bastante más eficaz. El tomador que da contragarantía, en consecuencia, si se llena el pagare y se cobra, queda obligado a nombre propio.

Como se sabe, esta clase de mandatos son muy corrientes en la práctica bancaria. En el caso de los seguros de caución, estos consisten en mandatos comerciales que facultan irrevocablemente al asegurador para suscribir los correspondientes pagarés a nombre y en representación del tomador hasta por el monto pagado al asegurado, más intereses y reajustes. Estos mandatos mercantiles interesan tanto al mandante como al mandatario o comitente, razón por la cual su irrevocabilidad viene dada y autorizada por el artículo 241 del Código de Comercio. Es también frecuente que, cuando el tomador es una persona jurídica, se exija a los socios o a los representantes de tales entidades que, también mediante un mandato irrevocable, autoricen a constituirlos a ellos mismos en avalistas o en codeudores solidarios de los pagarés que se puedan otorgar.³⁷³

En lo que toca a los efectos de estas llamadas “contragarantías”, se aprecia que permiten que el asegurador pueda proveerse de uno o más títulos ejecutivos abstractos en contra del tomador y/o sus avalistas, lo que incide en la posibilidad de dirigir los subsecuentes juicios ejecutivos por incumplimiento de una o más obligaciones de dar en contra del deudor y de sus avalistas. Eventualmente, con el mérito de estos mismos títulos ejecutivos, el asegurador podrá solicitar la liquidación concursal del deudor

³⁷³ Esto equivale, como afirmara GÓMEZ-BLANES, Pablo (2009), p. 20, a que el deudor principal, a su vez, se obliga con el garante (fiador) a primer requerimiento.

y/o de los avalistas conforme lo permite el artículo 117 en sus numerales 1 y 2 de la Ley N° 20.720.³⁷⁴

Salvo las excepciones establecidas en leyes especiales, los pagarés quedan sujetos al pago del impuesto de timbres y estampillas del artículo 1° N° 3 del Decreto Ley N° 3475 y sus modificaciones. Asimismo, será frecuente, aunque la evidencia demuestra que ello no siempre es así, que estos títulos contemplen la cláusula que exime al acreedor de la obligación de protesto del artículo 13 N° 4 de la Ley N° 18.092.

41. EL CORREDOR DE SEGUROS Y SU LABOR EN LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN. EVENTUALES CONFLICTOS DE INTERÉS

La experiencia demuestra que las compañías de seguros de caución no siempre son eficientes en sus procesos de selección de riesgos, bien porque carecen de un departamento especializado en evaluación de riesgos de esta clase, bien porque simplemente confían en la información provista por el tomador espontáneamente, o porque depositan irreflexivamente esa labor en corredores de seguros.

En relación con esto último, y aunque las labores de los corredores suelen normalmente enfocarse en la asesoría al cliente o asegurado según lo establecen los numerales 1° al 4° del artículo 10 del Decreto Supremo N° 1.055 o Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros y Procedimiento de Liquidación de Siniestros, el artículo 57 del D.F.L. N° 251 de 1931 establece como una de las funciones de estos intermediarios el brindar apoyo a la compañía de seguros. En efecto, los corredores cuentan entre sus funciones la de:

“... asesorar a la compañía aseguradora verificando la identidad de los contratantes, la existencia de los bienes asegurables y entregándole toda la información que posean del riesgo propuesto”.

³⁷⁴ El artículo 117 de la Ley N° 20.720 expresa: “*Ámbito de aplicación y causales. Cualquiera acreedor podrá demandar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación de una Empresa Deudora en los siguientes casos: 1) Si cesa en el pago de una obligación que conste en título ejecutivo con el acreedor solicitante. Esta causal no podrá invocarse para solicitar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación respecto de los fiadores, codeudores solidarios o subsidiarios, o avalistas de la Empresa Deudora que ha cesado en el pago de las obligaciones garantizadas por éstos*”.

Esto mismo es repetido en el artículo 10 N° 5 del ya mencionado Decreto Supremo N° 1.055.

Pero la obligación de entregar al asegurador “toda la información que posean del riesgo propuesto” que pesa sobre los corredores no implica que el asegurador quede facultado para desatender su análisis de exposición al riesgo y las tareas propias de toda suscripción. Este ejercicio es y sigue siendo de exclusiva responsabilidad del asegurador.

El asegurador de un seguro de caución recibe normalmente la información acostumbrada o requerida expresamente por intermedio del corredor. Pero eso no quiere decir que el corredor sea quien pueda o deba hacer un análisis del riesgo, ni que pueda pretender influenciar la decisión de selección o exposición que es propia de la compañía aseguradora. De hecho, depositar responsabilidades propias del asegurador en el corredor, además de constituir una infracción de ley, acarrea de forma automática una serie de conflictos de interés para el intermediario.

Más allá de las exigencias de conducta de mercado de la NCG N° 420, y las aportaciones que instituciones como IAIS hacen a través de instrumentos como los *Insurance Core Principles* (ICP) suscritos por nuestra COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, resulta bastante notorio que los corredores de seguros suelen estar sujetos a conflictos de interés en la contratación de seguros, los que deben informar y mitigar de manera legal, competente y profesional, y con atención a las obligaciones de trato justo y *suitability*.

Los conflictos de interés del corredor de seguros de caución no suelen involucrar tanto al tomador y al asegurado como ocurre en otros ramos. De hecho, suelen afectar más al asegurador y se manifiestan, primeramente, en la posibilidad de que el intermediario maneje mal la posibilidad de ganar una determinada comisión o cualquier otro estipendio o beneficio evitando proveer a la compañía la íntegra y cabal información sobre el riesgo de garantía propuesto,³⁷⁵ que es lo que exige el artículo 57 inciso 5° parte final del D.F.L. N° 251. Naturalmente que si el proceso de suscripción del asegurador es irresponsable, este riesgo aumenta considerablemente.

³⁷⁵ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS IAIS, *Insurance Core Principles* (ICP, Updt. Nov. 2017) 18.05.16 “*Some forms of remuneration of insurance intermediaries potentially lead to a conflict of interest. For example, an intermediary may be tempted to recommend a product which provides higher fees or commissions than another. Potential conflicts of interest for intermediaries may exist in a variety of circumstances*”.

Es evidente que las fallas o defectos organizacionales del corredor, o incluso sus actuaciones en contravención a las normas sobre conflictos de interés y a sus deberes fiduciarios y a la normativa vigente, no constituyen una excusa para que el asegurador deje de cumplir sus obligaciones ni se desentienda de responder por un riesgo que ha suscrito irresponsable o irreflexivamente. Pero una cuestión distinta es la responsabilidad del corredor en definitiva, quien responde legalmente de culpa leve. De esta forma, un asegurador no puede desprenderse del proceso de análisis y evaluación de riesgo que le es propio, ni de su obligación de indemnizar, sin perjuicio de la ulterior responsabilidad que pueda exigirse al intermediario según las reglas generales.³⁷⁶

42. CONTRATACIÓN A DISTANCIA EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN.

PROBLEMÁTICA

Según hemos revisado, el proceso de formación del consentimiento en el seguro de caución, en general, no es totalmente comparable al proceso de contratación de los seguros de otros ramos.³⁷⁷ Hemos señalado que, en Chile, el seguro de caución no siempre califica como un seguro de libre pacto, como sí ocurre en el modelo español que siguió la ley chilena en una parte importante.³⁷⁸

Resta, por ahora, saber si es posible contratar un seguro de caución a distancia, esto es, en la forma prevista en el artículo 513 letra v) del Código de Comercio. La norma describe esta clase de contratación como aquella: “... que se ha convenido entre las partes mediante cualquier sistema de transmisión y registro digital o electrónico de la palabra escrita o verbal”.³⁷⁹

La respuesta es evidentemente afirmativa. Es perfectamente posible contratar un seguro de caución por medio de un sistema de transmisión y registro digital que acredite la voluntad del tomador y del asegurador. De

³⁷⁶ Para la responsabilidad del corredor de seguros, véase el artículo 58 letra “d” del D.F.L. N° 251.

³⁷⁷ Véase *supra* N° 34.

³⁷⁸ Véase *supra* N° 32.

³⁷⁹ La definición no era parte del proyecto de ley contenido en la moción parlamentaria. La *Historia de la Ley* (p. 126) muestra que una entonces nueva letra w) con la definición fue incorporada por indicación de los diputados señores ARENAS, BURGOS, CERONI, CHAHÍN, MARINOVIC, SAUERBAUM, TUMA, VALLESPÍN, VAN RYSELBERGHE y VELÁSQUEZ.

hecho, los avances técnicos de la contratación por medio de aplicaciones informáticas hace comercialmente conveniente para las partes y sujetos del contrato suscribir esta clase de seguros mediante medios de comunicación a distancia, al menos en lo que dice relación con las pequeñas y medianas empresas.

La regulación particular de la contratación a distancia, además de las disposiciones legales de los artículos 513 letra “v” y –para efectos del retracto– en el artículo 538 del Código de Comercio, se encuentra fundamentalmente en la NCG N° 171 de 15 de octubre de 2004 que, como su nombre lo indica, “establece exigencias mínimas de seguridad y condiciones necesarias para el comercio e intermediación de seguros por medios electrónicos”. La contratación a distancia “por teléfono” está regulada en la Circular N° 2.148, de 8 de abril de 2014.³⁸⁰ De la simple constatación de la fecha de estas dos normas puede advertirse que se trata de disposiciones que han quedado bastante atrasadas respecto del avance de la tecnología, aun cuando se mantienen todavía vigentes.

La característica esencial del seguro contratado a distancia es que el consentimiento “se forme” mediante un sistema de transmisión y registro digital o electrónico de la palabra escrita o verbal.³⁸¹ Esta característica, sin duda, impacta en su supuesta consensualidad.³⁸²

Como muchas veces, se tropieza con la realidad y con problemas de una normativa sectorial que no está diseñada ni tiene como finalidad regular la contratación de seguros de caución, sino que está pensada para seguros que normalmente son ofrecidos a consumidores y que se suelen contratar por cuenta propia y no por cuenta ajena. El problema es que siempre es difícil encuadrar el aseguramiento de caución en una relación de consumo, más allá de la posibilidad de que micro y pequeñas empresas puedan invocar la tutela de la Ley N° 20.416 para acceder excepcionalmente al régimen de protección a los consumidores dentro de los estrechos márgenes que,

³⁸⁰ El muy interesante *Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico* de la Cámara de Comercio de Santiago es, en esta cuestión, bastante más claro y separa los contratos electrónicos pactados por internet y el resto de los medios “a distancia” (artículos 29 y ss.).

³⁸¹ Sobre la contratación electrónica de seguros, CAMACHO CLAVIJO, Sandra (2006), “Tráfico jurídico electrónico y contrato de seguro”, en *Revista Española de Seguros* N° 127, pp. 433-474.

³⁸² NASSER, Marcelo (2017), “Regulación del seguro por medios electrónicos y telefónico”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* 19 N° 26, pp. 147-150.

en relación con el seguro, puedan incluirse en el ámbito de aplicación de los artículos 2º y 2º bis de la Ley N° 19.489.

Ciertamente que una regulación del año 2004, como la NCG N° 171 tampoco responde a los desafíos actuales del comercio electrónico. Tampoco la Circular N° 2.148 del año 2014 para los seguros telefónicos. Si bien se suele entender que hoy la ley y la normativa sectorial se encargan de regular toda la contratación por “medios electrónicos”, la verdad es que la NCG N° 171 está lamentablemente concebida exclusivamente para contratación en sitios web³⁸³ y no para otra clase de contratación a distancia como la que se hace por correo electrónico u otra forma de comunicación que utilice datos digitales como chats, mensajería, etc. A su turno, la Circular N° 2.148 supone que un asegurador sale al mercado a hacer una oferta determinada de seguros mediante un sistema de *telemarketing*, lo que rara vez ocurrirá en un seguro de caución. Esta última circular tampoco resuelve qué pasa si el contratante es quien “llama por teléfono” a la compañía o al intermediario para solicitar una determinada cobertura, aun cuando esa contratación seguirá siendo a distancia según el artículo 513 letra “v” del Código de Comercio.

Cuando el consentimiento se forma a través de correo electrónico, que es algo muy usual en toda clase de seguros y también en los seguros de caución, estamos frente a una situación que ni el legislador ni la autoridad sectorial han previsto. Como señalábamos, esta realidad colisiona con las normas que regulan la formación del consentimiento a distancia. Dada la falta de regulación específica (pues la NCG N° 171, insistimos, está diseñada para contratación en sitios web), nos parece que hasta que la autoridad regule con claridad este asunto, debe procederse con precaución, tratando de cumplir lo mejor posible con las obligaciones impuestas por la ley y la normativa, aunque no sea totalmente aplicable al caso concreto.

³⁸³ Por ejemplo, su párrafo 1º, luego de exponer los principios sobre los que se debe fundar la contratación por Internet, señala: “Para cumplir con lo anterior, las aseguradoras y corredores deberán contar con un certificado de sitio Web seguro, otorgado por una entidad prestadora de servicios de certificación a las que se refiere la Ley N° 19.799 o por una entidad certificadora ampliamente utilizada internacionalmente”. El párrafo 3º se denomina “Información mínima a proporcionar en el sitio web”. El párrafo 4º señala “Tanto la aseguradora como el asegurable, podrán manifestar su consentimiento a la celebración de un contrato de seguro, en los términos acordados en el sitio Web, a través de los mecanismos que éste contemple”.

Así, nos parece que para que el consentimiento en el seguro de caución se entienda formado por correo electrónico, el asegurador debe adjuntar las condiciones establecidas en el artículo 514 del Código de Comercio al correo electrónico del tomador, explicitándole las condiciones de asegurabilidad, la prima o la forma de calcularla, las condiciones de contratación, y muy fundamentalmente la documentación que requerirá para su proceso de selección o evaluación del riesgo de una forma, todo de una manera que permita su impresión legible y clara.³⁸⁴

Es bastante obvio que el correo electrónico (a diferencia de una llamada telefónica, por ejemplo) satisface la exigencia de “escrituración” contemplada en el artículo 514 del Código de Comercio. A su turno, el tomador deberá dar respuesta al asegurador en los términos de los artículos 102 a 104 del Código de Comercio y, una vez que se agoten las contrapropuestas que circulen (artículo 102 Código de Comercio), permitirá que se forme el consentimiento del artículo 515 del Código de Comercio. El asegurador y el corredor, en su caso, deberán guardar un registro duradero o seguro de esas comunicaciones a disposición de la autoridad y del tomador.

En otras sedes hemos analizado la problemática de la contratación a distancia en los seguros daños y de personas.³⁸⁵ El artículo 538 del Código de Comercio consagra, en la contratación a distancia, un amplio derecho a retracto, institución característicamente de protección a los consumidores para proteger a la parte débil de un consentimiento otorgado bajo técnicas de contratación agresivas.³⁸⁶ El asunto, sin embargo, es más complejo de

³⁸⁴ La NCG N° 171, N° 4, párr. 2 exige “desplegar en la pantalla” las condiciones particulares y generales de la póliza que se va a contratar, con las cláusulas adicionales y de uso general que se contraten, indicándose los respectivos códigos de depósito, de forma que se permita al tomador su impresión.

³⁸⁵ NASSER, Marcelo (2018), pp. 142 ss.; NASSER, Marcelo (2017), pp. 41-58.

³⁸⁶ La consecuencia lógica de la incorporación de la contratación “a distancia” fue la llamada “garantía de consensualidad” del seguro, que se incorporó al artículo 538 CCOM. Según se lee del *Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara (Historia de la Ley, p. 74)*, “el empleo de técnicas de venta a distancia (telemarketing, teléfono) requiere de mecanismos que se orienten a garantizar la información y el conocimiento del contrato de seguro. Por ello, se propone incorporar a la legislación, la facultad del contratante de solicitar la terminación unilateral de la póliza, dentro de un plazo acotado, cuando ésta ha sido contratada por sistemas o medios de contratación a distancia”. La opción por prohibirlos se lee de la *Historia de la Ley, p. 262 (Discusión en Sala)*, y la “necesidad de establecer una regulación más específica”, argumentando que “es una práctica habitual el abuso en el contrato de seguros sin ningún medio de prueba para el asegurado, que se hacen a través de medios telefónicos que finalmente

lo que podría pensarse. Piénsese, insistimos, el problema del derecho de retracto que la ley establece irrenunciablemente a favor del tomador en régimen imperativo. En este caso, insistimos, en régimen imperativo, el tomador puede retractarse sin expresión de causa, lo que conspira contra la naturaleza irrevocable del seguro de caución, y su calidad de aseguramiento por cuenta ajena.

Debe recordarse que el artículo 538 del Código de Comercio señala:

“Retracto de un contrato de seguro celebrado a distancia. En los contratos de seguro celebrados a distancia, el contratante o asegurado tendrá la facultad de retractarse dentro del plazo de diez días, contado desde que reciba la póliza, sin expresión de causa ni cargo alguno, teniendo el derecho a la devolución de la prima que hubiere pagado. Este derecho no podrá ser ejercido si se hubiere verificado un siniestro, ni en el caso de los contratos de seguro cuyos efectos terminen antes del plazo señalado en el inciso precedente”.

Como se ve, en régimen imperativo, el derecho de retracto aparece *prima facie* como una facultad de la que goza el tomador o el asegurado cuando ha contratado a distancia. Y no se trata de un caso en que ya se verificó el siniestro ni de un seguro cuyos efectos terminen antes del plazo de 10 días, que son las únicas dos excepciones legales.

Pero la naturaleza del seguro de caución (en el que se gestionan intereses ajenos y más concretamente los intereses de un asegurado que es una persona distinta a la persona del tomador y que no forma parte de la relación contractual ni del proceso de formación del consentimiento³⁸⁷) hace que una facultad como el retracto unilateral del tomador no pueda aceptarse. De hecho, en nuestro entendimiento de la norma, la disyuntiva presentada por el legislador en la frase “el contratante o asegurado” sugiere que esta norma no pueda beneficiar al tomador cuando el asegurado es un tercero.

En el seguro de caución, es el asegurado y no el tomador quien lleva interés primario en el negocio de garantía pues es él quien está directamente afectado por el riesgo y sobre quien se producen los efectos del contrato

significan un perjuicio al patrimonio de los consumidores”. Sobre esto, véase *Historia de la Ley*, p. 264. Sobre el retracto, en general, PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013), “Comentario al artículo 12 A”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (DE LA MAZA, I. y PIZARRO C. editores y BARRIENTOS F. editora), Santiago, Thomson Reuters-UDP-Fundación Fueyo, pp. 172-174.

³⁸⁷ Véase *supra* N^{os}. 27 y 28.

de seguro.³⁸⁸ Si se revisa el inciso final del artículo 516 del Código de Comercio se verifica una situación parecida que el legislador sí ha arbitrado de forma correcta, pues el tomador no puede cobrar la indemnización en el seguro por cuenta ajena sin el consentimiento previo o mediante mandato del asegurado. Esto ocurre, precisamente, porque es el asegurado y no el tomador el titular del interés. Lo mismo debería ocurrir en el caso del retracto del seguro de caución contratado a distancia, el que sólo podría verificarse, a nuestro juicio, con el consentimiento previo o con mandato expreso del asegurado.

43. INICIO Y TÉRMINO DE LA COBERTURA EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

Bien sea que se trate de un contrato sujeto a imperatividad (en que el negocio es siempre consensual por disposición legal irrenunciable), o bien sea que se trate de un seguro de libre pacto (en que puede acordarse cualquier forma de perfeccionamiento del contrato),³⁸⁹ la cobertura temporal del seguro puede y suele tener un plazo de inicio distinto al de la formación del consentimiento.

En palabras muy simples, una cosa es la vigencia temporal de la cobertura, y otra cosa distinta es la fecha de perfeccionamiento del contrato.

El asunto, como casi siempre, nos lleva a la relación obligacional subyacente pues esta es la que determina el riesgo asegurable en los seguros de caución. Sólo a modo de ejemplo podemos citar el caso de los contratos de construcción. Estos contratos se firman después que los contratos de seguro de caución que garantizan el correcto uso de anticipos y el fiel cumplimiento se han suscrito (fecha del contrato), y antes de que las obligaciones realmente nazcan para las partes, no existe un riesgo actual ni puede en la práctica comenzar la cobertura. Y no nos referimos a las garantías de seriedad que obviamente son anteriores a la suscripción del contrato, sino a las de cumplimiento (*performance*).

³⁸⁸ CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), p. 20 “cuando el tomador deudor –en la relación subyacente– concierta el seguro, el interés que se protege no es suyo propio sino el del asegurado”.

³⁸⁹ Sobre la formación del consentimiento en el contrato de seguro, véase *supra* N° 34 y N° 39.

De hecho, es notorio que tales contratos de construcción suelen identificar las pólizas de seguro de caución con singular detalle, incluyendo su número y la compañía que suscribe el riesgo. También, en el caso de los seguros de caución que se exigen para desempeñar un determinado oficio, el nombramiento oficial de la persona para que sirva el respectivo oficio no puede hacerse sin que se exhiba y acepte la correspondiente caución que ha sido previamente tomada y acordada.

En concreto, el consentimiento del contrato de seguro de caución precede a la exposición real del asegurado al riesgo y supone un interés asegurable real pero futuro.

El artículo 518 N° 5 del Código de Comercio exige al asegurador que emite la póliza indicar como un requisito de esta “la época en que principia y concluye el riesgo para el asegurador”, lo que supone que el momento de la suscripción puede y suele no coincidir con la exposición al riesgo y, por ello, con la cobertura temporal. Esta misma idea está desarrollada en el artículo 523 del mismo Código que expresa en su inciso 1°:

“Vigencia de la cobertura. Los términos de la vigencia del contrato serán fijados en la póliza”.

Aunque se trate de una eventualidad que “se espera que exista”, el riesgo del seguro de esta clase está supeditado a la existencia real de los contratos subyacentes que lo determinan o al efectivo ejercicio en un determinado oficio o cargo, entre otros riesgos de caución que pueden ser imaginables. En el caso de los seguros de caución asociados a la construcción, como revisábamos, el seguro se supedita al otorgamiento de un contrato determinado en las condiciones particulares que sea susceptible de ser incumplido por el tomador el que, usualmente, refleja la consecuencia formal de la adjudicación en bases de licitación u otros mecanismos adjudicatorios.

El asunto tiene relevancia, por ejemplo, si el contrato subyacente no se llegase a celebrar por cualquier causa. En este caso, el riesgo que motivaba el contrato se desvanece y el seguro debe considerarse nulo en virtud del artículo 520 inciso 2° del Código de Comercio. Con igual razón, si no se llegase a suscribir el contrato subyacente, no llega a existir un interés asegurable del asegurado lo que también supone la terminación del contrato, pero ahora en virtud del artículo 520 inciso 2° del Código de Comercio. Una cosa similar ocurre cuando se exige contratar un seguro de caución para servir un cargo que aún no ha sido atribuido a determinada persona, como el de corredor de seguros u otro pues si ese riesgo no llegase a principiar porque el postulante no resulta electo, o porque renuncia antes de asumir,

el seguro de caución debe considerarse terminado por falta absoluta de un riesgo y por ausencia de toda clase de interés asegurable.

Pero es también relevante por otras razones. En efecto, el inicio de la cobertura de un seguro de caución suele coincidir con el inicio del riesgo, lo que no necesariamente coincide temporalmente con el inicio de vigencia del contrato de seguro mismo ni, por ello, con el momento de la formación del consentimiento. Por esta razón, si se ha cobrado prima y llegase a ser efectivo que no llegó a existir el riesgo o que no puede imaginarse un supuesto de interés asegurable futuro, el asegurador deberá restituir íntegramente la prima al tomador o a quien la haya pagado por él.³⁹⁰ Para restituirla, el asegurador deberá cumplir los plazos fijados por el regulador en la Circular N° 2.114 de 26 de julio de 2013 sobre “devolución de prima pagada y no ganada”, esto es, deberá ponerla a disposición de quien la soportó económicamente en su patrimonio,³⁹¹ para lo que tiene un plazo de 10 días, con la obligación de notificarlo previamente.

En cuanto a la extinción de la cobertura temporal, si no se hubiese señalado una fecha de término en la póliza conforme lo dispone el ya citado inciso 1° del artículo 523 del Código de Comercio, será el juez quien deberá estimar hasta cuándo correrán los riesgos de acuerdo con lo que indica el inciso 3° de la misma norma, lo que deberá hacer:

“... tomando en consideración la naturaleza del seguro, las cláusulas del contrato, los usos y costumbres y las demás circunstancias pertinentes”.

Pero existen seguros de caución cuya cobertura temporal está sujeta a una vigencia dispuesta en una norma legal expresa, como ocurre con el seguro descrito y regulado en el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. La norma dispone, en lo que por ahora interesa:

“La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador”.

³⁹⁰ El artículo 527 del Código de Comercio sólo permite al asegurador ganar la prima si ha asumido un riesgo, al establecer que “el asegurador gana la prima desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta...”.

³⁹¹ La Circular N° 1.763, de 14 de julio de 2005, ordena restituir la prima a la persona que la soportó económicamente en su patrimonio, que en el seguro de caución será normalmente siempre el tomador.

Esta norma no puede ser leída sin atención a lo prescrito en el artículo 3.4.7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones la que dispone, más específicamente, que la vigencia de las pólizas de esta clase: “... deberá exceder a lo menos en sesenta días el plazo estipulado para la celebración del contrato de compraventa prometido”.

Si bien ambos cuerpos normativos exigen que la garantía “se mantenga vigente”, o “permanezca vigente” hasta que el inmueble quede inscrito a favor del comprador en el Registro Conservatorio, resulta bastante obvio que esta segunda situación sólo puede presentarse si el contrato de compraventa prometido ha sido primeramente celebrado dentro del plazo expreso fijado en la escritura de promesa de venta. Si ese evento (que es una obligación de hacer consistente en apersonarse en la notaría a firmar el contrato) no llega a ocurrir,³⁹² entonces el siniestro contemplado en el seguro de caución se produce indefectiblemente.³⁹³

³⁹² Sobre la obligación de concurrir a suscribir el contrato de compraventa como objeto de la promesa véase, en general, DE LA MAZA, Íñigo (2014), “Condiciones y obligaciones en el contrato de promesa. Corte Suprema, rol N° 512-2013, 24 de marzo de 2014”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 22 [online] Cita en línea: CL/JUR/497/2014. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100009&lng=es&nrm=iso.

³⁹³ Incluso en la *Historia de la Ley* existía un plazo indeterminado que no quedó no comprendido en esta clase de seguros, que decía relación con el ajuste de las obras a las especificaciones técnicas que fue extirpado en la tramitación legislativa posterior. Esta Indicación fue agregada en el *Segundo Informe de la Comisión de Constitución* de la Cámara de Diputados de 3 de junio de 2003. Fue presentada por los Diputados señora MUÑOZ y señores AGUILÓ, BERTOLINO, ENCINA y VILCHES y señalaba: “La póliza permanecerá vigente mientras dichas obras se encuentren sujetas a cualquier gravamen o prohibición emanado de obligaciones pendientes del promitente vendedor”, y fue acogida con modificaciones, y obedeció a la necesidad de mantener la garantía a favor del promitente comprador, en los casos en que pudiendo encontrarse finalizadas satisfactoriamente las obras, existieran gravámenes o interdicciones a su respecto que pudieran afectar el dominio del promitente comprador. El Diputado ENCINA propuso extender la vigencia de la garantía “hasta el perfeccionamiento de la inscripción de dominio en el conservador de bienes raíces, precisando que una práctica semejante se empleaba en países como España, sin que el costo alcanzara valores muy elevados, los que, en todo caso, con la masificación deberían tender a disminuir”, lo que se terminó aprobando en la Cámara. *Informe de Comisión de Constitución del Senado*, Sesión 30 de 2 de septiembre de 2003. El texto señalaba, en su segundo trámite: “Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, y que celebren contratos de promesa de compraventa, de caucionarlos mediante póliza u otra garantía similar, aceptada por el promitente comprador. Esta garantía, debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste y establecido en el contrato de promesa

El hecho de que las normas aplicables a la promesa de compraventa “en verde” exijan un plazo de vigencia de la garantía asegurativa de “a lo menos 60 días desde el otorgamiento de la compraventa” no permite afirmar que las pólizas de esta clase aseguran riesgos a perpetuidad ni menos hasta que el inmueble quede inscrito a nombre del promitente comprador. Suponer que las pólizas de caución que garantizan la restitución de todo o parte del precio por ventas “en verde” rige ultra activamente hasta el plazo de prescripción del seguro con prescindencia de su cláusula de cobertura temporal supondría, a su vez, la absurda situación de que el asegurado pueda elegir no denunciar el “primer” siniestro (no otorgarse la escritura de venta en el plazo estipulado) y con ello obtener una especie de cobertura a perpetuidad o, al menos, hasta que prescriban las acciones en contra del asegurador. Pero si el promitente vendedor y el promitente comprador asegurado sí suscriben la promesa de compraventa dentro del plazo estipulado en el contrato que el seguro garantiza, ese primer riesgo se extingue, y sólo entonces nace el “riesgo de no inscripción” imputable al promitente vendedor, cuya cobertura regirá hasta el plazo fijado en la póliza que no puede ser menor al señalado en la Ley y en la Ordenanza. Antes de eso, tal riesgo no existe.

Otro tanto ocurre con la póliza de caución para cierre de faenas mineras, cuyo plazo de vigencia está fijado en el artículo 51 de la Ley N° 20.551 el cual determina que la integridad, suficiencia y estabilidad de la garantía debe permanecer “durante toda la vida útil de la faena”, concepto que está también descrito y regulado con singular detalle en el artículo 53 de la misma ley.

respectivo, para el evento que el contrato no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición, establecidos por la promitente vendedora, o bien, que las obras realizadas no se ciñan a las especificaciones convenidas. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador”. Este “tercer” riesgo y este nuevo plazo fueron eliminados en el *Informe Comisión Mixta*, 14 de enero, 2004, Sesión 45. Legislatura 350.

44. LA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE SINIESTRO. A QUIÉN DEBE HACERSE EL PAGO, Y EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

El asegurado de caución nominado en la póliza tiene derecho a la indemnización en el caso de que ocurra un siniestro cubierto conforme lo dispone el artículo 529 N° 2 del Código de Comercio. Es precisamente a la persona del asegurado a quien debe hacerse el pago. Por ello, el pago hecho a una persona distinta no vale, salvo que el acreedor lo ratifique de un modo expreso o tácito según establece el artículo 1577 del Código Civil. Ahora bien, el hecho a un diputado para el pago sí es válido según lo ordenan las reglas generales sobre esta materia que ese encuentran en los artículos 1576 y 1580 del mismo Código.

Como hemos señalado, la calidad de asegurado coincide con la de beneficiario de la obligación condicional de indemnizar en los seguros de caución, por lo que es indiferente, por regla general, hablar de la persona del asegurado o de la persona del beneficiario. Estos conceptos fungen como equivalentes en esta clase de seguros salvo que se trate de un caso (anómalo en la práctica, aunque no prohibido) en que se haya pactado que una persona del asegurado tendrá derecho a la indemnización en caso de siniestro.

A estas alturas, no nos puede parecer novedoso señalar que la situación del asegurado con relación al pago de la indemnización es radicalmente distinta si se trata de un seguro de caución “corriente” que si se ha pactado el seguro de caución “a primer requerimiento”. En el primer caso, lo normal es que se produzca una liquidación y ajuste del siniestro conforme lo regulan y disponen los artículos 61 al 64 del D.F.L. N° 251 y 12 al 17 del Decreto Supremo N° 1.055. Pero, como siempre, el asegurador puede pagar sin esperar la liquidación del siniestro o incluso puede determinar cubrir el siniestro contra la opinión del liquidador, lo que además aparece con especial notoriedad en el inciso 2° del artículo 582 del Código de Comercio.³⁹⁴

Si se somete a liquidación un seguro de caución “corriente”, el Reglamento otorga al asegurador un plazo de “6 días siguientes de notificada la resolución de la compañía de seguros respecto de la procedencia del pago de la indemnización, salvo que la póliza disponga un plazo distinto, el cual,

³⁹⁴ Para la “autorización” que da el legislador al asegurador a pagar el seguro de caución “corriente” si el siniestro es controvertido y sus efectos, véase N° 24.

en todo caso, no podrá exceder de los 6 días señalados anteriormente en el caso de pólizas depositadas...”. Transcurrido ese plazo, la obligación se debe entender líquida y actualmente exigible como lo prescribe el artículo 27 del Decreto Supremo N° 1.055, lo que no sólo impacta en el pago mismo, sino en el comienzo de plazo para el cómputo de la prescripción de las acciones que procedan en contra del asegurador.

En los seguros de caución “a primer requerimiento”, según ya hemos revisado varias veces, el siniestro denunciado no se somete a un procedimiento previo de liquidación, sino que simplemente debe pagarse “a la mera solicitud del asegurado”, sin que el asegurador pueda diferir o condicionar el pago de la indemnización, lo que deriva de la imposibilidad de oponer excepciones. Esto último altera favorablemente las condiciones de exigibilidad normales que usualmente ceden en beneficio de un asegurado corriente, así como también los plazos de pago. En esta clase de seguros, naturalmente no resulta útil ni aplicable el plazo establecido en el artículo 27 del Decreto Supremo N° 1.055, por lo que se deberá estar a los plazos señalados en las pólizas y, en último término, a las normas legales y administrativas que regulan la materia.

De esta manera, si nada indica la póliza “a primer requerimiento”, el pago deberá hacerse inmediatamente, pues como afirma RÍOS (probablemente pensando en otra clase de seguros, pero el asunto es perfectamente aplicable al seguro de caución), “la obligación condicional de indemnizar una vez ocurrido el siniestro pasa a ser pura y simple, por consiguiente es exigible de inmediato”.³⁹⁵

Obviamente que se pueden pactar modalidades lícitas, como si se establece un plazo. El plazo, con todo, dada la naturaleza misma del seguro “a primer requerimiento” deberá ser un término razonablemente breve. Otra forma corriente de modalidades propias de esta clase de seguros es la exigencia de determinados documentos mínimos para proceder al cobro, como la identificación de la póliza, un certificado de cobertura tal como, por lo demás, se refleja en lo dispuesto por el Oficio Circular N° 972 de la CMF.

En los seguros de caución para promesas de compraventa de inmuebles regulados en el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, se permite establecer un plazo para comparecer a firmar

³⁹⁵ Ríos, Roberto (2015), “Comentario al artículo 529 N° 2”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., p. 358.

la escritura de compraventa prometida. El establecimiento de un plazo simplifica el problema de la exigibilidad, pues permite la constitución en mora de acuerdo con el artículo 1551 N° 1 del Código Civil (mora por llegada de un plazo expreso). Si el seguro se somete a liquidación y las partes aceptan el contenido del informe, el asegurador debe pagar al asegurado en un máximo de seis días contados desde la notificación, conforme lo indica el Reglamento.

Pero la ley que regula el seguro de caución para promesas de compraventa de inmuebles, además de un plazo, permite establecer una condición que fije la época de la celebración del contrato prometido, lo que podría complicar la exigibilidad pues, entre otras muchas cosas, como afirma CAPRILE, la condición puede ser “determinada” o “indeterminada”. Como señala este autor, si la condición es indeterminada no sabemos cuándo debe entenderse fallida, por lo que el problema de la exigibilidad (y de la prescripción) es más complejo, debiéndose optar por cinco o diez años dependiendo de la doctrina que se prefiera seguir.³⁹⁶ Cumplido ese plazo, la obligación pasa a ser exigible para el promitente comprador, aunque, como insiste CAPRILE (y no podemos sino coincidir con él), aquello “no resulta sensato”.³⁹⁷

45. A QUIÉN DEBE HACERSE EL PAGO EN CASO DE REORGANIZACIÓN O DE LIQUIDACIÓN DEL ASEGURADO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN

La calidad de asegurado de un seguro de caución no se pierde por la reorganización judicial de la persona natural o jurídica que es acreedora de la obligación de indemnizar. Mientras el siniestro no ocurra, el crédito

³⁹⁶ Para la posibilidad de pactar plazo o condición, la primacía de la LGUC sobre la OGUC, y los efectos de estas modalidades, véase CAPRILE, Bruno (2009), “La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las Leyes N°s. 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados”, en *Revista Actualidad Jurídica* N° 20, Julio 2009, T. II, Santiago, pp. 524 ss. Sostiene este autor (p. 527) “En la práctica, es frecuente que en la promesa se pacte una condición para la celebración del contrato de compraventa prometido, a saber, la obtención de la recepción definitiva municipal y del certificado de copropiedad inmobiliaria. Esa condición puede ser determinada, si, por ejemplo, se fija un plazo máximo para la obtención de dichos certificados, o indeterminada, cuando se omite dicho plazo, de tal suerte que el promitente vendedor podría en rigor obtenerlos dentro de los 5 o 10 años siguientes al contrato de promesa”.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 528.

condicional no puede ser incluido en el listado de bienes de la empresa deudora, precisamente por la calidad condicional que ostenta esa acreencia.

Pero si el siniestro ya ocurrió y la indemnización aún no ha sido pagada, el crédito ha dejado de ser condicional y debe considerarse como radicado en el patrimonio del asegurado sujeto a reorganización, aunque penda un plazo contractual de pago. Se puede afirmar lo anterior puesto que se sabe que los plazos no inhiben el nacimiento de las obligaciones, sino que sólo retardan su exigibilidad en caso de ser suspensivos según una regla de derecho antiguo que nuestro legislador recoge en el artículo 1495 del Código Civil.

En este último caso, el crédito debe ser contabilizado por el asegurado sujeto a reorganización en el balance provisorio del N° 5° del artículo 56 de la Ley N° 20.720, si es que lleva contabilidad completa. Y este crédito, ciertamente, forma parte de los bienes del deudor que deben incluirse de acuerdo con el numeral 1° del mismo artículo.

Asimismo, una propuesta de acuerdo de reorganización normalmente propondrá destinar los dineros provenientes de la indemnización del seguro al cumplimiento a los términos del acuerdo de reorganización, lo que beneficia a los acreedores.

Una cuestión distinta ocurre en el caso en que se decrete la liquidación judicial forzosa de la persona del asegurado. Si el asegurado es acreedor de una obligación nacida de un seguro de caución y esta no ha sido pagada aún, por ejemplo, porque pende un plazo, dicho crédito es un activo que debe ceder a favor de la masa. Si el pago se encuentra pendiente al dictarse la resolución de liquidación, esa misma providencia debe advertir al público que no haga pago alguno al deudor y que los pagos deben hacerse al liquidador. La contravención de esta prohibición se sanciona con la nulidad de dicho pago según lo indica el artículo 179 N° 6 de la Ley N° 20.720³⁹⁸ lo que es, a su vez, consistente con el artículo 1578 del Código Civil.

Si el asegurado está sujeto a liquidación judicial y los riesgos estén pendientes, esto es, no se ha producido ningún siniestro, el asegurador tiene derecho a poner término anticipado al seguro en los términos del

³⁹⁸ GOLDENBERG, Juan Luis (2015), “Comentario al artículo 540”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., p. 453.

artículo 540 inciso 2º de Código de Comercio, debiendo restituir la prima proporcional no ganada.³⁹⁹

46. PRINCIPIO INDEMNIZATORIO. CALIDAD INDEMNIZATORIA DE LA OBLIGACIÓN QUE CEDE A FAVOR DEL BENEFICIARIO DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 552 INCISO FINAL DEL CÓDIGO DE COMERCIO. DIVISIBILIDAD DEL PAGO. EL CASO DEL SEGURO “A PRIMER REQUERIMIENTO”

Los seguros de caución son de seguros de daños. Además, y dentro de esa clasificación, se caracterizan por pertenecer a la tipología que el artículo 544 del Código de Comercio identifica como seguros patrimoniales.⁴⁰⁰ En ese entendido, y a diferencia de lo que ocurre en algunos seguros de personas, la obligación de indemnizar pactada a favor del asegurado debe siempre tener un carácter indemnizatorio.⁴⁰¹

El carácter indemnizatorio de esta clase de seguros constituye la regla general plasmada tanto en el artículo 550 como en el artículo 552 inciso final del Código de Comercio y que resume de forma bastante completa el llamado “principio indemnizatorio” o “de mera indemnización” que, en un sentido grueso, impide el enriquecimiento ilícito o sin causa del beneficiario.⁴⁰² La norma dispone:

“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”.

En principio, cualquier pago que exceda el menoscabo efectivamente sufrido es un pago indebido y puede repetirse de manos del asegurado. Lo mismo ocurre si los perjuicios no provienen causalmente del siniestro

³⁹⁹ El inciso 1º del artículo 540 del Código de Comercio permite que el liquidador o la masa “afiancen el cumplimiento” del pago de las primas.

⁴⁰⁰ Sobre esto, véase *supra* N° 33.

⁴⁰¹ Sobre la calidad indemnizatoria del seguro y sus efectos, LAWRY; RAWLINS y MERKIN (2011), *Insurance Law, Doctrines and Principles*, 3ª edición, Oxford, Hart Publisher, p. 323; NASSER, Marcelo (2018), pp. 74-77.

⁴⁰² Sobre el principio indemnizatorio en el seguro de caución, véase la exposición de varias doctrinas en CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier, cit., pp. 93 ss. con referencia a TIRADO SUÁREZ, y especialmente a GAMBINO (“Líneas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca y las nuevas formas técnicas de seguro mixto de vida con prima única”, en *Revista Española de Seguros* N° 70, abril-junio 1992, pp. 29 ss.).

propriadamente dicho, sino de causas diversas que no están contempladas en la cobertura de la póliza.

Ahora bien, la calidad indemnizatoria de los seguros de caución funciona a la perfección en los seguros de caución “corrientes”, pues en ellos la usual labor del liquidador de seguros hace posible no sólo verificar la existencia del siniestro propriadamente dicho, sino que se completa con el ajuste de los “daños patrimoniales sufridos por el asegurado” en los términos exigidos por el artículo 582 inciso 1° del Código de Comercio. La constatación de estos daños y de su efectividad y monto deberá hacerse conforme a los deberes legales del liquidador, muy fundamentalmente el descrito y regulado en el artículo 13 letra “b” del Decreto Supremo N° 1055 que obliga a estos auxiliares a:

“Determinar el verdadero valor del objeto asegurado a la época del siniestro, el monto de los perjuicios y la suma que corresponde indemnizar, informando fundadamente al asegurado y al asegurador la procedencia o rechazo de la indemnización”.⁴⁰³

Además, todas las pólizas de seguros de caución se extienden “hasta” una determinada cantidad de dinero. Esto, naturalmente, se hace en consonancia con lo dispuesto en el artículo 552 del Código de Comercio que define “suma asegurada” no como el valor que debe ser pagado al beneficiario, sino como “el límite máximo de la indemnización que se obliga a pagar el asegurador en caso de siniestro”.

Una lectura razonable de las pólizas y de los textos legales apunta a que la obligación de indemnizar que recae sobre el asegurador de caución reconoce como máximo el daño efectivamente sufrido por el asegurado, lo que permite sostener que la regla general en los seguros es la divisibilidad de esta obligación pecuniaria. La divisibilidad de la indemnización naturalmente que tiene lugar en el caso del seguro de caución “corriente”. En este tipo de seguro el interés del asegurado está causalmente conectado con la relación subyacente debido a la manifiesta accesoriedad del contrato. En este caso, el liquidador o el mismo asegurador ajustarán la pérdida de acuerdo a la efectividad del daño patrimonial sufrido por el asegurado, teniendo como límite máximo a indemnizar el valor de la “suma asegurada”. Más aún, en el seguro de caución “corriente”, es el propio legislador el que

⁴⁰³ Sobre los deberes del liquidador, en general, NASSER, Marcelo (2024), “Los deberes del liquidador de seguros en Chile”, en AA.VV. (2014), *Derecho de daños y responsabilidad civil* (G. Rosso, editor), Santiago, Tirant lo Blanch, pp. 51-85.

permite disminuir *a priori* la indemnización cuando el asegurado incumple determinadas cargas como se manifiesta del inciso 2º del artículo 582 del Código de Comercio.⁴⁰⁴

Pero el asunto no funciona tan fácilmente en los seguros de caución “a primer requerimiento”, pues estos seguros deben considerarse “preestimados” en el valor de la suma asegurada, lo que permite al acreedor cobrarlos íntegramente por la cifra “preestimada” como suma asegurada.⁴⁰⁵ Obviamente que esta característica propia de las garantías independientes parecería violentar los artículos 550 y 552 del Código de Comercio y, con ello, todo el principio indemnizatorio. Pero el asunto no es tan tosco.

No es osado decir que en los seguros de caución “a primer requerimiento” la suma asegurada no equivale realmente al “monto máximo” de la indemnización que se obliga a pagar el asegurador como indica la ley, sino que constituye, precisamente, “el monto” de la indemnización”. Algunos autores han atribuido esta característica a una especie de “preestimación” del valor del interés del asegurado, lo que explicaría la calidad de “tasadas” o “estimadas” de estas pólizas⁴⁰⁶ como ocurre, por lo demás, con muchas garantías y títulos mercantiles como la boleta bancaria de garantía, el cheque, el pagaré, entre otros.

Es la ausencia de accesoriedad de la garantía “a primer requerimiento” lo que justifica que el interés quede “preestimado” y desconectado de la relación subyacente y de los perjuicios patrimoniales efectivamente sufridos por el asegurado. Un análisis como el propuesto descarta, como lo ha resuelto la EXCMA. CORTE SUPREMA, cualquier tipo de vulneración del principio indemnizatorio.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Véase *infra* N° 54.

⁴⁰⁵ Véase *supra* N° 21.

⁴⁰⁶ BUSTILLO SAIZ, María del Mar (2015), pp. 301 ss.

⁴⁰⁷ Así lo ha resuelto la EXCMA. CORTE SUPREMA, 15 de julio de 2021, Ingreso N° 22364-2021, en autos caratulados “AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A. con CMF”. El Considerando Cuarto señala: “Que, en consecuencia, la recurrente tiene la obligación legal y regulatoria de pagar al primer requerimiento, sin que pueda oponer excepciones al pago ni diferirlo, sin perjuicio de repetir lo que corresponda luego de que se efectúe la liquidación del siniestro si ello es procedente, en este caso la liquidación del contrato de obra pública de acuerdo al Decreto N° 75, Reglamento para Contratos de Obra Pública, lo que es concordante con el principio indemnizatorio del contrato de seguro”. Lo mismo en EXCMA. CORTE SUPREMA, 15 de julio de 2021, Ingreso N° 22364-2021.

La “preestimación” rige para los efectos del cobro y pago de estos seguros y se relaciona con la prohibición general de oponer excepciones, por lo que no subsiste después. En efecto, sabemos que frente al cobro de la integridad del monto asegurado “a primer requerimiento”, el asegurador no puede oponer al asegurado una especie de beneficio de división de la deuda, ni una excepción que comporte la rebaja ajustada a un supuesto “daño efectivamente sufrido”, ni la excepción de cumplimiento parcial ni cualquier otra. Pero nada impide que, una vez pagado íntegramente, pueda recuperar todo lo que haya enriquecido sin causa al asegurado mediante el conocido mecanismo *solve et repete*.

En efecto, si se procediera a liquidar un siniestro pagado “a primer requerimiento” después de efectuado el pago, y se descubriera que el asegurado de caución se enriqueció como consecuencia de la indemnización que pidió a primera demanda, vale decir, si liquidado *a posteriori* el siniestro aparece que el asegurado recibió más de lo que realmente se le debía, el asegurador tiene en su contra la acción del enriquecimiento sin causa. Esto implica que, por una vía más larga y que supone el ejercicio de acciones de recobro de lo dado en exceso, el artículo 552 inciso final del Código de Comercio es aplicable a los seguros de caución “a primer requerimiento”.

La autoridad reguladora tiene perfecta noción de la posibilidad de ocurrencia de este problema, tal como se desprende del Oficio Circular N° 972 (N° 1) en que se refiere a que el pago de una póliza a primer requerimiento “no obsta a que, en los casos que proceda por las reglas generales, se efectúe la liquidación del siniestro”, lo que en cierto sentido es confirmado por el Oficio Circular N° 1.312 de 26 de enero de 2024. De esta disposición normativa se infiere con claridad que es posible (y deseable) liquidar un seguro de caución “a primer requerimiento” después que la indemnización es pagada, con la finalidad que se establezcan los perjuicios efectivos del asegurado y se determine si el asegurador tiene derecho a devolución de todo o de parte de lo pagado, entre otros derechos adicionales que pueden asistirle. Quien pagó el total del monto asegurado como efecto de la independencia de la garantía puede recobrar lo que en definitiva se acredite como pagado en exceso, puesto que la abstracción o independencia de la garantía “a primer requerimiento” desaparece luego del pago, retornando todo a los cursos causales normales.

Dicho lo anterior, es relevante reconocer que nada obsta —y de hecho ocurre—, que dentro de la autonomía de la voluntad propia de los seguros de libre pacto como es el de caución “a primer requerimiento” y para evitar

enjambres judiciales innecesarios, que el asegurado y el asegurador negocien una indemnización que se ajuste a los perjuicios efectivamente producidos, sin aprovechar las ventajas a veces injustas que proveen la garantías a primera demanda, previendo una situación de enriquecimiento sin causa.

47. EXIGIBILIDAD Y PRESCRIPCIÓN EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

En nuestro país, la ley especial que regula el contrato de seguro no indica en qué momento se hace exigible la obligación condicional de indemnizar que surge para el asegurador con motivo del siniestro. El legislador se limita a señalar en el artículo 529 N° 2 del Código de Comercio que una de las dos obligaciones principales del deudor es la de “indemnizar el siniestro cubierto”, lo que indicaría, en principio, que bastaría que un siniestro se encuentre cubierto por el seguro para que la obligación de indemnizar se haga exigible. Pero el asunto no es tan simple.

A falta de una regla imperativa que regule la materia, las reglas generales de los contratos indican que las partes pueden pactar un plazo que determine la exigibilidad, el que debe cumplirse, como ha mostrado Ríos siguiendo el texto del artículo 1569 del Código Civil, “al tenor de la obligación”.⁴⁰⁸ Con todo, esa norma no soluciona el problema del todo pues el asunto más bien tiene que ver con el momento en que el asegurador se pone en mora y no tanto con la manera específica de cumplir la obligación. En tal sentido, acaso la norma adecuada para resolver la materia es el artículo 1551 del Código Civil que reglamenta la mora en las obligaciones de dar.⁴⁰⁹

Pero el asunto no queda totalmente entregado a la libertad contractual, al menos no en régimen imperativo. El Decreto Supremo N° 1.055 indica que el seguro debe pagarse luego de “denunciado el siniestro y cuantificada la

⁴⁰⁸ Ríos, Roberto (2015), “Comentario al artículo 529 N° 2”, en AA. VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., p. 358.

⁴⁰⁹ Nuestra EXCMA. CORTE SUPREMA en causa rol N° 3393-2008, 14 de enero de 2010, ha fallado. “Para estar en situación de mora se requiere la intimación del acreedor al deudor para que efectúe la prestación vencida, requerimiento que las partes pueden convenir eliminar por estipulación previa pactando que la mora se produce por el solo retardo, a lo que se le ha llamado la ‘interpelación contractual’ la cual puede ser expresa (artículo 1551 N° 1 del Código Civil) o tácita (artículo 1551 N° 2 del Código Civil). Empero, hay casos en los cuales no basta el vencimiento del día cierto y determinado que las partes han estipulado a que se refiere el N° 1 del precepto indicado, constituyéndose, por ende, en una excepción a dicha norma; se exige por ley, en cambio, una actividad especial del acreedor, una interpelación específica”.

pérdida (...) en los términos convenidos en la póliza respectiva...” lo que debe leerse en concordancia con el artículo 27 inciso 2° del mismo Reglamento, que dispone que el siniestro “deberá ser pagado por la compañía de seguros dentro de los 6 días siguientes de notificada la resolución de la compañía de seguros respecto de la procedencia del pago de la indemnización, salvo que la póliza disponga un plazo distinto, el cual, en todo caso, no podrá exceder de los 6 días señalados anteriormente en el caso de pólizas depositadas...”.

En suma, y más allá del valor que pueda darse al Reglamento,⁴¹⁰ la exigibilidad de la obligación de indemnizar está sujeta a un plazo contractual o reglamentario, que no puede exceder de seis días hábiles⁴¹¹ en régimen imperativo.

Muy relacionado con la exigibilidad aparece el problema de la prescripción extintiva. El artículo 541 del Código de Comercio dispone las reglas generales sobre esta materia con relación a las acciones que emanan del contrato de seguro. El legislador ha vinculado el comienzo del cómputo de la prescripción precisamente con el momento en que la obligación se hace exigible, aun cuando innova respecto de las reglas generales con relación a la figura de la interrupción. La disposición es resultado del trámite legislativo que alteró la moción parlamentaria,⁴¹² pues el texto original contemplaba un plazo de solamente dos años.⁴¹³ Este plazo se advirtió como excesivamente breve ya en el Primer Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados.⁴¹⁴

⁴¹⁰ Con bastante razón Ríos, Roberto (2015), p. 358, apunta a que esta norma es un simple reglamento de ejecución que no puede invadir el dominio legal, aun cuando ya hemos visto que la ley no establece el momento en que la obligación del asegurador se hace líquida y exigible con la debida nitidez.

⁴¹¹ El artículo 29 del Decreto N° 1.055 indica: “Todos los plazos que establece el presente Reglamento serán de días hábiles, a menos que se establezca lo contrario”.

⁴¹² Concretamente la idea nace en la *Comisión de Hacienda del Senado* (aunque el Senador LAGOS ya había intentado una indicación para aumentarlo a tres años, que luego retiró). Véase *Historia de la Ley*, pp. 399 y 436. Sobre este asunto, en detalle, BARRIENTOS, Marcelo (2015), “Comentario al artículo 534”, en AA. VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., pp. 456-460.

⁴¹³ *Historia de la Ley*, p. 10.

⁴¹⁴ *Historia de la Ley*, p. 76. “El plazo puede ser exiguo particularmente cuando existen seguros de vida que ceden a favor de beneficiarios que desconocen su existencia y de mecanismos de ahorro como el APV, debilitando al seguro y los derechos del asegurado frente a otros productos de capitalización”.

El inciso 1º de la citada norma establece el plazo general de prescripción y la forma de computarlo. La norma dispone:

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

Esta disposición se encuentra inserta en las reglas que el Título VIII del Libro II del Código de Comercio dedica a las normas aplicables a toda clase de seguro por lo que, a falta de una regla de prescripción especial, las acciones que emanan del seguro de caución no pueden escapar a ella.

Es la última parte del inciso 1º del artículo 541 que regula la prescripción en el contrato de seguro la que determina que el plazo de cuatro años debe contabilizarse desde que la obligación que cede a favor del beneficiario se hace exigible. Esto fuerza a hacer ciertas precisiones importantes respecto de la exigibilidad de las obligaciones emanadas del seguro de caución más allá de las dificultades generales anotadas más arriba.

En los seguros de caución para promesas de compraventa de inmuebles regulados en el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones se contempla un plazo para comparecer a firmar la escritura de compraventa prometida, lo que simplifica el problema de la exigibilidad pues se trata de un plazo expreso de aquellos que permiten la constitución en mora de acuerdo con el artículo 1551 N° 1 del Código Civil. Pero el problema surge porque la norma también permite establecer una condición, lo que podría complicar el momento de la exigibilidad porque, entre otras cosas, como ya hemos visto que afirma CAPRILE, la condición puede ser determinada o indeterminada.⁴¹⁵ En consecuencia, la exigibilidad del seguro de caución para promesas de compraventa “en verde” dependerá del tipo de modalidad que aparezca en la promesa misma, lo que incidirá de forma intensa en los plazos de prescripción.

⁴¹⁵ Para la posibilidad de pactar plazo o condición y sus efectos, véase CAPRILE, Bruno (2009, pp. 524 ss. Sostiene este autor (p. 527): “En la práctica, es frecuente que en la promesa se pacte una condición para la celebración del contrato de compraventa prometido, a saber, la obtención de la recepción definitiva municipal y del certificado de copropiedad inmobiliaria. Esa condición puede ser determinada, si, por ejemplo, se fija un plazo máximo para la obtención de dichos certificados, o indeterminada, cuando se omite dicho plazo, de tal suerte que el promitente vendedor podría en rigor obtenerlos dentro de los 5 o 10 años siguientes al contrato de promesa”.

En los seguros de caución de fiel desempeño profesional o en aquellos asociados a contratos de construcción, el problema es aún más complejo pues la fecha del siniestro suele no ser tan clara, y casi siempre existe una disputa entre el constructor y el mandante sobre el incumplimiento mismo, lo que probablemente será determinado judicialmente.

En todos los seguros de caución “a primer requerimiento”, en que por la abstracción el siniestro debe asociarse a la denuncia del siniestro y no a las obligaciones supuestamente incumplidas que son propias de la relación subyacente, el cuadrenio deberá contabilizarse desde la denuncia o requerimiento. Y si en el seguro se estableciera un plazo para pagar, como de hecho suele establecerse en algunas pólizas, este término se debe contar desde la llegada de ese mismo plazo de acuerdo con las reglas generales del artículo 1551 N° 1 del Código Civil.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 541 del Código de Comercio la denuncia interrumpe el plazo y nace uno “nuevo” tras haber culminado el proceso de liquidación del siniestro y el asegurador comunique la decisión de cubrir o no el siniestro. Esta forma de interrupción debe entenderse aplicable primeramente a los seguros de caución “corrientes”, puesto que los seguros a primer requerimiento no están sujetos a liquidación previa. Pero es posible que un asegurador incumpla su deber legal de pagar a primera demanda y, en tal caso, la prescripción de la acción de cumplimiento se contará desde que la compañía informa que rechaza la cobertura.

La disposición que nos interesa señala:

“Fuera de otras causales legales, la prescripción que corre en contra del asegurado se interrumpe por la denuncia del siniestro, y el nuevo plazo regirá desde el momento en que el asegurador le comunique su decisión al respecto”.

La norma citada debe entenderse como un medio de protección a la “integridad” de los plazos de prescripción, vale decir, debe entenderse que sirve para evitar que la prescripción sea abreviada por hechos que escapan al control del beneficiario. Es usual que los procesos de liquidación tarden más que lo permitido en el D.S. N° 1.055, lo que puede perjudicar al beneficiario pues, en la práctica, la demora en una liquidación abrevia el plazo de prescripción de la acción de cumplimiento, obligándolo a demandar en un tiempo menor que el requerido legalmente, lo que comporta una carga evidentemente injusta que el beneficiario no está obligado a soportar.

El legislador, tomando en consideración que la situación antes relatada era de normal ocurrencia, ha conferido un efecto de interrupción civil de la prescripción al trámite de la denuncia de siniestro. Y por ello es que una

vez terminada la liquidación y pronunciada la decisión final del asegurador de cubrir o no el siniestro —o de cubrirlo sólo parcialmente—, el “nuevo” plazo de cuatro años completos se comienza a contabilizar íntegramente.

Aun cuando la norma no lo dice expresamente, la denuncia del siniestro no es la única forma de interrumpir una prescripción de las acciones que emanan del contrato de seguro. El contratante o beneficiario de un seguro obviamente pueden interrumpir natural o civilmente la prescripción según las reglas generales de los artículos 2518 y 2519 del Código Civil.

El artículo 822 inciso 2º del Código de Comercio dispone que las prescripciones que establece el Código de Comercio corren contra toda clase de personas, lo que equivale a señalar que la prescripción del artículo 541 no admite suspensión. Igual regla se extrae del artículo 2524 del Código Civil.

El inciso final del artículo 541 del Código de Comercio arriba citado dispone una regla de protección al beneficiario, asegurado o contratante, al señalar que:

“el plazo de prescripción no puede ser abreviado bajo ninguna forma de caducidad o preclusión...”.

Pensamos que esta norma prohibitiva tiene validez general y se encuentra en perfecta armonía con lo dispuesto en el artículo 2494 del Código Civil. Además, ya hemos visto que el asegurado no es parte del contrato de seguro por lo que cualquier renuncia efectuada por el tomador igualmente no le empecería y no podría oponérsele ni judicial ni extrajudicialmente.

Es importante señalar que las acciones vinculadas al seguro de caución que no emanan del contrato de seguro propiamente dicho, como la acción para perseguir la repetición del enriquecimiento injustificado, la acción de reembolso, la subrogatoria y las acciones de nulidad, prescriben según las reglas generales, pues el artículo 541 del Código de Comercio contiene una norma de excepción que no podría interpretarse de forma laxa, ni por analogía ni por extensión.

Nos parece que, a pesar de la discusión que en nuestro medio existe,⁴¹⁶ quien quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla expresamente, sin que sea lícito que el juez pueda declararla de oficio (artículo 2493 del Código Civil). Según ha fallado la EXCMA. CORTE SUPREMA, además, la alegación de prescripción debe ser hecha en términos concretos, directa-

⁴¹⁶ PEÑAILILLO, Daniel (2003), pp. 162 y ss.

mente aplicables al caso del que se trata y no de manera genérica.⁴¹⁷ Si un asegurador paga una indemnización una vez que ha transcurrido el tiempo de la prescripción sin que ésta haya sido declarada ni alegada, la obligación que se paga es civil y no natural de aquellas señaladas en el artículo 1470 N° 2 del Código Civil, por lo que puede decirse que ello manifiesta una especie de renuncia a la prescripción.⁴¹⁸ En ese entendido, el pago de una indemnización prescrita produce efectos subrogatorios a favor del pagador si es que no alegó la prescripción,⁴¹⁹ aun cuando no debe descartarse que, frente a ese escenario, un reasegurador podría descartar cubrir ese siniestro por considerar que el asegurador ha pagado *ex gratia* o sin causa legal. Lo mismo podría alegarse con relación a la acción de reembolso por aplicación del artículo 2375 N° 1 del Código Civil.

48. EFECTOS DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO. LA SUBROGACIÓN LEGAL A FAVOR DEL ASEGURADOR

Todo pago hecho en interés de un tercero (sea que se pague una deuda propia o una deuda ajena) acarrea efectos importantes para la persona del garante y para la persona del afianzado, pues resulta obvio que el primero soportó una obligación que era eventual sólo porque el segundo no cumplió con la suya. Hemos revisado en el Capítulo II de este trabajo algunos ejemplos de derecho de reembolso que asisten al fiador, al avalista, a la institución de garantías recíprocas, etcétera.

En la fianza, el pago efectivo hecho por el fiador produce legitimación activa en la acción especial de reembolso descrita en el artículo 2370 del Código Civil, con las limitaciones apuntadas en el artículo 2375 del mismo cuerpo de leyes, entre otras ya revisadas. Y otro tanto ocurre con la solidaridad pasiva en virtud del artículo 1522 del Código Civil siempre que el que extinga la obligación solidaria lo haga por el pago o por algún medio equivalente al pago. En otras garantías personales, el artículo 82 de la Ley N° 18.092 concede al avalista derechos contra los demás firmantes de la letra respecto de los que tuviere acción cambiaria. Finalmente, el artículo 14 inciso final de la Ley N° 20.179 otorga acción de reembolso

⁴¹⁷ EXCMA. CORTE SUPREMA, ingreso N° 2338-2000. Contra en *RDJ*, T. 32, p. 551, citado *ibid*.

⁴¹⁸ PEÑAILLO, Daniel (2003), p. 162.

⁴¹⁹ Sobre la subrogación en los seguros de caución, véase *infra* N° 50.

a la Sociedad de Garantías Recíprocas que ha pagado las obligaciones de sus “beneficiarios” o clientes.⁴²⁰

Es general es posible afirmar pacíficamente que todo garante que paga la obligación que ha contraído tiene derecho a recuperar de parte de la persona garantizada lo que ha pagado oportuna y válidamente, para lo que la ley suele entregarle legitimación activa en una acción personal que, según nuestra doctrina más informada, cumple la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto del deudor principal.⁴²¹ Y otro tanto ocurre con los derechos que en calidad de subrogante otorga la ley al pagador.

Pero el asunto es un poco más complicado. Desde un punto de vista jurídico —pero también económico—, si un garante paga la deuda, el deudor no queda por ese simple hecho liberado automáticamente de una obligación. Lo que realmente ocurre es que el acreedor muta como efecto de la operación efectiva de la garantía personal.⁴²² Nuestro legislador lo ha advertido con toda claridad en el caso de la subrogación y, en palabras de CLARO SOLAR, “el pago extingue la obligación con respecto al acreedor (...) pero no la extingue respecto del deudor quien, no habiendo pagado, permanece obligado respecto de ese tercero y no será liberado definitivamente sino cuando haya ejecutado la prestación...”⁴²³

El asunto tiene un contenido económico importante pues, como apunta MUSSO, se vincula con la relación que existe entre la fianza y el mandato, y los efectos que acarrea el cumplimiento del encargo que hace el garante, entre los que destaca al derecho a recibir reembolso de gastos y la indemnización de toda pérdida.⁴²⁴ En los seguros de caución esta fenomenología podría explicarse si se advierte que el asegurador presta un servicio financiero remunerado al tomador. Y si ese servicio se materializa en una prestación económica, no cabe duda de que el asegurador tiene derecho a cobrar ese gasto y ese perjuicio.

⁴²⁰ Véase *supra* N° 13.3.

⁴²¹ PESCIO, Victorio (1926), p. 293.

⁴²² CARPINO, Brunetto, *Del pagamento con surrogazione*, Zanichelli Editore, Bologna, 1988, p. 7.

⁴²³ CLARO SOLAR, Luis (1939), *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Imp. Nascimento, Santiago, T. XXII-III *De las obligaciones*, p. 219. Una cosa similar ha entendido nuestra jurisprudencia en el caso de la fianza. A este respecto véase EXCMA. CORTE SUPREMA, 7 de mayo de 2007, Ingreso N° 5340-2005.

⁴²⁴ MUSSO, Benjamín (2023), p. 1967.

48.1. La acción de reembolso del artículo 582 del Código de Comercio

El asegurador que paga un siniestro de caución obtiene legitimación activa *ipso iure* en una acción personal de reembolso cuya fuente es legal.⁴²⁵ Esta acción se debe dirigir en contra del deudor principal que, en el caso del seguro de caución, equivale al tomador o afianzado,⁴²⁶ quien es el único legitimado pasivo en este juicio. Su tramitación se ajusta a las reglas del juicio ordinario de mayor o de menor cuantía según sea el caso.

Esta acción de reembolso se encuentra escuetamente dispuesta en el artículo 582 inciso 1° del Código de Comercio que dispone:

“Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

Se aprecia que el legislador mercantil ha permitido al asegurador el reembolso de “todo pago”, lo que refleja una redacción algo tosca y acaso incompleta. En palabras simples, la ley no ha regulado la extensión de esta acción de reembolso como, por ejemplo, hace el artículo 2370 del Código Civil para el caso de la fianza, pues esta última norma permite de forma expresa solicitar lo pagado, pero además los intereses y algunos gastos⁴²⁷ más una “indemnización de perjuicios según las reglas generales” (inciso 2°). Esta regulación, asimismo, está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 2158 del Código Civil.

A pesar de que los casos parecen distintos y de la forma escueta en que trata esta materia el artículo 582 inciso 1° del Código de Comercio, no nos parece aventurado afirmar que el asegurador tiene derecho a los intereses,

⁴²⁵ Refiriéndose a la acción de reembolso del contrato de fianza (artículo 2370 del Código Civil) Musso, Benjamín (2023), “Comentario al artículo 2370”, en AA.VV. (2023), *Comentario histórico dogmático* cit., p. 1965 sostiene que se trata de una acción *proprio iure* con cuya opinión concordamos.

⁴²⁶ Esta característica del seguro de caución es señalada por CONTRERAS, Osvaldo (2014), p. 494, junto con la obligación de pagar la prima, como una de las obligaciones del tomador o afianzado. Sobre el reembolso, a modo de ejemplo, véase el artículo 8° de la POL 120.140.065. *Tomador o afianzado* es, según se extrae de nuestro artículo 582 del Código de Comercio, copiado del artículo 68 de la LCS española, “el deudor de determinadas obligaciones legales o contractuales”, cuyo incumplimiento como señala BARRES BENLLOCH, M. Pilar (1996), p. 174, constituye el riesgo asegurado en el seguro.

⁴²⁷ La norma impide pedir “gastos inconsiderados, ni los que haya sufrido antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador”. Sobre este asunto véase en detalle *supra* N° 10.

gastos y a la indemnización de los perjuicios correspondientes que le hubiese causado el tomador, lo que debe ser desprendido de las reglas generales que gobiernan esta materia, aun cuando es discutible si esto puede solicitarse como parte de la misma acción o si deberá entablarse una acción distinta.

Al igual que lo que sucede en el contrato de fianza, para que un asegurador quede legitimado activamente en la acción de reembolso del artículo 582 del Código de Comercio es de rigor que se cumplan algunos requisitos. Como primera cuestión, es preciso que el pago haya sido efectivo o actual. Además, debe ser un pago válido. Por último, el pago debe tener un carácter indemnizatorio.⁴²⁸ En tal sentido, no basta una promesa ni un compromiso de pago hecho por el asegurador al asegurado para que surja el derecho de reembolso, sino que debe haber mediado una transferencia efectiva de dinero u otra prestación equivalente al pago que implique un sacrificio pecuniario efectivo del deudor que satisfaga al acreedor.⁴²⁹

Además, hemos dicho que el pago debe ser válido, lo que significa que debe cumplir con los requisitos que imponen las normas que regulan este modo de extinguir las obligaciones. Por ello, un pago nulo no sitúa al asegurador en calidad de titular e interesado activo en la acción de reembolso. Pero si pagó, conserva contra quienes corresponda los derechos que emanan del pago indebido, aunque habrá que revisar caso a caso si se producen las situaciones de los artículos 2296 y 2297 del Código Civil y los efectos que el artículo 1685 del Código Civil atribuye a la nulidad judicialmente declarada.

Finalmente, que el pago sea indemnizatorio significa que debe extinguir efectivamente una obligación. Y esta obligación que se extingue debe ser civil y no puramente natural.⁴³⁰

Con idéntica razón, la prestación no puede obedecer a una simple liberalidad del asegurador, como ocurre en el caso de los llamados pagos

⁴²⁸ Respecto de los pagos *ex gratia* y otros que no dicen relación con el pago debido del siniestro ocurre lo mismo en el caso de la acción de reembolso que en el caso de la subrogación. Así, un pago hecho en virtud de otro siniestro o un pago sujeto a condición no dan legitimación al asegurador para demandar la restitución. Sobre esto véase NASSER, Marcelo (2015), pp. 394 ss.

⁴²⁹ Para los modos de extinguir que “satisfacen” al acreedor, BARCIA, Rodrigo (2010), *Lecciones de Derecho Civil chileno* III. *De la teoría de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 145.

⁴³⁰ El asunto es de larga data y está resuelto en el artículo 2375 N° 1 del Código Civil.

ex gratia, o pagos por razones “comerciales”,⁴³¹ que es la forma en que se denomina al pago que se hace por agrandar a ciertas personas como cuando se indemniza un siniestro no cubierto a un alto ejecutivo de una empresa que mantiene sus seguros en la compañía, u otra prestación semejante. Esta erogación graciosa no confiere al asegurador legitimación en la acción de reembolso.⁴³² En efecto, ninguna donación puede considerarse indemnizatoria y resultaría inicuo que el tomador deba soportar en su patrimonio los efectos de las liberalidades con que el asegurador decide beneficiar a determinados sujetos.

En general se aprecia que desde mucho antes de que se regularan los seguros de caución, al legislador le parece ajustado a la lógica y a la justicia que el fiador pueda recuperar lo que ha pagado en interés del tomador o afianzado,⁴³³ incluso sin que sea relevante que haya recibido un honorario por asumir ese costo eventual. Esto demuestra que la remuneración o prima sólo alcanza a retribuir el servicio de afianzar, pero no equivale a un rescarcimiento de los perjuicios eventuales.

El hecho de haberse remunerado al asegurador mediante el pago de una prima no implica como consecuencia que deba cargar con los efectos

⁴³¹ El reconocido Diccionario MAPFRE informa en los términos más amplios y califica como *ex gratia* al pago hecho sin obligación contractual, y luego pone algunos ejemplos. Llegando a confundir la causa transaccional con la causa liberal, el mismo Diccionario MAPFRE resalta los supuestos efectos de esta clase de pagos en el reaseguro: “Aquel que efectúa el asegurador o reasegurador sin estar obligado contractualmente a hacerlo. Normalmente se persigue con ello evitar los gastos excesivos que se producirían al tener que demostrar judicialmente, o de modo análogo, la improcedencia de dicho pago, cuyo importe no compensaría la cuantía de aquellos gastos, o bien por intereses comerciales de las partes. En tales casos, si mediase contrato de reaseguro, el reasegurador no será responsable de los pagos *ex-gratia* efectuados por la cedente, salvo en el caso de que los hubiera autorizado previamente o que en el contrato se indique expresamente que queda obligado a pagar su parte”.

⁴³² Un típico ejemplo de pago con causa lucrativa (liberal) lo pone GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005), *De las donaciones entre vivos*, Santiago, LexisNexis, p. 251, al señalar que “cuando un empresario da lucrativa y gratuitamente algo no debido a otro, motivado por su deseo de captar como cliente al donatario, pese a que este motivo no puede ser más interesado y egoísta, ni menos altruista, generoso o benéfico, hay donación válida, porque igual hay espíritu de liberalidad, consistente en la ciencia y voluntad de no exigir contraprestación y de enriquecer al destinatario”.

⁴³³ Es el modelo romano, del que da cuenta el *Digesto* (D. 46.1.4 pr.) y las *Institutas* (I. 3.20.6) en que se concede al fiador que paga una *actio mandati contraria*, salvo que la fianza haya sido ignorada del deudor, caso en el cual procede la acción de gestión de negocios.

perniciosos del seguro de caución, ni con el perjuicio que implica cubrir total o parcialmente la deuda. Al contrario, además de la remuneración al asegurador se le deben reembolsar los gastos razonables y los daños que pudo haber sufrido, del modo que lo disponen los numerales 2º, 3º y 5 del artículo 2158 del Código Civil.

48.2. La demanda ejecutiva por cobro de pagaré en virtud de una contragarantía cumple la función de reembolsar al asegurador que paga, pero no es la acción de reembolso del artículo 582 ni es acción subrogatoria

Es de rigor que un asegurador prudente en la suscripción de riesgos exija de sus tomadores o afianzados toda clase de contragarantías para facilitar su derecho de reintegro, ya sea en contra del tomador mismo y/o contra terceros distintos que pueden también suscribir tales contragarantías en calidad de avalistas, codeudores, etc.

En nuestro país es corriente que las contragarantías se establezcan, en la práctica, más que como una caución propiamente dicha, como contratos de mandato mercantil suscritos entre el tomador y el asegurador con el fin de que este último quede facultado, irrevocable y expresamente, para suscribir títulos ejecutivos a nombre del tomador y de terceros avalistas o codeudores solidarios. Se aprecia que este mecanismo permite al asegurador accionar eficazmente en contra del tomador y otros obligados, mediante acciones ejecutivas e incluso concursales para el caso en que deba soportar el pago del siniestro.⁴³⁴

El mecanismo descrito es mucho más eficiente que la simple acción de reembolso del artículo 582 del Código de Comercio que debe seguir el régimen de un juicio declarativo ordinario. Seguramente, es también más eficiente que muchas de las acciones subrogatorias, aun cuando estas últimas pueden presentar ciertas ventajas en algunos casos, como cuando el asegurado mantenía garantías reales u otras preferencias.

En la práctica de la industria aseguradora nacional, y como consecuencia de las contragarantías personales a que hemos hecho alusión, es corriente que el asegurador recurra al juicio ejecutivo en contra del tomador y/o terceros suscriptores de los pagarés, o bien a la solicitud de concurso judicial,

⁴³⁴ Véase *supra* N° 40.

todo con la finalidad expresa de evitar la vía más extensa y engorrosa que ofrece el juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil.

Los aseguradores responsables jamás prestarían su consentimiento para suscribir un seguro de caución sin que se les garantice la posibilidad de emitir a nombre y en representación del tomador un título ejecutivo abstracto –ordinariamente un pagaré–, en virtud de un mandato mercantil irrevocable contenido en una contrafianza. De otra manera, los aseguradores comprometerían una disposición patrimonial importante como la contenida en la obligación de indemnizar, menos aún si se trata de indemnizar “a primer requerimiento”.

En efecto, el juicio ejecutivo por obligación de dar fundado en título válido y abstracto, como es el pagaré, acarrea el despacho casi automático de un mandamiento de ejecución y embargo, cuyos efectos en contra del deudor son mucho más intensos que los de la acción de reembolso ordinaria, sin contar con que, como hemos dicho, muchas veces los mandatos dados al asegurador permiten suscribir títulos ejecutivos contra terceros que se obligan solidariamente o como avalistas. Asimismo, la existencia de un título ejecutivo permite al asegurador solicitar la liquidación forzosa del tomador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117 N° 1 de la Ley N° 20.720.⁴³⁵

Dada la abstracción del pagaré que se va a ejecutar como consecuencia del otorgamiento de mandatos contenidos en contragarantías (título que puede ser con o sin obligación de protesto), no hay necesidad alguna de que el ejecutante haga referencia al impago de las obligaciones que eran parte del riesgo asegurado, vale decir, el juicio ejecutivo que intenta el asegurador no tiene por qué hacer referencia a la obligación asegurada o subyacente. Tampoco hay obligación de referirse al seguro de caución en detalle, aunque será difícil explicar al tribunal el contexto y las razones por las que el asegurador llenó un pagaré contra en tomador sin hacer referencia al menos a la contrafianza, por lo que toda demanda ejecutiva de este tipo suele contener una somera referencia a estos hechos.

Una revisión de esta clase de litigios arroja que ordinariamente la demanda contiene una breve relación de hechos entre los que se incluyen, con

⁴³⁵ Pero no podrá solicitar la liquidación de los avalistas si no media el impago de al menos dos títulos ejecutivos, lo que se infiere del mismo numeral 1° del artículo 117 de la Ley N° 20.720 y del numeral 2° del mismo artículo.

mayor o menor extensión, los antecedentes que preceden a la suscripción del documento, debiéndose acompañar los documentos que demuestren que los suscriptores materiales han actuado como mandatarios irrevocables de los ejecutados, irrevocabilidad que viene dada por el interés del acreedor en los resultados de este mandato congruentemente con lo dispuesto en el artículo 241 del Código de Comercio.

La acción ejecutiva (o la solicitud de liquidación forzosa, en su caso) que se sigue en virtud de los pagarés que permite suscribir una contrafianza no nace del pago del siniestro como ocurre con la acción de reembolso del artículo 582 del Código de Comercio, sino del título ejecutivo abstracto, ordinariamente un pagaré. Por esta razón, no es posible que el ejecutado enerve la ejecución mediante la oposición de excepciones de cumplimiento que son ajenas al pleito, como podría ser la de haber cumplido la obligación de hacer subyacente, el beneficio de división u otra excepción similar.

49. PROBLEMAS QUE PUEDEN AFECTAR EL DERECHO DE REEMBOLSO DEL ASEGURADOR CUANDO EL TOMADOR SE ENCUENTRA EN UN PROCESO DE REORGANIZACIÓN O DE LIQUIDACIÓN

Es perfectamente posible, y de hecho es usual, que el tomador contra quien se deben dirigir las acciones para obtener el reembolso de lo pagado al asegurado se encuentre en una situación de insolvencia. En este caso, los distintos mecanismos procesales de recuperación deben ceder ante las normas que rigen el concurso de acreedores en cualquiera de sus variantes.

La normativa sobre reorganización e insolvencia de la Ley N° 20.720 inauguró en nuestro país un sistema de reorganización del deudor. Este mecanismo procesal comporta una etapa de “protección financiera concursal” del deudor con efectos sustanciales. Una vez que ha sido decretada la reorganización del tomador, este gozará de esta protección financiera por un período que puede extenderse por 30 días prorrogables por otros 30 o 60, según indican los artículos 57 y 58 Ley N° 20.720. Una de las consecuencias de este decreto es, entre otras cosas, que durante ese término no se pueden hacer efectivas las garantías contratadas invocando que el tomador se encuentra en reorganización (artículo 57 letra “c” de la Ley N° 20.720).⁴³⁶

⁴³⁶ La norma dispone, en su inciso 1°, bajo sanción de posponer el crédito hasta que se pague la totalidad de los acreedores a quienes afecte el acuerdo: “Todos los contratos suscritos

El asunto no es simple en el caso del seguro de caución, porque el espíritu de la norma es proteger temporalmente al deudor. Y no parece que el deudor se pauperice si es que un tercero como es el asegurador paga con su propio patrimonio una garantía a la que se encuentra obligado. Pero el asunto no es tan simple como parece, pues de dicho pago se sigue el nacimiento de la obligación de reembolso, cuyo efecto sí es aumentar el pasivo del deudor, en ocasiones de forma muy significativa.

Entre los requisitos para obtener la protección financiera concursal, el deudor (que es el tomador del seguro de caución contra quien se dirigen las acciones de reembolso) debe acompañar a la SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO un certificado con una lista de sus obligaciones según dispone el artículo 55 de la Ley N° 20.720. Este certificado debe contener un estado de las deudas del tomador, entre las que es de rigor que aparezcan las que tiene incumplidas con el asegurador y que dan derecho a reembolso, así como las que pueden cobrarse mediante acciones ejecutivas, vale decir, las que figuran en los pagarés debido a la suscripción de contragarantías.

Para los efectos de la contabilización de la deuda en el certificado respectivo, la obligación del tomador nace en el evento de que el asegurador haya pagado un siniestro relativo a un seguro de caución antes de decretada la reorganización, aun cuando también deberán integrar el listado las deudas como consecuencia de los mandatos contenidos en las contragarantías, que generen pagarés líquidos y actualmente exigibles. Este listado debe también comprender las deudas que el tomador mantenga con el asegurador con relación a primas morosas u otras prestaciones exigibles.

Se discute qué ocurre con los seguros de caución que todavía no han sido pagados al asegurado pues, en tal caso, sabemos que no ha nacido la acción de reembolso. En esta situación, la obligación o crédito se califica como “contingente” por disposición del artículo 66 de la Ley N° 20.720, que señala:

“Los Acuerdos sólo afectarán a los acreedores cuyos créditos se originen con anterioridad a la Resolución de Reorganización regulada en el artículo 57”.

por el Deudor mantendrán su vigencia y condiciones de pago. En consecuencia, no podrán terminarse anticipadamente en forma unilateral, exigirse anticipadamente su cumplimiento o hacerse efectivas las garantías contratadas, invocando como causal el inicio de un Procedimiento Concursal de Reorganización”.

El asunto no es extraño en la práctica y es usual que el seguro de caución se encuentre sorteando los trámites de denuncia del siniestro, o bien que se halle pendiente de pago porque la póliza establecía un plazo para pagar el siniestro que todavía no ha llegado, usualmente de 30 días. Puede suceder también que el siniestro haya sido denunciado, pero por tratarse de un seguro de caución corriente no se haya pagado, pues no existe certeza de la configuración efectiva del siniestro cubierto, entre otras situaciones imaginables.⁴³⁷ Tocaré al asegurado garantizar al asegurador las acciones de recupero conforme lo dispone el artículo 583 inciso 1º del Código de Comercio si se producen algunas de estas situaciones, lo que incluye verificar los créditos, interrumpir prescripciones, no disputar la subrogación una vez hecho el pago, etc.

En otro orden de ideas, todo asegurador de caución, pero también todo asegurado, debe saber que la letra c) del ya referido artículo 57 de la Ley N° 20.720 dispone, bajo sanción de subordinarse, que los contratos suscritos por el deudor (como son el de seguro, el de construcción, etc.) mantienen su vigencia y sus condiciones de pago, y que no pueden terminarse anticipadamente en forma unilateral, “ni exigirse anticipadamente su cumplimiento o hacerse efectivas las garantías contratadas, invocando como causal el inicio de un procedimiento concursal de reorganización”.

En relación, ahora, con la liquidación concursal, el artículo 115 de la Ley N° 20.720 dispone que el deudor que sea una empresa puede solicitar judicialmente su liquidación voluntaria en la medida que acompañe, entre otras cosas: “N° 4) el estado de sus deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos”, vale decir, se repite de cierta forma el requisito que señalábamos antes para el caso de reorganización. Pero la liquidación, además de poder ser solicitada por el propio deudor, puede ser requerida al inicio del procedimiento concursal por cualquier acreedor en los casos del artículo 117 de la Ley N° 20.720, entre los que se considera contar con un título ejecutivo impago contra el deudor, lo que puede perfectamente darse pues las aseguradoras mantendrán pagares en virtud de las contragarantías prestadas.

⁴³⁷ En el caso de los seguros “a primer requerimiento”, pues el pago nace sin respecto de la obligación de hacer que se encuentra caucionada, lo que supone que el reembolso se integra en el patrimonio del asegurador desde ese momento, sin que quepa discutirlo, salvo que el pago fuera indebido, caso en el que debe discutirse con el asegurado y no con el tomador.

Desde que la liquidación se decreta, se producen efectos muy intensos en relación con el deudor, y con sus bienes presentes y futuros. En primer término, y a diferencia de lo que ocurre con el caso de la reorganización, la administración de todos los bienes presentes del deudor pasa legalmente a un liquidador concursal. El artículo 117 de la Ley N° 20.720 dispone que el deudor pierde la facultad de disposición sobre sus bienes presentes, pero también sobre los frutos que éstos pudieren producir.

Las disposiciones antes mencionadas no parecen afectar demasiado al asegurador, pues no hay cosas corporales ni incorporales que el asegurador deba al tomador ni viceversa, salvo que existan contragarantías reales, primas impagas, etcétera.⁴³⁸

El asegurador que ha pagado un siniestro de caución debe verificar su crédito con la titularidad de la acción de reembolso, o bien deberá hacerlo fundado en los derechos que le asisten en virtud de las contragarantías, como un pagaré u otro instrumento que dé cuenta de una deuda documentaria. Normalmente, el asegurador será en el marco de un proceso concursal un acreedor valista, pues no se suelen constituir contragarantías reales en la práctica nacional, salvo cuando participa subrogado en los derechos de un asegurado privilegiado o preferente. En tal caso, gozará de las ventajas del subrogado conforme lo dispone el artículo 1612 del Código Civil, cuya preferencia deberá valer al momento de verificar el o los créditos en contra del tomador.

50. DERECHO DE SUBROGACIÓN EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

Los derechos del asegurador no se limitan sólo a la legitimación activa en la acción de reembolso del artículo 582 del Código de Comercio y, eventualmente, a la posibilidad de cobrar todo otro perjuicio que le hubiese causado el tomador según revisábamos más arriba. En la práctica, si es que se cumplen los requisitos, un asegurador de caución puede quedar subrogado en las acciones y derechos del asegurado que surgen del pago del siniestro en contra de terceras personas.

Al igual que como mostrábamos en los casos revisados en el numeral anterior referidos al derecho al reembolso del artículo 582 del Código de Comercio, para que el pago de un siniestro genere efectos subrogatorios

⁴³⁸ Podría, eventualmente, el asegurador deber una restitución proporcional de prima, caso en que deberá restituirse al liquidador.

debe ser necesariamente un pago actual, válido e indemnizatorio, lo que excluye promesas de pago, simples acuerdos de pago, pagos nulos y pagos *ex gratia*.⁴³⁹ Sin estos requisitos, el asegurador no se legitima activamente ni obtiene ninguno de los derechos que confiere al pagador subrogante el artículo 1612 del Código Civil.

Una cuestión meramente formal, aunque no poco importante, es averiguar cuál es la norma que permite la legitimación pasiva en las acciones en que el asegurador se subroga. El problema dice relación no tanto con los derechos del asegurador (que nacen por el mero hecho del pago, *ipso iure*), sino con la disposición legal en que debe fundamentarse la subrogación, por ejemplo, ante un tribunal, ante un veedor o ante un liquidador concursal. Como consecuencia de esto, no es una nimiedad tener que distinguir correctamente contra quién opera el fenómeno subrogatorio.

Como primera cuestión, no nos parece que el pago de la indemnización permita al asegurador invocar la subrogación legal especial del artículo 534 del Código de Comercio contra la persona del tomador, pues el inciso 1º de dicho artículo supone que esta acción subrogatoria procede en contra de “terceros” y el tomador no es un tercero.

En segundo lugar, el pago de un seguro de caución tampoco es subrogatorio con efectos generales en los términos del artículo 1610 N° 5 del Código Civil pues, como se ha insistido, la obligación que paga el asegurador es una obligación de dar que es propia ya que no paga la obligación ajena (que además es de hacer) y que para estos efectos no interesa. Debe afirmarse, como de hecho sostenía entre nosotros ACHURRA,⁴⁴⁰ que el pago del siniestro de un seguro de caución hace operar la subrogación legal del artículo 1610 N° 3 del Código Civil, pues el asegurador paga una obligación de indemnizar en dinero, y su exposición a dicho pago ocurre porque se encuentra obligado “subsidiariamente”⁴⁴¹ (y en carácter indemnizatorio) para el caso en que el tomador incumpla las obligaciones de hacer que forman

⁴³⁹ El asunto tiene importancia también en el reaseguro. Por ejemplo, en *King v Victoria Insurance Co. Ltd.* se dispuso que sí se producía la subrogación (que es un efecto natural del pago válido) cuando el pago del siniestro “dudoso” fue hecho *honestly and reasonably* según aparece en LAWRY, RAWLINS, MERKIN (2011), p. 353.

⁴⁴⁰ ACHURRA, Juan (2005), p. 226.

⁴⁴¹ ACHURRA, Juan (2005), *Derecho de seguros. Escritos de Juan Achurra Larraín*, Santiago, Ed. Universidad de los Andes, p. 95; NASSER, Marcelo (2015), “Comentario al artículo 534”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., p. 391.

parte del riesgo. Lo anterior no deja de ser un tecnicismo, pero puede tener importancia a la hora de justificar los derechos del asegurador y todos los efectos favorables –y en ocasiones desfavorables– que contempla el artículo 1612 del mismo Código como propios de toda la subrogación.

Los efectos de la subrogación son conocidos. Si el asegurador paga válida, actual e indemnizatoriamente a un asegurado que ostenta una hipoteca o una prenda contra la persona del tomador, podrá ejercer total o parcialmente los mismos derechos del acreedor pagado en los términos del artículo 1612 del Código Civil, vale decir, el asegurador pasa a ser titular de “todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas (...) contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda”.⁴⁴²

Naturalmente que el asegurado que recibe un pago que sólo extingue parcialmente la deuda garantizada pasa a compartir la calidad de acreedor preferente con el asegurador subrogante, quien se subroga, entonces, sólo parcialmente, lo que se desprende del inciso segundo del artículo 1612 del Código Civil.⁴⁴³

Puede suceder que un asegurador decida que no le conviene aprovechar la subrogación. En tal caso, podrá siempre ejercer contra el tomador la acción de reembolso del artículo 582 inciso 1º parte final del Código de Comercio o, si tuviere títulos ejecutivos como consecuencia de haberse suscrito contragarantías, podrá ejercer las acciones que la ley contempla en tales casos.

51. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL ASEGURADO A CAUSA DE UN COBRO DEL SEGURO DE CAUCIÓN. EL ASEGURADO QUE COBRA DOLOSAMENTE Y EL ASEGURADO QUE COBRA CON JUSTA CAUSA DE ERROR. EL PROBLEMA DEL ABUSO DEL DERECHO

Más atrás hemos señalado que los seguros de caución no son ajenos al denominado “principio indemnizatorio”, ni aun en el caso de las pólizas

⁴⁴² Un ejemplo de esta subrogación en la causa rol N° C-1352-2020 sobre Reorganización Judicial de la empresa “Inmobiliaria Lagos del Sur SpA”, en que LIBERTY COMPAÑÍA SEGUROS GENERALES S.A. se subrogó en los derechos del acreedor hipotecario FONDO DE INVERSIÓN PRIVADO AMERIS SUAVAL GARANTÍAS HIPOTECARIAS y FONDO DE INVERSIÓN PRIVADO AMERIS SUAVAL.

⁴⁴³ En extenso sobre la subrogación en los seguros de daños, NASSER, Marcelo (2015), “Comentario al artículo 534”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., pp. 392 ss.

pactadas “a primer requerimiento”. En esa última modalidad asegurativa, y debido a la estructura y finalidad de las garantías abstractas, el asegurado puede igualmente decidir cobrar al asegurador la totalidad de la suma asegurada, aunque sepa que sus daños patrimoniales han sido menores o, incluso, si sabe a ciencia cierta (*scientia dolo malo*) que no sufrió daños patrimoniales efectivos de ninguna clase.

Frente a ese dilema conocido como *unfair calling*, y por muchas razones que el legislador ha tolerado para salvaguardar otros fines, el asegurador requerido no puede oponer al asegurado excepciones que le permitan dividir la deuda ni ajustar el pago a los perjuicios efectivamente causados.⁴⁴⁴ Y, lo más importante, tampoco es admisible que el asegurador rechace efectuar el pago de un seguro “a primer requerimiento” mediante la oposición de una *exceptio doli*.

En la práctica, este tipo de cobros ocurre con bastante más frecuencia que lo deseable. La realidad muestra que existen asegurados de malas costumbres que se aprovechan de que el asegurador no pueda oponerle ninguna clase de excepción y que debe proceder al pago sin más trámite, aunque sepa que no ha habido un verdadero incumplimiento de las obligaciones caucionadas, o bien que la cifra cobrada a pagar debe ser sustancialmente menor que la requerida.⁴⁴⁵ De hecho, al repasar esta materia en general, ya hemos visto que la *Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes*, en el parágrafo 45 de su Nota Explicativa, reconocía esta práctica como disruptiva y en alza, “engorrosa y perturbadora” que se calificaba en el parágrafo 46 de la misma Nota Explicativa como una típica situación de abuso del derecho.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Sobre las razones del legislador para impedir la oposición de excepciones en las garantías abstractas, y sobre la mayor o menor independencia de éstas, véase *supra* N° 7.

⁴⁴⁵ FORLANI, Federica (2010), pp. 375 ss.

⁴⁴⁶ *Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes*, Nota Explicativa N° 46: “La definición abarca supuestos que diversos ordenamientos agrupan bajo las nociones de ‘fraude’ o ‘abuso de derecho’, mencionando en particular aquellos en los que es claro y manifiesto que algún documento no es auténtico o está falsificado, que el pago no es debido en razón del fundamento alegado en la reclamación, o que la reclamación carece de todo fundamento. N° 47. La Convención proporciona, para mayor precisión ejemplos ilustrativos de casos en los que una reclamación carecería de todo fundamento (artículo 19 2); por ejemplo, cuando: sea indudable que se ha cumplido la obligación subyacente a plena satisfacción del beneficiario; el cumplimiento de la obligación subyacente se haya visto claramente impedido

Aunque en ocasiones el asegurador sospecha o derechamente sabe que se enfrenta a un cobro abusivo o *unfair call*, otras veces el fraude no es patente, aunque puede ser descubierto de varias maneras. Por ejemplo, cuando el asegurador que pagó el seguro “a primer requerimiento” decide someter el siniestro a liquidación con posterioridad al pago (que es una opción expresamente reconocida en el Oficio Circular N° 972 de la CMF), puede quedar de manifiesto que el asegurado cobró precipitadamente, aprovechando las ventajas que otorgan las garantías independientes o bien lo hizo *scientia dolo malo*. Otro tanto puede suceder como consecuencia de la “liquidación final” del contrato que debe hacer el Fisco a propósito de las obras públicas fiscales, como dispone el artículo 184 del Decreto N° 75 que aprueba el Reglamento para contratos de obras públicas, y reconoce, entre otros varios, el Dictamen N° 72.693 de 28 de mayo de 2012 de la Contraloría General de la República al disponer:

“... sin perjuicio de lo manifestado por este Organismo de Control mediante Oficio N° 59.565, de 2009, atendido que la liquidación final que practique el servicio debe entenderse como un balance final del contrato, que comprenda todos los aspectos del mismo en cuanto a los pagos realizados en relación a las obras ejecutadas o por cualquier otro concepto que derive de la relación contractual –la que se extingue luego de la total tramitación de la resolución que la sancione– (aplica Dictámenes N°s. 3.639, 69.453 y 72.693, todos de 2010)”.

Además del cobro fraudulento o abusivo, es también posible que un asegurado cobre un seguro de caución estimando, acaso de buena fe, que el tomador incumplió las obligaciones caucionadas por la póliza y que posteriormente, en virtud de una sentencia judicial firme o también de la “liquidación final” del contrato, resulte acreditado que la obligación no había sido realmente incumplida, o bien que ambas partes del contrato caucionado incumplieron sus obligaciones recíprocas, o que los daños resultantes existieron pero fueron inferiores a la cantidad que el asegurador indemnizó.⁴⁴⁷

por el comportamiento doloso del beneficiario; o, en una reclamación presentada al amparo de una contragarantía, el beneficiario de la contragarantía haya pagado de mala fe en su calidad de garante/emisor de la promesa a que se refiera dicha contragarantía”.

⁴⁴⁷ Hemos visto *supra* N° 24 que esta situación no es sólo posible en los seguros “a primer requerimiento” pues en los seguros de caución “corrientes”, el asegurador puede “adelantarse” a pagar, aunque esté pendiente un conflicto entre el tomador y el asegurado con relación al

Los casos descritos son distintos pues los primeros ejemplos vienen motivados por un fraude y abuso del derecho, y los segundos por la simple falsa creencia o “error”. Pero en todos comparece, por una parte, el empobrecimiento del asegurador y, por otra, el enriquecimiento del asegurado. Ambos se encuentran causalmente relacionados pues el primero ocurre como consecuencia directa del segundo.⁴⁴⁸

En los casos descritos, el enriquecimiento del asegurado —y es indiferente para estos efectos que obre de buena o de mala fe⁴⁴⁹— contraviene además dos normas legales que son los artículos 550 y 552 inciso final del Código de Comercio, que son las que dan contenido normativo al principio indemnizatorio que impide que el beneficiario de un seguro real y patrimonial obtenga un pago que exceda el menoscabo efectivo de su patrimonio.⁴⁵⁰ Ambas normas, además, son disposiciones explícitamente prohibitivas.⁴⁵¹ Y si el cobro procede de dolo, no es difícil configurar la hipótesis de fraude al seguro descrita y regulada en el artículo 470 N° 10 del Código Penal.

En lo estrictamente obligacional, hay poco espacio para negar que un pago hecho por el asegurador que excede del monto de los perjuicios efectivamente causados o que paga debido a un *unfair call* genera un enriquecimiento, a lo menos, injustificado para el asegurado y en muchas ocasiones de franco abuso del derecho.⁴⁵² Pero el asunto no es tan tosco, pues puede anticiparse que la situación genera problemas adjetivos. Analicemos el problema con detención.

efectivo incumplimiento (artículo 582 inciso 2° del Código de Comercio) en que perfectamente podría fallarse que el tomador no incumplió obligación alguna. En ese caso, naturalmente que el asegurador tendrá derecho a repetir en contra del asegurado.

⁴⁴⁸ Para la correlación empobrecimiento-enriquecimiento, PEÑAILILLO, Daniel (2003), p. 109. Lo mismo en CÉSPEDES, Rodrigo (2004), “El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia chilena”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 3, p. 18.

⁴⁴⁹ El asunto sí podría tener efectos para el pago de intereses conforme lo dispone el artículo 2300 del Código Civil.

⁴⁵⁰ Sobre este principio en los seguros de caución, véase *supra* N° 46.

⁴⁵¹ Sobre algunas excepciones aparentes a esta norma prohibitiva, véase AMUNÁTEGUI, Andrés (2015), “Comentario al artículo 550”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., p. 515.

⁴⁵² Para el tratamiento del cobro abusivo o doloso de instrumentos independientes mercantiles de comercio internacional cuando se ha procedido con dolo “líquido”, *supra* N° 7.

51.1. Descarte de la acción subrogatoria del artículo 534 del Código de Comercio como medio de repetición en contra del asegurado

La acción subrogatoria del artículo 534 del Código de Comercio es la vía natural que confiere el ordenamiento jurídico al asegurador para perseguir reparar sus propios daños. Así lo hemos revisado en otra sede en general, y en particular al analizar este fenómeno a propósito de las acciones que mantiene el asegurador en contra de terceros causantes de un siniestro.⁴⁵³

Pero si se revisa bien, la norma que concede la subrogación legal al asegurador no está disponible en este caso. En efecto, la subrogación supone que el pagador se subroga en los derechos *del asegurado*. Esto último excluye que el asegurador pueda subrogarse en los derechos *del tomador* (que no es acreedor) por el hecho de pagar el siniestro al asegurado. Además, el asunto es inconducente y raya en lo absurdo, porque no es posible imaginar que el asegurador se subroga en los derechos del asegurado para poder demandar al mismo asegurado.

Siempre es conveniente preguntarse si, a falta de la subrogación “en los derechos y acciones del asegurado”, podría operar la subrogación legal del Código Civil, concretamente la dispuesta en el artículo 1610 N° 3 en cuanto el asegurador ha pagado una obligación a la que se “halla obligado subsidiariamente”. Pero el artículo 1608 del Código Civil dispone que la subrogación consiste en la “transmisión de los derechos *del acreedor* a un tercero, que le paga”, lo que es repetido en el artículo 1609 del mismo Código. Y en este caso, el acreedor (falso o verdadero) que ha sido pagado es el mismo asegurado, lo que fuerza concluir que la subrogatoria corriente también tiene graves problemas de configuración y debe ser descartada para estos casos.

51.2. Acciones que pueden nacer eventualmente del finiquito o carta de pago dada por el asegurado que recibe el pago

Descartada la procedencia de las acciones subrogatorias, resta saber si es posible dar forma procesal robusta al mecanismo conocido como “*solve*

⁴⁵³ NASSER, Marcelo (2015), “Comentario al artículo 534”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., pp. 390-399. Para la subrogación en el seguro de caución y sus requisitos esenciales, véase *supra* N° 50.

et repetere". Es bueno recordar que debe descartarse que sean útiles a estos efectos las acciones que nacen del propio contrato de seguro pues, como se ha insistido, el asegurado no es parte de dicho contrato, sino que es titular de una estipulación irrevocable a su favor, la que fue pactada exclusivamente entre el tomador y el asegurador.

Es de rigor que el asegurador exija al representante del asegurado que es persona jurídica el título de representación y de diputación para el cobro y pago de acuerdo con el artículo 1581 del Código Civil. Pero igual de importante es que el asegurador exija al asegurado que recibe la indemnización que dé carta o recibo de pago, mediante un documento que los usos mercantiles denominan simplemente "finiquito" o también "finiquito y subrogación".⁴⁵⁴

Si bien en el caso de los seguros de caución "a primer requerimiento" no aparece regulada la obligación de dar carta de pago o de destruir el título, es útil recurrir por simple comparación al Código de Comercio que dispone:

Art. 119. El deudor que paga tiene derecho a exigir un recibo, y no está obligado a contentarse con la devolución o entrega del título de la deuda.

El recibo prueba la liberación de la deuda.

Lo mismo aparece en el caso de las letras de cambio y pagarés —que también son títulos abstractos—, para los que la Ley N° 18.092 dispone expresamente el derecho del pagador a exigir carta de pago.

Artículo 54. El librado que paga la letra de cambio puede exigir que ésta se le entregue con la constancia del pago.

Por ello, constituye un imperativo legal y no sólo un uso mercantil el que el pago hecho al asegurado se haga constar en un documento. Entre las cláusulas de estos documentos el asegurado no sólo declara recibir la indemnización a su total satisfacción o bien como suma indisputada, sino que suele dar subrogación convencional al asegurador o, al menos, reconocer expresamente su subrogación legal.⁴⁵⁵

Un asegurador diligente puede aprovechar la suscripción de este documento para solicitar al asegurado que declare que recibe la cantidad indemnizada como equivalente a sus perjuicios reales, e incluso que se obliga a restituir toda cantidad que exceda dicho monto, aun cuando tales declaraciones no son exigibles como condición del pago. En la práctica,

⁴⁵⁴ El término "finiquito" es usado también en el artículo 25 inciso final del D.S. N° 1.055 a propósito de las prohibiciones a los liquidadores.

⁴⁵⁵ Sobre la suma indisputada véase el artículo 27 inciso 2° del D.S. N° 1.055.

esta documentación no es infrecuente y, en muchas oportunidades, incluso consta por escritura pública con un clausulado bastante largo, otorgado por el asegurado y el asegurador.

En estas ocasiones, el documento (que es genéticamente prueba de un hecho extintivo pues consiste principalmente en una carta de pago) presenta una cierta entidad contractual, pues contiene declaraciones que consisten en la creación de verdaderas obligaciones, como la de restituir el exceso, entre otras posibles. En tales casos, podría intentarse una acción de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el documento en que se acreditó el pago y sus cláusulas adicionales.

51.3. Retorno a lo básico: Enriquecimiento injustificado del asegurado. Solve et repete

Pero en el caso en que el asegurado no suscribió un documento explícito en que se obliga a restituir el exceso o que, simplemente, no suscribió documento alguno que acredite el pago y se limitó a recibir en su cuenta corriente o mediante vale vista bancario el monto íntegro de la indemnización sin dar cuenta documentada del pago, el problema de la acción de repetición se complica.

En este caso, es evidente que existe un enriquecimiento del asegurado. Y ese enriquecimiento se encuentra causalmente vinculado al correlativo empobrecimiento del asegurador. Además, la disposición patrimonial del asegurador al asegurado tiene una causa próxima (*solvendi causa*), cuyo fundamento es la obligación legal y contractual de pagar “a primer requerimiento”. En tal entendido, el asegurador hace una “prestación de lo que se debe”⁴⁵⁶ por ley y por contrato (artículos 529 N° 2 y 582 y 583 inciso final del Código de Comercio), por lo que no puede dudarse de que ese pago tiene una causa. Hasta ahí, no parece haber problemas, aunque el asunto no es tan sencillo pues la causa remota (y no próxima) del desplazamiento patrimonial es una causa injustificada, falsa, errónea e incluso en algunos casos meramente putativa.

⁴⁵⁶ Todos los seguros de caución contemplan indemnización en dinero. Sobre la forma de la indemnización véase el artículo 563 del Código de Comercio y las notas a este artículo de Ríos, Roberto, “Comentario al artículo 563”, en AA.VV., *El contrato de seguro* (2015), cit., pp. 592-594.

Siempre que el asegurado cobra “a primer requerimiento” sabiendo que el tomador no incumplió la obligación caucionada o cuando resulta posteriormente acreditado que no existió tal incumplimiento, la causa remota (el incumplimiento de la obligación contenida en la relación de valuta) o bien no existe, o bien decae, lo que permite perturbar el pago que deviene en una especie de pago indebido (*solutio indebiti*)⁴⁵⁷ o en un enriquecimiento injustificado. En tal caso, si bien se trata de una tradición causada (*solvendi causa*) que, al menos en principio, forma un pago aparentemente válido hecho a quien se presenta como verdadero acreedor, está afectado por un vicio de fondo, que al momento del pago estaba invisibilizado por el efecto de la abstracción o independencia de la garantía.

Más allá de los requisitos procesales de la acción de repetición, lo instintivo es pensar que si el asegurador de caución pagó lo que realmente no debía (lo que también puede aplicarse al caso en que pagó más de lo que realmente debía), debe quedar legitimado en la acción del cuasicontrato de pago de lo no debido (*condictio indebiti*). Pero sabemos que la *condictio indebiti* no es en Chile una acción de procedencia general, sino que se trata de un recurso excepcional o residual.⁴⁵⁸ En efecto este recurso no sólo exige que el pago sea erróneo, lo que no siempre concurre en el caso del seguro “a primer requerimiento” (pues se paga por imperativo legal medie o no

⁴⁵⁷ El problema es como sucede con las antiguas *dationes ob causam* y *dationes ob rem*, manifestadas en situaciones tan corrientes como las donaciones por causa de matrimonio, cuando el matrimonio no llega a celebrarse y otros casos clásicos de *causa data causa non secuta*. En tal caso, la tradición tiene causa (*donationis causa* o *causa donandi*), pero la “causa de la causa” o causa remota (que es el matrimonio) es la que falla o caduca. En ese escenario, el o la donataria deben restituir lo recibido. Según la doctrina histórico-dogmática, la acción para repetir (*re-petere*) la cosa donada es precisamente la *condictio indebiti*. En nuestro país, en cambio, se entiende que estas donaciones son “condicionales”. Si la condición no se cumple, se otorga una “acción de revocación” (artículos 1789 a 1792 del Código Civil).

⁴⁵⁸ Para los requisitos de la acción del pago de lo no debido, EXCMA. CORTE SUPREMA, 13 de julio de 2020, Ingreso N° 11409-2019, “Copayapu Mining Services S.A. con Vélez Contreras, Edmundo”, C. 7°: “Siguiendo el análisis, para la procedencia de la acción en estudio la doctrina ha señalado que es menester que concurren copulativamente los siguientes requisitos: a) debe haber mediado un pago; b) al efectuarlo, debe haberse cometido un error, y c) el pago debe carecer de causa, esto es, supone la inexistencia de una obligación previa que satisfacer. Las tres condiciones antedichas son integrantes de la acción, de manera que la falta de cualquiera de ellas acarrea necesariamente el rechazo de la demanda”. Para una revisión del supuesto carácter subsidiario de la acción del pago de lo no debido véase PEÑAILILLO, Daniel (2003), pp. 116-118.

un error), sino que es menester que carezca de causa lo que, como hemos visto, es difícil de sostener al menos respecto de la causa próxima.⁴⁵⁹

Por ello, y en consideración a que en los casos descritos al menos resulta patente que ha operado un enriquecimiento injustificado del asegurado que cobra (sea que obre con o sin abuso del derecho) el asegurador tiene derecho a repetir en su contra. Para hacerlo, a falta de otra acción, tiene a su disposición la *actio in rem verso* en contra del asegurado.⁴⁶⁰

52. DEBERES ESPECIALES DE COLABORACIÓN Y BUENA FE DEL ASEGURADO DE CAUCIÓN. AGRAVACIÓN ESPECIAL DEL RIESGO EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN Y SUS EFECTOS

Bajo el nombre “obligaciones del asegurado”, los incisos 1º y 2º del artículo 583 del Código de Comercio establecen una serie de deberes legales de aquel que es acreedor de la obligación de indemnizar.

No debe sorprender que estos deberes vengan impuestos por ley y no por el contrato pues el asegurado no es parte del seguro de caución, aun cuando el contrato se pacta en su beneficio. Por ello, las cargas referidas en el artículo 583 incisos 1º y 2º deban considerarse técnicamente “cargas legales”.⁴⁶¹ El incumplimiento de estas cargas legales acarrea los efectos que establece la misma ley, y que podrán ir desde la reducción de la indemnización hasta la resolución del contrato. Esta última sanción, como es previsible, resulta altamente inconveniente si se toma en cuenta que el

⁴⁵⁹ Para el pago de lo no debido cuando hay al menos una causa aparente, véase el fallo de la ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO publicado en *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, tomo LIX, secc. 2ª, “Lo indispensable es que exista un pago erróneo y a cuya virtud se haya efectuado lo que algunos tratadistas denominan el tránsito o desplazamiento de valor sin causa de un patrimonio a otro, aun cuando concurra una aparente causa o motivo”.

⁴⁶⁰ No es descartable que pueda intentarse como subsidiaria a la acción de responsabilidad extracontractual pues no solamente no hay un contrato entre asegurador y asegurado, sino que los elementos de la responsabilidad aquiliana parecen concurrir con claridad. Para un repaso del enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia y doctrina chilenas véase LETELIER CIBIÉ, Pablo (2018), “Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general”, en *Ius et Praxis* Año 24, N° 2, pp. 649-670.

⁴⁶¹ Para las distinciones entre cargas legales y contractuales véase LAGOS, Osvaldo (2006), *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, Fundación Mapfre, pp. 159 ss.

asegurado no es parte de ese contrato y difícilmente puede ser legitimado pasivo en una acción resolutoria.

El problema de las cargas legales impuestas al tercero asegurado no es una novedad en el tratamiento general del contrato de seguro. Así, por ejemplo, ocurre con las cargas establecidas para el tercero que es beneficiario del seguro de vida en el artículo 598 del Código de Comercio, cuyo incumplimiento está también regulado especialmente en la ley que establece una sanción comisoraria muy intensa.

En los seguros de caución, que son los que nos interesan, el artículo 583 dispone:

“Obligaciones del asegurado. Tan pronto el tomador o afianzado incurra en una acción u omisión que pueda dar lugar a una obligación que deba ser cubierta por el asegurador, el asegurado deberá tomar todas las medidas pertinentes para impedir que dicha obligación se haga más gravosa y para salvaguardar su derecho a reembolso, en especial, interponer las acciones judiciales correspondientes.

El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar, según su gravedad, a la reducción de la indemnización o la resolución del contrato”.

El régimen de los dos primeros incisos del artículo 583 del Código de Comercio refleja la diferencia entre cargas y obligaciones de la que nos da cuenta LAGOS al definir las primeras como “un elemento pasivo de la relación obligatoria, en virtud de cuya inejecución el deudor puede oponerse de manera transitoria o definitivamente al cumplimiento del crédito gravado con dicha carga”.⁴⁶² Se divisa, con ello, que el asegurado —aunque no es parte del contrato— está vinculado legalmente y, en razón de esa misma vinculación, debe mantener un comportamiento colaborativo que podemos identificar con la buena fe.⁴⁶³ Si el asegurado deja de observar los deberes que le vienen impuestos por ley, queda expuesto a sufrir efectos adversos en su contra que pueden llegar a ser sumamente intensos y desfavorables.

MONTI sostenía, al analizar la estructura del seguro, que en este contrato se ha “abandonado la lógica individualista del interés privado en favor de una ética contractual fundada en la cooperación”.⁴⁶⁴ Este análisis, no necesari-

⁴⁶² LAGOS, Osvaldo (2006), p. 35 y CABANILLAS, Antonio (1988), *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988, pp. 23 y ss.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 182 identifica los comportamientos del asegurado que no cumple con la carga de evitar el siniestro o de garantizar la recuperación de la cosa asegurada como verdaderas presunciones de culpa grave.

⁴⁶⁴ MONTI, Alberto (2002), *Buona fede e assicurazione*, Milano, Giuffrè, p. 14.

riamente pensado para los seguros de esta clase, es perfectamente aplicable al seguro de caución en que un tercero acreedor que es estructuralmente ajeno al contrato no puede dejar de comportarse colaborativamente, precisamente porque su actividad o su desidia puede tener efectos importantes en los derechos que le competen en definitiva al asegurador.

De hecho, si se observa el régimen de los dos primeros incisos del artículo 583 del Código de Comercio, es posible acreditar que el comportamiento del asegurado está muy lejos de ser indiferente y tiene efectos relevantes que pueden llegar a reducir la indemnización o incluso a privarle íntegramente de ella, particularmente si incumple de forma grave cargas que se consideran estructurales. Entre tales cargas califica el deber de minimizar los daños, el deber de perseguir judicialmente a los responsables mediante la interposición de las correspondientes acciones y, finalmente, el deber de salvaguardar la acción de reembolso.

Entre nosotros, AEDO –siguiendo en esto parcialmente a LAGOS– señalaba: “Si, en cambio, la conducta importa velar por el interés ajeno, la existencia del deber generalmente transforma la posición contractual de la parte, en términos que debe responder en calidad de deudor”.⁴⁶⁵ Y, precisamente, el legislador chileno ha considerado en el artículo 583 incisos 1° y 2° del Código de Comercio que desde que concurre un verdadero interés en que la obligación de indemnizar no se haga más gravosa, se considera justo que se salvaguarde la acción para obtener el reembolso. Por ello, el legislador ha estimado que el asegurado debe comportarse de buena fe y colaborativamente, aunque él mismo no sea parte del contrato.

El asunto de la buena fe como protección del interés del asegurador en la fase de ejecución del contrato es un problema mucho más antiguo que lo que se suele enseñar. Hay una cierta tendencia a fijar la aparición real del problema sólo en el año 1766, como consecuencia de un célebre fallo inglés dictado a propósito del deber de buena fe “máxima”, llamado entonces (y hasta hoy) *uberrima bona fides*.⁴⁶⁶ Pero según enseña ROSSI,

⁴⁶⁵ AEDO, Cristian (2018), “La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley N° 20.667”, en *Ius et Praxis* 24 N° 2, p. 57.

⁴⁶⁶ Según lo fallado por Lord MANSFIELD en 1766 en el caso *Carter v. Boehm*. Sobre esto véase, por todos, LOWRY, RAWLINGS y MERKIN (2011), pp. 123 ss. Cfr: GÜRSERES, Özlem (2015), *Marine Insurance Law*, Oxford, Routledge, p. 50 explica cómo es que la nulidad por *misrepresentation* y *non-disclosure*, sólo adquiere valor como principio en el seguro marítimo y no necesariamente en el resto de los contratos (incluido el seguro terrestre) del *common law*.

quien comenta los manuscritos del no muy conocido *London Insurance Code* de la década de 1580, y en especial aquellos párrafos que ordenan al portador del riesgo ponerse en el lugar del asegurador, “la importancia de la buena fe en los negocios mercantiles y particularmente en el seguro no era <a la fecha de vigencia del *London Code*> ninguna novedad”.⁴⁶⁷ Este mismo autor incluso se permite recordarnos algo que suele preterirse, esto es, que antes del *London Code* ya las *Ordenanzas de Barcelona* de 1458 contemplaban el deber del asegurado de jurar que actuaría de buena fe “poniéndose en el lugar” del asegurador,⁴⁶⁸ lo que incluye siempre tutelar el interés del que arriesga su patrimonio.

Como hemos apuntado en otro estudio,⁴⁶⁹ “el asunto de la *fides* y de la *bona fides* ha sido copiosamente estudiado a través del tiempo” con resultados algo disímiles.⁴⁷⁰ No son las *Ordenanzas de Barcelona* ni otra composición regulatoria mercantil las que primero tratan de la buena fe en etapa de ejecución del negocio que cede a favor de otro. La cuestión ni siquiera tiene un origen de Derecho sustantivo, sino en el ordenamiento procesal⁴⁷¹ y, más concretamente, en lo vinculado a conflictos a que daba

Según apunta GOODE, Roy (2004), *Commercial Law*, London, Penguin, pp. 96-97, al contrario de lo que ocurre con los Derechos Continentales y Americanos, el Derecho inglés no provee un requerimiento general de buena fe (aunque reconoce que las Directivas de la UE en materia de consumidores han logrado permear ese sistema). El asunto fue zanjado por la *Insurance Act* de 2015, que contiene un acápite completo sobre la buena fe en los contratos de seguro, muy particularmente si participan consumidores.

⁴⁶⁷ ROSSI, Guido (2016), *Insurance in Elizabethan England. The London Code*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 245.

⁴⁶⁸ *Ibid.* En nuestro Derecho Marítimo, véase el artículo 1200 del Código de Comercio que dispone: “En los seguros de responsabilidad, el asegurado deberá poner en conocimiento del asegurador cualquier reclamo de que sea objeto y que pueda comprometer la responsabilidad de éste. Estará además obligado a adoptar todas las medidas de defensa que fueren procedentes”.

⁴⁶⁹ NASSER, Marcelo (2010), *Asimilaciones a la compraventa en el Derecho Romano*, Santiago, LegalPublishing, pp. 36 ss.

⁴⁷⁰ Una exposición apretada y certera en el estudio de TAFARO, Sebastiano (2002), “Hombre y obligaciones: equilibrio entre las prestaciones”, (Yuri González Roldán, Trad.), en http://www.dirittoestoria.it/tradizione2/Tafaro-Hombre-y-obligaciones%20.htm#_ftn1, cuya ponencia fue presentada ante el XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano: *El Derecho Romano en la Identidad e Integración de América Latina frente al fenómeno de la Globalización* (Cuba, 7-10 de agosto de 2002).

⁴⁷¹ Con crítica, *vid.* ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1987) *La compravendita in Diritto Romano I*, Napoli, Jovene, p. 53 n. 3. CARCATERRA, Antonio (1964) *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, Jovene, pp. 100-118.

lugar el incumplimiento de los contratos que hoy llamamos bilaterales o “sinalagmáticos”,⁴⁷² comenzando por la compraventa, aunque luego también en los demás contratos de esta clase.⁴⁷³

En esta clase de litigios, que por ello se llamaban *bonae fidei iudicia*, los jueces —a diferencia de lo que ocurría en los juicios de derecho estricto o *stricti iuris*— tenían facultades muy amplias para fallar el asunto sometido a su conocimiento y para apreciar las pruebas, y eran bastante libres para conducir el procedimiento. La libertad que daban a los jueces los conflictos contractuales tiene mucha importancia desde el punto de vista mercantil moderno y, muy especialmente, a la hora de abordar el régimen de remedios que se proveen en los distintos casos en que uno de los sujetos del contrato se desapega de su deber de colaboración, aun cuando esto es perfectamente aplicable a todo interesado en el negocio, particularmente si su desidia y omisión causa perjuicios. Esto incluye los deberes de denuncia oportuna del siniestro y el deber de minimizar los daños, así como el de garantizar las acciones de reembolso, verificar créditos en tiempo y forma, etc. Y si, como ocurre en este caso, la carga se extiende a un tercero, los deberes deberán venir impuestos por ley y no por el contrato.

⁴⁷² Para la concepción romano-clásica de contrato en cuanto acto no sólo estructural sino funcionalmente bilateral, D. 50,16,19 Ulp. 11 *ad Ed.*, “*Labeo libro primo praetoris urbani definit: (...) contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*” (“Labeon define en el libro primero del Pretor Urbano que (...) pero ‘contrato, es obligación de una y de otra parte, que los griegos llaman sinalagma, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad...’); y D. 46,4,23 Labeo (Iav.?) 5 *Pithaton a Paulo epitom.* Sobre esto véase D’ORS, Álvaro (1976), “Réplicas panormitanas: El *contractus* según Labeón”, en *REHJ* 1, pp. 17 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro (1995), “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato I. El vocabulario de la negocialidad jurídica en el Derecho Romano”, en *REHJ* 17, pp. 95 ss. MEYLAN, Philippe (1936), “La loi 43 Dig. 46,4 et la notion de bilateralité du contrat de vente chez Labeon” en *Studi in onore di Salvatore Riccobono* 4, Palermo, Arti Grafiche Castiglia, pp. 282 ss.

⁴⁷³ GAI. 4,62 “*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*”. (Los juicios de buena fe son estos: los de compraventa, los de arrendamiento, los de gestión de negocios, los de mandato, los de fiducia, los de los socios, los de la tutela y los de cosas de la mujer casada”).

Entre los autores nacionales, LÓPEZ SANTA MARÍA ha señalado que la buena fe “es un principio general del derecho”⁴⁷⁴ que, como regla objetiva, “impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato”.⁴⁷⁵

En tal sentido, la buena fe debe iluminar todo el tracto negocial, y por ello obliga incluso a un tercero que se beneficia directamente de los efectos del contrato a comportarse correctamente, sin que sea lícito provocar ni aumentar el daño por el simple hecho de gozar de las ventajas del seguro. Para las partes, además, este deber de comportarse de forma prudente y colaborativa está regulado como principio general en el artículo 1546 del Código Civil, particularmente cuando señala que los contratos obligan “no sólo a lo que en ellos se expresa sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.⁴⁷⁶

En general el deber de actuar conforme a la buena fe equivale a tutelar el interés del otro y a no obrar “con omisión de los cuidados ordinarios que hubiese empleado el asegurado de no haber estado cubierto por el seguro”.⁴⁷⁷ Esto equivale de manera algo gruesa a los deberes contenidos en el inciso 1º del artículo 583 del Código de Comercio. Así, y en palabras muy simples, la falta de actividad colaborativa para evitar el siniestro y para garantizar o salvaguardar los derechos del asegurador constituyen un comportamiento contrario a los deberes legales que se imponen al que recibe el pago de la indemnización, deberes que se encuentran inmersos en la reglamentación legal de un contrato que sobresale por la transferencia de riesgo.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), *Los contratos. Parte General*, Santiago (Quinta edición actualizada por ELORRIAGA, F.), Abeledo Perrot, p. 338.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 344.

⁴⁷⁶ Según GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002), “La buena fe en el Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* 29 (1), p. 17, “el artículo 1546, cuando discurre sobre ciertas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, no establece una expresión técnica, definida por la ley. Se trata simplemente de un giro de lenguaje, que perfectamente pudo ser sustituido por otro, empleado para expresar la idea de que a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata”.

⁴⁷⁷ LAGOS, Osvaldo (2006), p. 168.

⁴⁷⁸ FUEYO, Fernando (1958), “La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago, en *RDJLV*, pp. 95-113. BETTI, Emilio (1962), *Istituzioni di Diritto Romano*,

Por último, parecería complejo que sin el recurso a un texto legal expreso se pretendiese vincular obligacionalmente a un tercero como el asegurado, por lo que juzgamos que el artículo 583 inciso 2º del Código de Comercio se asienta en el ordenamiento como una norma extremadamente importante, ya que abarca a todos los sujetos que se benefician del contrato y no sólo a las partes.

53. DEBERES ESPECIALES DE COLABORACIÓN Y BUENA FE DEL ASEGURADO DE CAUCIÓN. DEBER DE NOTIFICAR EL INCUMPLIMIENTO. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR NOTIFICAR AL ASEGURADOR “TAN PRONTO” EL TOMADOR INCURRA EN INCUMPLIMIENTO?

Las cargas descritas en el inciso 1º del artículo 583 tienen relación con el deber de no agravar el riesgo una vez ocurrido el siniestro. En muchos casos, aunque no en todos, los incumplimientos de obligaciones que nacen de un contrato o de la ley suelen manifestarse en lapsos de tiempo más o menos extensos, en los que comienzan a aparecer señales claras para el asegurado de que los negocios del tomador van por mal camino.

El obligado a suscribir una escritura de compraventa prometida de un inmueble de un edificio que aún no comienza a construirse cuando se acerca el plazo para firmar el contrato prometido, o la verificación de una serie de atrasos en un proyecto de construcción son señales claras de que las obligaciones del tomador del seguro no se cumplirán en tiempo y forma y que seguramente se configurará un siniestro.⁴⁷⁹

Vil II, Milano, Giuffré, p. 306, “...la buona fide regularice del rapporto assume un senso essenzialmente diverso, di onestà, quella lealtà che suol praticare nel commune commercio in rapporti del traffico.”; Sobre la buena fe en la tratativa y la prohibición del dolo bueno, *Ibid.*, p. 211, “Soltando l’assicurazione specifica ha il carattere impegnativo di un praestare che, ove si scopra delusorio, genera una responsabilità nella misura dell’interesse positivo; ladove per l’avanteria è ovvio il richiamo ai limiti di ammissibilità di un dolus bonus nell’orbita delle trattative contrattuali”.

⁴⁷⁹ El asunto fue discutido a propósito de un seguro de caución “a primer requerimiento” denunciado 100 días después de que había ocurrido el siniestro. Véase ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 28 de diciembre de 2022, Ingreso Contencioso Administrativo N° 3-2022, caratulados “AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A. con CMF”. La ILTMA. CORTE rechazó la defensa del asegurador quien había argumentado que “el Asegurado debió informar a la Compañía en cuanto tomó conocimiento por parte del Tomador, y se puede constatar que el siniestro se produjo por lo menos el día 29 de febrero de 2020, fecha en que se debería haber

La ley impone al asegurado la carga de notificación, aviso, o también llamada carga de denuncia del siniestro. Como el asegurado cuenta o debe contar con una versión de la póliza (pues él mismo la exigió), no le resultará difícil contactar al asegurador al domicilio indicado en las condiciones particulares del contrato. Normalmente, el aviso de siniestro se dirige por medio de una carta física a la gerencia de siniestros del asegurador, aun cuando es perfectamente posible que se establezcan y acepten otros modos de notificar. La norma dispone:

Artículo 524. “El asegurado está obligado a: 7º: Notificar al asegurador, tan pronto sea posible una vez tomado conocimiento, de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro”.

Se aprecia que para determinar el momento en que el asegurado debe dar aviso al asegurador del hecho del incumplimiento del tomador, el legislador ha utilizado la expresión “tan pronto”. Esta expresión es la misma que aparece en el artículo 524 N° 7 del Código de Comercio, ubicado en las reglas comunes a todo seguro, referido también a la carga de denuncia oportuna. En ninguna de estas dos normas el legislador determinó qué debe entenderse por “tan pronto”. De hecho, nos parece que el legislador lo ha evitado deliberadamente pues la sujeción a un plazo fijo podría acarrear más problemas que virtudes.

Para MOLINA, la expresión “tan pronto” debe entenderse según su sentido natural y obvio,⁴⁸⁰ para lo que tiene en cuenta los fines de la disposición que identifica con evitar un agravamiento y asegurar el recupero al asegurado. Esta, a nuestro juicio, es una interpretación acertada, aunque en todo caso siempre quedará sometida al criterio último del sentenciador. En ese mismo sentido, explica LAGOS con referencia a alguna jurisprudencia anglosajona, la expresión “tan pronto” no siempre debe identificarse con “inmediatamente”, pues el asunto debe analizarse en concreto, considerando las circunstancias del asegurado.⁴⁸¹

gestionado el primer estado de pago (estados de pago estipulados de forma mensual en el contrato objeto del seguro). Por lo tanto, el Asegurado debió al menos informar a la Compañía de dicha circunstancia para que ésta pudiera tomar las providencias y resguardos necesarios. Lo que implica que el siniestro de la Póliza se denunció por lo menos con 100 días de retraso, desde que ustedes tuvieron conocimiento de incumplimientos bajo el contrato en cuestión”.

⁴⁸⁰ MOLINA, Carlos (2015), p. 724.

⁴⁸¹ LAGOS, Osvaldo (2015), “Comentario al artículo 524”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro* cit., pp. 276 ss.

Pero en el caso del seguro de caución existe una circunstancia especial. De cierta manera (recurriendo a la terminología del artículo 526 del Código de Comercio), el incumplimiento del tomador suele ser un hecho conocido del asegurado pues, aunque pasivamente, el hecho ocurre “con su directa participación”⁴⁸² ya que él es el acreedor de la obligación caucionada. Por esta última razón, resulta más o menos evidente que la apreciación del momento de la denuncia y la aplicación de los efectos contenidos en la ley para una notificación extemporánea se deberán constatar en esta clase de seguros con algo más de rigurosidad que en los seguros de otra clase.

De esta manera, si el asegurado concede unilateralmente un plazo al tomador que ha incumplido, o si le otorga un período de espera absurdo sin que se denuncie el siniestro al asegurador, que termine haciendo más gravosa la indemnización o más difícil el recupero, resulta más o menos claro que podrán aplicarse los remedios y sanciones del inciso 2º del artículo 583 del Código de Comercio.

Piénsese en el caso de la garantía para promesas de ventas de inmuebles denominadas “en verde”. Si el asegurado no avisa que el promitente vendedor no ha comparecido en tiempo y forma a suscribir u otorgar la escritura de venta en la fecha estipulada y, conociendo ese hecho (pues no podría ignorarlo), prefiere esperar o dar unilateralmente más plazo al tomador sin el consentimiento explícito del asegurador, no sólo agrava el riesgo, sino que podría perjudicar el derecho a recobro. Lo mismo podría ocurrir en el caso en que el asegurado de un proyecto de construcción tolera la ocurrencia de muchos incumplimientos sucesivos del contrato para gatillar la garantía sólo cuando la responsabilidad de indemnizar que pesa sobre el asegurador se ha hecho mucho más gravosa y el tomador se encuentra en manifiesto estado de insolvencia.

De cierta manera, el régimen de colaboración impuesto en el artículo 583 inciso 2º, que exige al asegurado notificar al asegurador “tan pronto” tenga

⁴⁸² El inciso 3º del artículo 526 del Código de Comercio señala: “Si el siniestro se ha producido sin que el asegurado, o el contratante en su caso, hubieren efectuado la declaración sobre la agravación de los riesgos señalada en el inciso primero, el asegurador quedará exonerado de su obligación de pagar la indemnización respecto de las coberturas del seguro afectadas por el agravamiento. No obstante, en caso que la agravación del riesgo hubiera conducido al asegurador a celebrar el contrato en condiciones más onerosas para el asegurado, la indemnización se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo”.

conocimiento de un incumplimiento del tomador implica que, si no denuncia el siniestro debe entenderse que lo condona o remite, remisión que de ninguna manera puede ser imputada al asegurador si produce un resultado más gravoso. No es sorprendente en consecuencia que, en estos casos, el asegurador responda en términos mucho menos intensos, o derechamente no responda, dependiendo de la gravedad de la falta.

Sobre la forma de aplicar los remedios en el seguro de caución “a primer requerimiento”, que obviamente siguen un camino diferente, nos extendemos en el numeral siguiente.

54. EL RÉGIMEN DE INCUMPLIMIENTO DE CARGAS DEL ASEGURADO EN EL SEGURO Y SU APLICACIÓN *A POSTERIORI* EN EL SEGURO DE CAUCIÓN “A PRIMER REQUERIMIENTO”

Naturalmente que el régimen de los incisos 1º y 2º del artículo 583 del Código de Comercio no es aplicable al seguro de caución “a primer requerimiento” para efectos de su pago pues, en tal modalidad, una excepción que busque la disminución del monto a indemnizar, o que pretenda simplemente eludir el pago al asegurado, no es aceptable.

Ya hemos visto muchas veces que el inciso final del artículo 583 del Código de Comercio impide oponer toda clase de excepciones para retrasar o rechazar el pago. Dentro de estas excepciones deben también contarse las de incumplimiento de cargas o deberes del asegurado como medios que pretendan impedir, condicionar o diferir el pago.

Sin embargo, una vez hecho el pago al asegurado, es perfectamente posible que el asegurador que advierte que el asegurado no ajustó su comportamiento a los deberes de colaboración referidos en la ley pueda recobrar de éste los perjuicios si acredita los daños consecuencialmente causados a sus intereses por el incumplimiento de cargas.⁴⁸³ No parece posible que se pida “la resolución del contrato” en la forma en que lo dispone el mismo artículo 583 del Código de Comercio pues el contrato en realidad ya estaría cumplido y, además, el asegurado no es parte del contrato, lo que adelanta un problema bastante complejo de legitimación.

⁴⁸³ ARTIGAS, Francisco (2017), p. 90, considera este mecanismo de *solve et repete* como “compatible” con el establecimiento por ley del seguro a primer requerimiento.

Hemos visto que en los casos de cobros indebidos o erróneos el asegurador tiene la *actio in rem verso*, pero no parece que sea esta la acción para recobrar lo pagado si el asegurado incumplió sus deberes de colaboración o cargas. En efecto, en estos casos el pago no proviene de un error o de una disposición patrimonial que se demostró como obtenida con fraude, sino que proviene de un incumplimiento de deberes legales. Tampoco, como hemos señalado, es posible la acción resolutoria por incumplimiento pues el asegurado no es parte del contrato, sino que es un tercero que se beneficia de éste y porque el contrato ya terminó. Sólo le resta al asegurador, a nuestro juicio, intentar una acción de responsabilidad extracontractual de fuente legal, que deberá fundarse precisamente en los incumplimientos expresos de norma del asegurado en cuanto se vinculen causalmente con un resultado perjudicial para el asegurador.

55. LAS SANCIONES O REMEDIOS SE APLICAN SEGÚN LA GRAVEDAD QUE PUEDA ATRIBUIRSE AL INCUMPLIMIENTO DEL ASEGURADO

Es preciso señalar que, sin decirlo expresamente, la ley distingue los efectos del incumplimiento de cargas estructurales y no estructurales cuando utiliza en el inciso 2º del artículo 583 del Código de Comercio la expresión “según su gravedad”. El asunto es similar (aunque no es igual) al descrito en el artículo 526 del Código de Comercio que trata de la agravación del riesgo.

El criterio de la “gravedad” no es subjetivo y deja abierta la puerta a disminuir la indemnización o a demandar la “resolución del contrato” cuando corresponda, lo que dependerá del hecho de que efectivamente se hayan frustrado o perjudicado las acciones de recupero del asegurador, o si la obligación de concurrir a la indemnización se hizo objetivamente más gravosa. Naturalmente que la prueba de estas circunstancias pesará sobre la compañía de seguros según las reglas generales, y ya hemos adelantado que intentar una acción resolutoria contra quien no es parte del contrato resulta una tarea algo absurda e impracticable.

El asegurador no sólo deberá acreditar el incumplimiento del asegurado, sino que los perjuicios derivados de ese incumplimiento mediando una relación causal ininterrumpida. En caso de acreditar ambas cosas, según la gravedad de la conducta (probablemente manifestada en la entidad de los perjuicios más que en el solo incumplimiento), se aplicará la sanción contemplada en la ley.

56. NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA POR EL SEGURO DE CAUCIÓN. EFECTOS EN AMBAS TIPOLOGÍAS DE SEGURO DE CAUCIÓN

El problema de las “patologías” jurídicas que pueden afectar al negocio subyacente a un seguro de caución no permite afirmar que el asegurador pueda condicionar o diferir el pago en el seguro de caución “a primer requerimiento”, pues no es lícito que el pagador requerido pueda oponer excepciones al cobro. Pero en un caso idéntico, es perfectamente posible que el asegurador rechace indemnizar un seguro de caución “corriente”, pues este negocio se sujeta en esto a las reglas generales de ineficacia, a las consecuencias propias de la accesoriedad, y a las reglas generales que permiten excepciones.

La cuestión no es nueva ni mucho menos privativa de los seguros de caución. En el Capítulo Primero, revisábamos qué es lo que ocurría cuando era nula la obligación subyacente que fundamenta la emisión de una letra de cambio o de un pagaré.⁴⁸⁴ Según analizamos en ese momento, tanto la letra como el pagaré son instrumentos mercantiles autónomos o independientes en que consta una orden o una promesa “no sujeta a condición” de pagar una cantidad determinada o determinable de dinero según los artículos 1º N° 3 y 102 N° 2 de la Ley N° 18.092.

En ese escenario, y a pesar de no ser novatorias (esto es, que “su giro, aceptación o transferencia no extingue, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen” según dispone el artículo 12 de la misma ley), si la letra o el pagaré son efectivamente pagadas, se produce la extinción total o parcial de la obligación subyacente. Pero, dada su independencia o autonomía, no parece claro que –viceversa– el pago de la obligación garantizada permita extinguir la obligación crediticia nacida de la letra o del pagaré⁴⁸⁵ lo que, en la práctica, fuerza a devolverlo, cancelarlo o destruirlo, por aplicación del artículo 86 de la Ley N° 18.092 que dispone:

“... el portador otorgará recibo de la misma y la entregará al pagador”.

⁴⁸⁴ Véase *supra* N° 12.

⁴⁸⁵ Contra HERRERA PETERS, Matías (2005), *Responsabilidad penal por utilización abusiva de letras de cambio, pagarés y cheques suscritos para facilitar o garantizar el cumplimiento de obligaciones*, Tesis para optar al Grado Académico de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Escuela de Graduados, p. 10 (disponible en https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106775/herrera_m2.pdf?sequence=3&isAllowed=y).

Con la misma razón, y ahora sí en relación con la nulidad de la obligación subyacente, tampoco parece posible que los vicios que afectan a la relación de valuta puedan oponerse a la garantía autónoma. Es más, ni siquiera los vicios del propio título autónomo son capaces de producir demasiados efectos como consta del artículo 7° de la Ley N° 18.092 que dispone:

“La incapacidad de alguno de los signatarios de una letra de cambio, el hecho de que en ésta aparezcan firmas falsas o de personas imaginarias, o la circunstancia de que, por cualquier motivo, el título no obligue a alguno de los signatarios o a las personas que aparezcan como tales, no invalidan las obligaciones que derivan del título para las demás personas que lo suscriben”.⁴⁸⁶

Lo mismo ocurre con relación al aval.⁴⁸⁷ Esto explica que no sea posible que los demás suscriptores se aprovechen de la excepción de nulidad absoluta ni de otras excepciones igualmente intensas que afectan al título, pero menos aún a las que pudieren afectar a la relación subyacente.

La ley indica en el artículo 1447 del Código Civil que son absolutamente incapaces de celebrar un contrato:

“... los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución”.

Naturalmente que no resulta fácil imaginar la situación en que un incapaz absoluto actúe como parte en un contrato que requiere ser objeto de un seguro de caución.⁴⁸⁸ Más complejo de imaginar resulta que este incapaz, además, consiga efectivamente a un asegurador que suscriba el riesgo de incumplimiento. Pero la situación no es imposible, sobre todo si se tiene en consideración el caso del demente. Efectivamente es posible (y quizás no poco corriente) que un demente se presente como plenamente capaz en el mundo de los negocios. De hecho, los ordenamientos jurídicos se han puesto en este caso desde la creación del Derecho

⁴⁸⁶ LARA AGUAYO, Edinson (2005), p. 55, constata que el aval cambiario “... es válido, aunque la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma”, entendiéndose por forma, por ejemplo, que el título no califique legalmente como una letra de cambio conforme lo dispone el artículo 2°.

⁴⁸⁷ Véase *supra* N° 12 la opinión de RIPERT, Georges (1954), p. 202.

⁴⁸⁸ Una limitación no idéntica, y con más posibilidades de suceder en la práctica es la que ocurre si aparecen suscribiendo el contrato de seguro, en representación del tomador persona jurídica, sujetos que no lo representan legalmente.

Civil, al dirimir la validez o la nulidad de los actos celebrados por la persona del demente con la finalidad de proteger no sólo al incapaz, sino a los terceros que contraten con él como se demuestra, por ejemplo, con la regla establecida en el artículo 1688 del Código Civil. La ley dispone que la contratación “sin previo ‘decreto de’ interdicción por demencia debe admitirse como válida “a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente” (artículo 465 inciso 2º del Código Civil). Luego de dictado y ejecutoriado el decreto de interdicción el acto será nulo, aun cuando se acredite posteriormente que el demente obró en un intervalo lúcido (artículo 465 inciso 1º del Código Civil).

Frente a estas situaciones, las eventuales alegaciones de nulidad absoluta sólo podrán tener lugar en los seguros de caución “corrientes” y no en los seguros “a primer requerimiento” en que el asegurador tiene impedido oponer excepciones, entre las cuales obviamente califica la excepción de nulidad. El asegurador “a primer requerimiento” sólo podrá demandar la nulidad absoluta del negocio subyacente una vez que haya pagado. Y podrá además demandar la nulidad contrato de seguro con los efectos anejos a su declaración, que son los establecidos en el artículo 1687 del Código Civil. Por disposición expresa del artículo 1683 del Código Civil, el asegurador sólo podrá impetrar la nulidad absoluta si no sabía o debía saber el vicio que invalidaba el contrato.

Una cosa muy distinta es que los incapaces efectivamente pueden contratar seguros por medio de sus representantes legales. En tal caso, los actos del representante producen los efectos del artículo 1448 del Código Civil, aun cuando esta situación se dará poco frecuentemente en seguros de caución, salvo en el caso en que se trate de un heredero menor de edad que debe prestar su consentimiento para asegurar obligaciones de hacer contraídas por una empresa de su padre, sin que haya más administradores u otra situación semejante de difícil —pero no imposible— ocurrencia.

En otro extremo, el artículo 521 inciso 3º del Código de Comercio dispone:

“Son nulos absolutamente también, los contratos que recaigan sobre objetos de ilícito comercio y sobre aquellos no expuestos al riesgo asegurado o que ya lo han corrido”.

La referencia a un “objeto de ilícito comercio” debe entenderse en su sentido técnico, vale decir, al objeto lícito como requisito de validez del negocio jurídico. No se trata de pensar sólo en seguros “reales”, en que la

palabra “objeto” puede significar una cosa corporal, sino que resulta bastante evidente que el legislador ha querido sancionar con nulidad absoluta todos los seguros en que el riesgo asegurado adolece de un objeto ilícito en los términos de los artículos 1462 a 1466 del Código Civil. Entre estos, sobresalen como relevantes los casos de contratos prohibidos por las leyes, aquellos en que puede haber enajenación de cosas que no están en el comercio y los actos y contratos prohibidos por el Derecho Público chileno.

Piénsese que las obligaciones aseguradas mediante un seguro de caución “a primer requerimiento” consisten en hechos o actos prohibidos por las leyes, como si se garantizara el pago en caso de incumplimiento de una obligación de construir un laboratorio de procesamiento de drogas ilícitas o de un establecimiento donde se practique la tortura. O si se caucionare, en efecto, la efectividad material de las técnicas de tortura aplicada a seres humanos para obtener información u otra obligación semejante.

Es preciso preguntarse si, dada la abstracción de la garantía “a primer requerimiento”, debe el asegurador pagar al asegurado que denuncia el incumplimiento de una obligación de esa clase. En buenas cuentas, es preciso saber si la abstracción es capaz de anonimizar incluso relaciones jurídicas subyacentes que son notoriamente ilícitas, inmorales, prohibidas por las leyes o sancionadas por el derecho público. El asunto es bastante delicado.

Si ocurriera que un asegurador negligente y falto de juicio, respecto del que han fallado toda clase de medidas de control y probidad ha decidido asegurar de caución “a primer requerimiento” el cumplimiento de obligaciones de hacer abiertamente ilícitas, sabiendo o debiendo saber el vicio que las invalidaba, no puede oponer al acreedor la excepción de nulidad absoluta de la relación de valuta, pues dicha defensa no sólo está vedada por la independencia de la garantía, sino que se encuentra impedida por el artículo 1683 del Código Civil. Ello implica que si es requerido de pago deberá indemnizar y no podrá repetir lo que ha pagado, pues aquello se encuentra también prohibido por el artículo 1468 del mismo cuerpo de leyes. También resulta dudoso que, en este caso, pueda prosperar una medida prejudicial precautoria incoada por el asegurador, pues él mismo es de cierta forma partícipe en el fraude, pues no podía menos que saber el vicio que invalida la relación subyacente que aceptó como riesgo asegurado. Pero bien puede pedir la nulidad absoluta el ministerio público en el solo interés de la moral o de la ley, y claramente podrá ser decretada de oficio por el juez desde que aparece de manifiesto en el título respectivo (artículo 1683 del Código Civil).

57. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

Como hemos analizado en otras oportunidades, el artículo 543 del Código de Comercio establece la regla general sobre solución de controversias en materia de seguros no marítimos.⁴⁸⁹ La norma es lamentablemente desprolija, y ha generado numerosos conflictos interpretativos a lo largo de su vigencia, lo que ha desembocado en una especie de dispersión jurisprudencial a propósito de su aplicación que recomienda una modificación legal.

En los seguros de caución, la persona del asegurado coincide con la del beneficiario, pero es siempre distinta de la del tomador o afianzado. Según dispone el artículo 543 del Código de Comercio –en régimen imperativo– el asegurado siempre puede llevar el asunto controvertido a la justicia ordinaria si es que se cumplen los siguientes requisitos: 1) haya ocurrido un siniestro; 2) que el pago de la indemnización ha sido rechazado total o parcialmente por el asegurador; 3) que el reclamo del asegurado sea de una cuantía inferior a UF 10.000.⁴⁹⁰

Si la evaluación del siniestro es cuantitativamente mayor, o bien si se trata de asuntos que no dicen relación con la ocurrencia de un siniestro como pueden ser la “interpretación, validez o ineficacia, aplicación y terminación del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de las condiciones generales o particulares del contrato”, el asegurado debe necesariamente soportar un arbitraje.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ NASSER, Marcelo (2014), “Solución de controversias tras la entrada en vigencia de la nueva ley de contrato de seguros N° 20.667”, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas, Cuadernos de Análisis Jurídicos* Universidad Diego Portales y Fundación Fernando Fueyo, Santiago, pp. 259-282; NASSER, Marcelo (2016), “Solución de controversias en la actual legislación de seguros”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, año 19 N° 26, pp. 79-106.

⁴⁹⁰ Esta parte del artículo 543 fue objeto de una indicación complementaria del Diputado TUMA, aumentando de 3000 a 10.000 UF el monto mínimo que las partes discuten, señalando además que el tribunal competente debe ser el del domicilio del beneficiario. En esta parte de la tramitación se cambió, asimismo, el título del artículo desde “arbitraje” a solución de conflictos, ampliándose la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de los contratos de seguro, lo que quedó reflejado en un nuevo inciso final.

⁴⁹¹ El problema del arbitraje en los contratos de adhesión, aunque de extrema importancia, no ha sido convenientemente estudiado en el país con la excepción del trabajo (referido a la cláusula compromisoria) de TAPIA y VALDIVIA (2002), p. 123-126. Últimamente sobresale por su trascendencia el trabajo de JEQUIER (2011), pp. 453-498 que, aunque no aborda el problema del arbitraje y el derecho de consumidores en particular, sí contiene una serie de argumentos

Como se aprecia, muy probablemente por falta de previsión pues de la historia de la ley no parece que el legislador haya tenido en mente esta clase de seguros al diseñar el régimen de solución de conflictos, la ley no confiere al tomador o afianzado la opción de acudir a la justicia ordinaria en el artículo 543 del Código de Comercio, cualquiera que sea la cuantía del asunto.

En cuanto a la naturaleza del arbitraje, la ley determina que la regla general es que los asuntos sean conocidos por un árbitro arbitrador siempre que las partes acuerden expresamente su nominación, o por un árbitro mixto si es que no hay acuerdo, en cuyo caso debe ser designado por la justicia ordinaria.

El legislador, seguramente con la intención de proteger a la parte débil que suele contratar seguros por adhesión dentro de un marco de imperatividad normativa, dispuso que la persona del árbitro sólo puede ser determinada después de que surja la controversia. Luego refuerza esa idea al disponer que el árbitro nunca puede venir designado (“en ningún caso”, señala la norma) en instrumentos anteriores al conflicto como la póliza, la propuesta u otros documentos.

Debido a que los seguros “a primer requerimiento” no están necesariamente comprendidos en el régimen imperativo del artículo 542 del Código de Comercio porque comportan, de suyo y esencialmente, una completa ventaja o beneficio para el asegurado, cabe preguntarse si la prohibición de pactar el nombre del árbitro con anterioridad a que surja la disputa los alcanza.⁴⁹² El asunto cobra importancia porque el legislador utiliza la expresión prohibitiva terminante, prescribiendo que la designación anticipada del árbitro no será tolerada “en ningún caso”, lo que implica la nulidad absoluta de una cláusula de esa índole. Esto último sugiere que, incluso

que permiten inferir el carácter abusivo de un arbitraje forzoso. En España, por ejemplo, se han planteado dudas acerca de la constitucionalidad de la práctica del arbitraje forzoso. Sobre esto CABAÑAS GARCÍA (2005), pp. 37 ss. En sede internacional poco difundida en el país, ya habíamos adelantado nuestra opinión para el caso de la ley antigua, señalando que el asegurado tenía derecho a recurrir al tribunal de consumo en los casos establecidos en la ley. Para esta opinión, véase DÍAZ, Ignacio; NASSER, Marcelo (2012), “Chapter 10:A, Chile”, en *International Insurance Law and Regulation*, Graz, Westlaw-Center for International Legal Studies, pp. 499-501.

⁴⁹² Para una confrontación al supuesto carácter imperativo del seguro de caución “a primer requerimiento” cualquiera sea el monto de la prima anual véase *supra* N° 32.

tratándose de seguros de libre pacto, la persona del árbitro jamás puede determinarse de antemano.

Con todo, nos parece que la prohibición no se afecta si las partes designan para la solución de un eventual asunto, por ejemplo, un Centro de Arbitraje que maneje una lista amplia de posibles árbitros, pues la norma prohibitiva excepcional no puede ser interpretada de forma extensiva.

58. OBLIGACIÓN DEL TOMADOR DE PAGAR LA PRIMA. PRECISIONES

La primera de las obligaciones del tomador de un seguro de caución es la de pagar la prima o precio del seguro al asegurador. En el seguro de caución esta obligación no recae sobre el asegurado quien, como hemos insistido, no es parte en la estructura negocial del contrato de seguro. Esta obligación es del afianzado o tomador, de cuyo comportamiento frente a la obligación asegurada depende que, en definitiva, el siniestro pueda o no acontecer.

Básicamente, y como casi siempre ocurre en los negocios de garantía, la cuestión se explica en el arquetipo contractual del mandato remunerado. Es el tomador quien remunera al asegurador para que le preste el servicio de afianzarlo frente al acreedor de la obligación subyacente.⁴⁹³

Si bien el artículo 524 N° 3 del Código de Comercio, en principio, obliga al asegurado a “pagar la prima en la forma y época pactadas”, el inciso penúltimo de la misma norma aclara el problema cuando dispone:

“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”.

Sin embargo, al asegurado no le empece el régimen de terminación establecido en el artículo 528 del Código de Comercio por falta de pago de la prima,⁴⁹⁴ por el simple hecho de que se trata de un negocio en interés de un tercero cuyos efectos se radican principal y acaso únicamente en ese tercero, vale decir, se trata de un seguro por cuenta ajena.⁴⁹⁵

Según dispone el artículo 527 inciso 3° del Código de Comercio, desde la entrada en vigor de la Ley N° 20.667 la prima puede consistir “en dinero,

⁴⁹³ Véase *supra* N° 8.

⁴⁹⁴ ARTIGAS, Francisco (2017), p. 88.

⁴⁹⁵ Véase RÍOS, Roberto (2015), “Comentario al artículo 513 letra s”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguro. Comentarios cit.*, p. 147 N° 36.

en especies o en un hecho estimable en dinero”. La realidad indica que las primas en especies son aún inexistentes en la realidad de nuestro medio y que lo usual y generalizado es que las primas de toda clase de seguros sean pactadas en dinero. Si la prima se pacta en dinero, rige el artículo 10 del D.F.L. N° 251 agregado el 10 de enero de 1980 por el D.L. N° 3.057 que manda expresarla en Unidades de Fomento. Además, su cálculo o conversión debe hacerse al momento del pago.⁴⁹⁶

El mismo artículo 527 del Código de Comercio dispone que, salvo pacto en contrario, el pago de la prima “se hará al entregarse la póliza, el certificado de cobertura o el endoso, según corresponda, y deberá hacerse en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes, agentes o diputados para el cobro”, lo que debe entenderse, empero, sólo en régimen imperativo. En los seguros no sujetos a imperatividad, es posible pactar otro momento para su pago, otro lugar y otras modalidades.⁴⁹⁷

En Chile, la prima puede pagarse al corredor en su calidad de diputado para el pago, como lo permite expresamente el artículo 10 del D.S. N° 1.055 (N° 6) que dispone entre las obligaciones de estos intermediarios “Remitir a la compañía aseguradora las primas...”. Pagada la prima al corredor, la compañía no puede alegar el incumplimiento del tomador si el intermediario luego no la traspasa al asegurador, y sólo tendrá acción contra este último.

Según el mismo artículo 527 del Código de Comercio, el asegurador gana la prima “desde el momento en que los riesgos empiezan a correr por su cuenta”, esto es, desde que asume el riesgo de responder en dinero por el impago de la obligación caucionada, sea que el seguro de caución sea “corriente” o bien se trate de un seguro “a primer requerimiento”, pues en esto no hay grandes diferencias. La disposición del derogado artículo 542 del Código de Comercio original de José Gabriel OCAMPO señalaba que el asegurador ganaba “irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta”, pero la norma actual dispone, en cambio:

⁴⁹⁶ Artículo 10: “El monto de los seguros, de las primas y de las indemnizaciones, se expresará en unidades de fomento, a menos que los contratos respectivos se pacten en moneda extranjera con arreglo a las disposiciones legales vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia podrá autorizar, mediante norma de carácter general, que se pacten en otros sistemas de reajustabilidad o en moneda de curso legal”.

⁴⁹⁷ Ríos, Roberto (2015), “Comentario al artículo 513 letra s”, en AA.VV. (2015), *El contrato de seguros* cit., p. 145.

“Convenida la vigencia de la cobertura por un plazo determinado, la prima se devengará proporcionalmente al tiempo transcurrido”.

Como consecuencia de esta proporcionalidad, cada vez que el seguro termine antes del plazo expreso de vigencia fijado en el contrato, el asegurador deberá devolver la parte de prima no consumida aun cuando el problema de la consumición de la prima en el tiempo es un asunto bastante discutible. La devolución debe hacerse a quien la soportó económicamente (el tomador, jamás al asegurado ni a otra persona), en la forma y plazos establecidos por la COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO en la Circular N° 2.114 de 26 de julio de 2013.⁴⁹⁸

59. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO EN LOS SEGUROS DE CAUCIÓN. IRREVOCABILIDAD

Los seguros de caución terminan, en muchos casos, como todos los demás contratos de seguro. Pero el seguro de esta clase, desde que se trata de un seguro por cuenta ajena o en interés de un tercero, es siempre un negocio irrevocable para el tomador. Por esa misma razón, tampoco es posible que una convención extintiva celebrada entre el asegurador y el tomador pueda poner término al contrato de seguro de caución, lo que hace inaplicable para esta clase de aseguramiento, en cualquiera de sus tipologías, la disposición

⁴⁹⁸ La Circular N° 2.114 de 2013 dispone: “Cuando por término anticipado o extinción de un contrato de seguro proceda la devolución de la prima pagada no devengada, la compañía aseguradora deberá poner la suma a disposición de quien corresponda, dentro del plazo de 10 días hábiles de haber tomado conocimiento del término del seguro. La compañía deberá informar, a quien corresponda, acerca de la existencia de la suma a su disposición, dentro del plazo antes indicado.

La prima pagada no devengada será devuelta al asegurado o contratante, según quien la hubiera soportado en su patrimonio. Si todo o parte de la prima hubiera sido financiada por un beneficio del Estado, se devolverá a la entidad que corresponda la parte de la prima pagada no devengada que financió.

La prima a devolver se calculará en proporción al tiempo no transcurrido, sin efectuar ninguna deducción, esto es, comprenderá toda suma que se haya pagado con ocasión del seguro, independientemente de la causa, motivo u objeto por la que fue pagada, salvo excepciones legales. Tratándose de la terminación de seguros que contemplen cuenta única de inversión, se devolverán conjuntamente con el valor ahorrado, los costos de cobertura y otros gastos pagados no devengados.

La prima convenida en Unidades de Fomento u otra unidad de reajuste autorizada por la Superintendencia, se devolverá según el valor de dicha unidad a la fecha de su pago efectivo”.

del artículo 537 inciso 1º del Código de Comercio. En el número anterior hemos destacado, además, que esta clase de seguros no termina por falta de pago de la prima.

A pesar de no ser parte del contrato de seguro propiamente dicho, el asegurado en su calidad de único interesado en la obligación de indemnizar sí puede notificar al asegurador la terminación del contrato, opción que equivale a una renuncia a su derecho condicional a la indemnización en caso de siniestro. Esta renuncia no está prohibida y mira su exclusivo interés, por lo que es perfectamente lícita en cuanto no afecte derechos de otros terceros.

Si el asegurado anuncia el término del seguro, el contrato pierde su único objeto y fenece en ese mismo acto, salvo que el mismo asegurado indique un plazo distinto. Este derecho debe ser ejercido por el asegurado conforme lo dispone el artículo 573 inciso 3º del Código de Comercio y se puede materializar mediante una simple notificación emanada de un representante del asegurado al asegurador, cuidando de copiar al tomador.

60. TERMINACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN POR EXTINCIÓN SOBREVINIENTE DE LOS RIESGOS. PARTICULARIDADES Y DISTINCIONES

Por regla general, el seguro de caución “corriente” termina por la extinción total de los riesgos si es que esta extinción acaece durante la vigencia del contrato. Así se desprende del tenor literal del artículo 536 del Código de Comercio, cuestión que debe vincularse al riesgo como requisito esencial del contrato de seguro como dispone el artículo 521 del mismo Código.⁴⁹⁹

En efecto, resulta connatural a un contrato que consiste en la asunción de un riesgo ajeno que si ese mismo riesgo cesa, expire el seguro porque pierde su objeto más sustancial. Es más, la accesoriedad que se predica de las cauciones permite arribar a ese resultado sin mayores complicaciones.

⁴⁹⁹ Puede ocurrir que el seguro se celebre con un riesgo esperado, como cuando se ha tomado un seguro de caución para garantizar obligaciones que emanan de un contrato y ese contrato no se llega a suscribir, porque fallan condiciones u otros elementos que hacen que la exposición al riesgo nunca se verifique. Lo mismo ocurre cuando se suscribe un seguro de caución para responder por obligaciones de determinadas personas en el ejercicio de un cargo, pero esas personas no llegan a ser designadas en tales cargos por cualquier razón. En tales casos, el seguro evidentemente expira y debe restituirse la prima.

Pero la regla de terminación del contrato del artículo 536 del Código de Comercio (que se encuentra ubicada en las disposiciones comunes a todo seguro) puede resultar más compleja de aplicar en la práctica en el caso de las pólizas de caución “a primer requerimiento” entre otras cosas porque estos seguros no son accesorios a la relación subyacente, tal como lo hemos revisado varias veces a lo largo de este estudio.

En efecto, si se sigue la lógica del inciso final del artículo 583 del Código de Comercio, cada vez que los riesgos se han extinguido y el asegurado a sabiendas decide someter igualmente a cobro una póliza de seguro de caución “a primer requerimiento”, el asegurador no tiene espacio para oponer la correspondiente excepción de dolo vinculada a la relación de valuta u obligación subyacente.

Esta última situación que puede conducir a resultados evidentemente injustos equivale a un supuesto más de cobro fraudulento o doloso (*unfair call*), y pone al asegurador en una situación extremadamente compleja. El asegurador requerido de pago tiene la opción, como siempre ocurre frente un cobro fraudulento o doloso, de construir una defensa irrenunciable de emergencia mediante la solicitud de medidas prejudiciales precautorias, o bien mediante la interposición de acciones penales en que se soliciten diligencias urgentes que busquen la libración de una resolución judicial que permita, si se tiene fortuna y tiempo, paralizar el pago. Pero no es posible que se limite a rechazar el pago argumentando unilateralmente el dolo del asegurado, pues ya hemos revisado con detalle que esta excepción, a secas, no tiene cabida en el caso de la garantía independiente del inciso final del artículo 583 del Código de Comercio.

El asegurador, sin embargo, puede demandar posteriormente la nulidad del contrato de seguro por ausencia de riesgo, pudiendo repetir lo pagado con arreglo a las reglas generales, sin que a nuestro juicio pueda aplicarse la regla del artículo 1683 del Código Civil que impide alegar la nulidad si se conocía o debía conocer el vicio que invalida la disposición, pues resulta obvio que pagó mediando una obligación legal. Y si se considera que los efectos de la nulidad no afectan al asegurado, podrá demandarlo con la *actio in rem verso* pues los requisitos del enriquecimiento injustificado (y en este caso de abuso del derecho) aparecen con manifiesta nitidez.⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ Para la procedencia de la *actio in rem verso* en casos de pagos indebidos véase *supra* N° 51.3.

61. TERMINACIÓN POR LA LLEGADA DEL PLAZO. EXTENSIÓN
DEL CONTRATO DE SEGURO MEDIANTE ENDOSO. INOPONIBILIDAD
AL ASEGURADOR DE UN PLAZO ADICIONAL UNILATERALMENTE
DADO POR EL ASEGURADO AL TOMADOR

Los seguros de caución expiran por la llegada del plazo fijado para el término de la cobertura. Este plazo aparece en las condiciones particulares de las pólizas y se vincula con los términos que suelen estar contenidos en la obligación subyacente y, muchas veces, un plazo adicional. Pero el asunto es un poco más complicado por dos razones.

En primer lugar, existen leyes que establecen plazos especiales para la extensión temporal de la cobertura, como ocurre con el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, norma que debe leerse en concordancia con lo prescrito en el artículo 3.4.7 de la Ordenanza del mismo ramo. Lo mismo ocurre en el caso del artículo 51 de la Ley N° 20.551 que establece que la integridad, suficiencia y estabilidad de la garantía debe permanecer “durante toda la vida útil de la faena”, concepto que está también descrito y regulado con singular detalle en el artículo 53 de la misma ley y con otras disposiciones legales que exigen cauciones.⁵⁰¹

En segundo lugar, la independencia de la garantía que caracteriza a las pólizas “a primer requerimiento” podría complicar una alegación o defensa de haber expirado el plazo del seguro enarbolada por el asegurador requerido de pago aun cuando, realmente, nadie duda de que la fecha de caducidad de un título acarrea la extinción de este como se puede apreciar, por ejemplo, con bastante claridad en el artículo 49 de la Ley N° 18.092.⁵⁰² En palabras muy simples, la caducidad por llegada del plazo del título no equivale a una excepción para diferir o evitar el pago de la obligación pues, básicamente, ha caducado el título, como ocurre cuando se presentara uno falso, enmendado o que ha sido extendido por otra aseguradora distinta,

⁵⁰¹ Por ejemplo, el seguro de caución para agentes de valores y corredores de bolsa del artículo 30 de la Ley N° 18.045 establece que la cobertura debe mantenerse “hasta los seis meses posteriores a la pérdida de la calidad de agente de valores o de corredor de la bolsa o hasta que se resuelvan por sentencia ejecutoriada las acciones judiciales que se hayan entablado en su contra, dentro de dicho plazo, por los acreedores beneficiarios a que se refiere esta disposición”.

⁵⁰² Otro tanto puede verificarse en el artículo 24 de la Ley de cuentas corrientes bancarias y cheques (D.F.L. N° 707 de 1982) “El librado no está obligado a pagar los cheques que se le presenten fuera de los plazos señalados en el artículo anterior. Con todo, podrá pagarlos con el consentimiento escrito del librador.”.

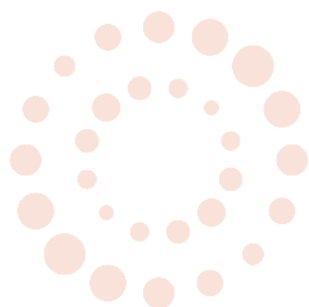
entre otras situaciones semejantes. Pero no sólo sabemos que la calidad de título de la póliza es un asunto difícil de probar, sino que el asunto es algo más complicado.

Resulta interesante averiguar qué sucede con el contrato de seguro de caución si el tomador y el asegurado acuerdan extender los plazos de los contratos subyacentes sin la voluntad del asegurador, como si el promitente comprador de una vivienda le otorga al promitente vendedor una extensión de plazo para otorgar la escritura pública de compraventa que es objeto del seguro u otros casos semejantes. O si un agente de valores o un corredor pacta con los asegurados o sus representantes que la póliza responderá más allá de los seis meses establecidos en el artículo 30 de la Ley N° 18.045, sin que el asegurador lo acepte.

En primer lugar, si no se le informa la modificación del plazo del contrato subyacente al asegurador y el siniestro ocurre y el asegurado ha remitido, repactado o modificado la obligación del tomador, el asegurador no queda obligado a responder en los nuevos términos. Estos le son inoponibles, pues ello equivale a una modificación unilateral del riesgo.

Según dispone el artículo 518 N° 4 del Código de Comercio, es un requisito ineludible de toda póliza expresar “los riesgos que se transfieren al asegurador”, lo que es repetido con algo más de precisión por el N° (II.1.b) de la NCG N° 349 al señalar que toda póliza debe expresar la “cobertura y materia asegurada”. Esa materia asegurada no puede ser modificada unilateralmente por el tomador y el asegurado. Para que la cobertura temporal del seguro opere, un cambio en las fechas de vigencia contenida en la póliza deberá contar con la aprobación expresa del asegurador. De lo contrario ese cambio no le es oponible y el contrato de seguro igualmente expira.

Una cosa distinta ocurre cuando el asegurador es informado de un cambio en las condiciones temporales del riesgo y acepta esa modificación. En tales casos, el asegurador deberá emitir un endoso de modificación de cobertura que será suscrito por todas las partes del contrato de seguro, y en que se deberá indicar con precisión cuál es la nueva extensión temporal de la cobertura, lo que comporta una modificación del contrato.



**Thomson
Reuters™**

CAPÍTULO IV
CUESTIONES PRÁCTICAS Y DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS SEGUROS
DE CAUCIÓN EN PARTICULAR

62. SEGUROS DE CAUCIÓN OBLIGATORIOS Y SEGUROS
DE CAUCIÓN VOLUNTARIOS

Como se ha podido observar en los capítulos que anteceden, las compañías de seguro ofrecen seguros de caución sobre los más diversos riesgos, sea que estos nazcan a raíz del incumplimiento de una norma, de un contrato o de ambos.

Muchos de estos seguros de caución obligatorios, vale decir, los impone la ley. En realidad, son aceptados por el legislador como una alternativa funcionalmente equivalente a las boletas bancarias (y, en ocasiones a otras cauciones) en el marco de un régimen de garantías obligatorias. Estas garantías obligatorias –y los seguros de caución entre ellas– muchas veces aparecen como condiciones cuyo cumplimiento debe preceder al desempeño de una determinada actividad, o incluso como condiciones para siquiera tener derecho a presentarse a una propuesta, a una licitación o a un cargo oficial. Pero, además, el legislador contempla garantías obligatorias que deben permanecer vigentes durante la ejecución del contrato o el tiempo en que se sirva un cargo, e incluso después de finalizado este plazo.

Algunas garantías obligatorias buscan proteger el interés fiscal, como las que se solicitan para caucionar el pago de impuestos, tasas y otros derechos, por ejemplo, las exigidas por el D.F.L. N° 2 de 2001 que aprueba el texto refundido de la Ley de Zonas Francas, los seguros de caución para almacén particular, etc. Algo similar, aunque no idéntico, ocurre con el seguro de caución para cierre de faenas mineras de la Ley N° 20.551 cuyo importe debe ser aplicado por el Fisco “al cumplimiento íntegro del plan de cierre” de dichas faenas según indica el artículo 49 inciso final de la ley.

Pero otras garantías obligatorias no buscan tutelar el interés fiscal, sino que protegen directamente el patrimonio de particulares en algunos casos

que el legislador ha considerado pública y especialmente sensibles. Entre estas últimas garantías obligatorias se encuentran aquellas que caucionan el cumplimiento cabal de las obligaciones impuestas por determinadas profesiones, oficios o cargos, sobre todo si se trata de caucionar el desempeño aquellos que han requerido un nombramiento oficial, como ocurre con las que deben tomar agentes de valores, corredores de bolsa, corredores de seguros, veedores, liquidadores concursales, etc. Otras se imponen a entidades que reciben del público dinero por adelantado, como ocurre típicamente en el caso de los contratos de promesa de compraventa de inmuebles del artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Por otra parte, los seguros de caución voluntarios suelen pactarse a semejanza de los obligatorios pues, por regla general, cubren riesgos muy similares. Pero además de estar sometidos a la autonomía privada, se distinguen de los obligatorios porque siempre tutelan un interés estrictamente individual que el legislador no ha considerado digno de una protección ni especial ni general.

Se sabe que, con ciertas restricciones obvias, los particulares pueden darse las normas lícitas que estimen convenientes a sus intereses en virtud de la autonomía privada. Entre ellas, y desde siempre, los interesados en los efectos patrimoniales de un negocio suelen exigir a las personas con que se pretenden vincular contractualmente (o en las bases de una licitación, por ejemplo) la prestación de garantías de distintos tipos. En lo que nos interesa, estas regulaciones negociales toman la forma de requisitos para la participación en ciertas propuestas privadas (garantías de seriedad), o bien en otras que sirven para caucionar el fiel cumplimiento de un contrato, la correcta inversión de un anticipo asociado a un contrato de construcción, entre otras múltiples situaciones posibles.

A continuación, ofrecemos una síntesis de algunos seguros de caución que actualmente se ofrecen en el mercado nacional, así como de algunos problemas jurídicos que suelen presentar en la práctica.

63. SEGURO DE CAUCIÓN OBLIGATORIO PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE CORREDOR DE BOLSA O DE AGENTE DE VALORES. PARTICULARIDADES DE LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO

El artículo 30 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores exige una garantía de cabal y correcto cumplimiento de las obligaciones a todos los

corredores de bolsa y agentes de valores en su rol de intermediarios de valores.

El legislador ha exigido esta garantía como un requisito previo y necesario para el desempeño del cargo de corredor de bolsa o de agente de valores. Sin ella, no es posible siquiera comenzar a ejercer este oficio de forma legal. Pero esta garantía no sólo debe ser constituida, sino que debe ser renovada siempre antes de su vencimiento para poder operar legalmente.⁵⁰³

El inciso 3° del artículo 30 permite que la garantía pueda ser constituida de distintas formas. La ley permite hacerlo “en dinero efectivo, boleta bancaria, póliza de seguros o prenda sobre acciones de sociedades anónimas abiertas u otros valores de oferta pública”. Si el agente o corredor optan por contratar un seguro de caución, el artículo 31 de la Ley indica que este debe cubrir el monto garantizado “a simple requerimiento”.⁵⁰⁴

“Si la garantía consistiere en boleta bancaria o póliza de seguros, los representantes de los acreedores beneficiarios serán los tenedores de los documentos justificativos de las mismas. El banco o compañía de seguros otorgante deberá pagar el valor exigido por tales representantes a su simple requerimiento y hasta el monto garantizado”.

Con todo, de la lectura de la ley y de la póliza resulta que el funcionamiento y los efectos supuestamente “independientes” de esta garantía no son tan claros. Así, en la práctica, una cosa es el pago de lo que se denomina como un “anticipo”, y otra bastante distinta es el pago del siniestro propiamente dicho. En efecto, el artículo 3° de la POL 120140196 determina que el “representante de los asegurados” (en este caso, siempre un banco o una bolsa de valores) tiene la opción de requerir el pago total o parcial del monto asegurado en cuanto haya sido notificado judicialmente del hecho de haberse interpuesto demanda en contra del tomador vale decir, el corredor o el agente. Esa es la opción que el representante de los asegurados puede ejercer “a primer requerimiento” y, por ello, la compañía de seguros deberá pagar la suma requerida (el “anticipo”) a dichos representantes dentro de los 30 días corridos siguientes sin posibilidad alguna de oponer excepciones.

⁵⁰³ La Resolución Exenta N° 294 de 21 de noviembre de 2014 canceló la inscripción de FIT RESEARCH CORREDORES DE BOLSA S.A., entre otras cosas, por no acreditar la constitución de la garantía del artículo 30 de la Ley N° 18.045.

⁵⁰⁴ La POL 120140196 dispone de un plazo de 30 días para el pago de la indemnización desde que ha quedado configurado el siniestro.

Pero lo que describimos no es el siniestro en realidad, pues el destino de dicho pago no es extinguir la obligación u obligaciones caucionadas (ni podría ser atendido el avance de los juicios). No, al menos, de forma inmediata o directa pues la misma ley dispone, en el artículo 31 inciso final, que ese dinero tiene como destino el quedar en prenda para un evento futuro e incierto, sustituyendo la garantía original:

“Los dineros provenientes de la realización de la boleta bancaria o de la póliza de seguros quedarán en prenda de pleno derecho en sustitución de esas garantías, manteniéndose en depósitos reajustables por los representantes hasta que termine la obligación de garantía”.

En consecuencia, si bien la compañía aseguradora debe desembolsar el dinero cobrado como “anticipo” por el banco o la bolsa de valores en representación de los asegurados y lo debe hacer “a simple requerimiento” (aunque la póliza establece un plazo breve de 30 días), ese dinero queda en prenda “en sustitución de esas garantías”, lo que equivale a decir que queda afecto al pago de una obligación eventual, que naturalmente aún no ha nacido o bien no se ha declarado por sentencia firme y que podría no nacer jamás.

Se puede constatar que el legislador prevé como una posibilidad real que el corredor de bolsa o el agente no sean condenados en los juicios entablados por los “acreedores presentes o futuros que tengan o llegaren a tener en razón de sus operaciones de corretaje”. Es por eso que, una vez terminada la obligación de garantía sin que los corredores o agentes hayan sido condenados por sentencia firme, la suma correspondiente al anticipo deberá ser restituida al asegurador debidamente reajustada, lo que equivale a caducar legalmente la prenda que se había constituido *pleno iure*. Además, la referencia a las operaciones de corretaje es una clara limitación a la aplicación de esta cobertura y, en tal sentido, cualquier operación ajena a ese giro que pueda tener el agente o corredor no debería quedar afectada a esta garantía, sin perjuicio de que pueden existir otras.

En efecto, es la sentencia firme que condena al corredor o al agente la que configura el siniestro, lo que es reconocido en el artículo 4º de la póliza que dispone precisamente: “El siniestro se configura al quedar establecida, por sentencia judicial ejecutoriada la responsabilidad del tomador por el incumplimiento de las obligaciones garantizadas”. Nada se dice de un término del proceso por un equivalente jurisdiccional como la transacción o el avenimiento, aun cuando pensamos que lo razonable es que sólo podría quedar obligado el asegurador que ha concurrido a aceptar dicho arreglo.

Lo que sí resulta curioso es que de la lectura del inciso 3º del mismo artículo 4º de la póliza, una vez configurado el siniestro, vale decir, una vez ejecutoriadas las sentencias condenatorias, la compañía aseguradora podría ordenar la liquidación del siniestro. Esto, en principio, parece no adecuarse a la calidad de “a simple requerimiento” del seguro que dispone la ley. Este derecho a pedir una liquidación probablemente dice relación con la posibilidad de probar el dolo del agente o corredor durante la liquidación, pero, a primera vista, no resulta consistente con la exigencia legal de una caución independiente, sin excepción.

La posibilidad de liquidar esta póliza es, a su vez, contradictoria con la situación que se produce en el caso en que el representante de los asegurados había requerido el “anticipo” pues, en tal caso, el asegurado que gana el juicio simplemente puede pedir el pago a los bancos o a la bolsa y esa entidad deberá responder “a simple requerimiento” con los dineros del “anticipo”, sin que quepa hacer liquidación alguna, por lo que no es simple explicar esta contradicción.

Con relación a su extensión temporal, la ley indica que esta garantía debe mantenerse vigente:

“... hasta los seis meses posteriores a la pérdida de la calidad de agente de valores o de corredor de la bolsa o hasta que se resuelvan por sentencia ejecutoriada las acciones judiciales que se hayan entablado en su contra, dentro de dicho plazo, por los acreedores beneficiarios a que se refiere esta disposición. Si estos demandantes no obtuvieren sentencia favorable serán necesariamente condenados en costas”.

Se aprecia que la vigencia temporal de esta cobertura puede ser variable, pues depende de si se ejercieron o no acciones legales en contra el corredor o el agente por parte de los acreedores beneficiarios, y de la fecha de la sentencia de término, en caso de haberse ejercido las acciones. Pero la garantía no se extiende legalmente más allá de seis meses contados desde la pérdida de la calidad de agente de valores o de corredor de bolsa. Esta limitación temporal aconseja que los representantes de los asegurados siempre exijan el “anticipo” de manera de evitar cualquier rechazo.

Tanto la ley como la póliza imponen como requisito para hacer efectiva la garantía que los representantes de los acreedores beneficiarios hayan sido “... notificados judicialmente del hecho de haberse interpuesto demanda en contra del intermediario de valores caucionado”, lo que es bastante evidente pues ellos son quienes tienen derecho a solicitar el “anticipo” con el que se

constituye la prenda de dinero que, en último término, servirá para pagar todo o parte de los siniestros.

En cuanto al monto de la garantía, la ley contempla un mínimo inicial de UF 4.000, aun cuando la COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO puede exigir mayores cauciones en las sucesivas renovaciones “en razón del volumen y naturaleza de las operaciones del intermediario, del total de las comisiones ganadas en el año precedente al de la exigencia, de los endeudamientos que afectaren al agente o corredor o de otras circunstancias semejantes”.

64. SEGURO DE CAUCIÓN OBLIGATORIO PARA CORREDORES DE SEGUROS

El artículo 58 letras “d” y “e” del D.F.L. N° 251 de 1931 exige como uno más de los múltiples requisitos para desempeñar la actividad regulada de corredor de seguros⁵⁰⁵ que previamente se constituya:

“... una garantía, mediante boleta bancaria o la contratación de una póliza de seguro que determine la Comisión por un monto no inferior a la suma más alta entre 500 Unidades de Fomento o el 30% de la prima neta de los contratos de seguros intermediados en el año inmediatamente anterior, con un máximo de 60.000 Unidades de Fomento, para responder del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que puedan ocasionar a los asegurados que contraten por su intermedio”.

Actualmente se encuentra depositada la póliza código POL120130965 que cauciona la obligación de responder de los perjuicios “derivados del incumplimiento de obligaciones establecidas en la ley, sus reglamentos y normas complementarias que éste tuviere en razón de su actividad de intermediario en la contratación de seguros, especialmente cuando el incumplimiento provenga de actos, errores u omisiones del corredor, sus representantes y apoderados, sus dependientes, personas que actúen en las gestiones de intermediación por su cuenta, y toda otra persona, por los cuales, a este respecto, sea civilmente responsable”, además de cubrir los “perjuicios patrimoniales causados por el corredor a las entidades aseguradoras con las cuales intermedie, derivados del incumplimiento de sus

⁵⁰⁵ En el caso de los corredores de reaseguro nacionales y extranjeros, esta exigencia está contemplada en la NCG N° 134 modificada por la NCG N° 474 de 2022.

obligaciones como corredor, siempre que el incumplimiento afecte también a los terceros que hubieren contratado por su intermedio”.

Tanto la ley como la póliza limitan la materia asegurada a los daños provenientes de la actividad de intermediación de seguros, por lo que esta póliza no cubre daños provenientes del incumplimiento de obligaciones que tengan un origen distinto, como puede ser la asesoría en riesgos que muchos corredores suelen hacer como actividad complementaria a la intermediación, la responsabilidad corporativa, responsabilidad de ejecutivos y directores, etc.

De la misma forma, se excluyen de esta cobertura las multas y los hechos ocurridos a causa de delitos, salvo que se trate de la retención o apropiación de indebida de dinero o documentos de pago entregados al corredor de seguros. Esto implica que el beneficiario de este seguro sea siempre una de las partes o sujetos de la relación asegurativa (tomador, asegurado o asegurador) que el intermediario cumplía en los términos del giro determinado en los artículos 57 y siguientes del D.F.L. N° 251 y 10 y siguientes del D.S. N° 1.055.

Debe señalarse que el seguro de caución obligatorio para corredores de seguro es establecido como una alternativa a la boleta bancaria de garantía, pero, al contrario de lo que ocurre con dicho instrumento, curiosamente no es un seguro que deba contratarse “a primer requerimiento”. Por ello la póliza establece que una vez denunciado el siniestro “... la compañía encomendará su liquidación, la que deberá concluirse en el más breve plazo, y en conformidad a las normas generales sobre liquidación de siniestros”, fungiendo como una garantía bastante menos líquida.

65. SEGURO DE CAUCIÓN OBLIGATORIO PARA ASESORES PREVISIONALES,
ENTIDADES DE ASESORÍA PREVISIONAL, ASESORES FINANCIEROS
PREVISIONALES O ENTIDADES DE ASESORÍA FINANCIERA
PREVISIONAL ESTABLECIDOS EN LA LEY N° 21.314

El artículo 173 de la Ley N° 21.314 que modifica al Decreto Ley N° 3.500, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, introduce una garantía obligatoria para los diversos tipos de asesores previsionales que la misma ley contempla en su artículo 171.

De esta forma, la ley dispone que estas entidades o personas:
“... deberán acreditar ante la Superintendencia de Pensiones la constitución de una garantía, mediante boleta de garantía bancaria o la contratación de

una póliza de seguros que, al efecto, autorice la Comisión para el Mercado Financiero, para responder del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que puedan ocasionar a los afiliados, beneficiarios o pensionados que contraten sus servicios de asesoría previsional.⁵⁰⁶

Según señala la misma disposición legal, la garantía debe constituirse hasta por UF 60.000 (con un mínimo de UF 500), según determine la Superintendencia de Pensiones por medio de una Norma de Carácter General⁵⁰⁷ pudiendo distinguir "... el tipo de asesoría previsional y el prestador de ésta, tales como Asesores Previsionales, Entidades de Asesoría Previsional, Asesores Financieros Previsionales o Entidades de Asesoría Financiera Previsional, o el impacto de aquellas en el patrimonio de los afiliados o beneficiarios".

La NCG N° 285, además, establece que la garantía no puede ser tomada por un plazo superior a un año y que debe mantenerse "siempre vigente" bajo apercibimiento de aplicarse al infractor las sanciones del artículo 177 del Decreto Ley N° 3.500, esto es, la cancelación por revocación o eliminación del Registro.

Finalmente, si la garantía se llega a hacer efectiva durante su vigencia, el asesor o la entidad deberán obtener la rehabilitación de su monto original, lo que implicará no sólo la necesidad (no siempre fácil) de conseguir la voluntad del asegurador, sino que pagar una prima proporcional a la rehabilitación.

⁵⁰⁶ La NCG N° 285 de 30 de junio de 2021 ordena que para las personas que se inicien en la actividad de asesor previsional, la constitución de la garantía deberá hacerse en forma previa a la Inscripción en el Registro, y luego de habersele comunicado la aceptación de la solicitud de inscripción.

⁵⁰⁷ La NCG ordena que los Asesores y las Entidades de Asesoría Previsional que se incorporen "por primera" vez deben constituir garantía por UF 500 por medio de una boleta bancaria de garantía o una póliza de seguro de caución que autorice la CMF. Los asesores y entidades en ejercicio, en cambio, deben acreditar una garantía por un monto "igual al 5% del saldo destinado a pensión de la cuenta de capitalización individual de los afiliados y beneficiarios que hubieren asesorado en el año inmediatamente anterior, mediante boleta de garantía bancaria o la contratación de una póliza de seguro que al efecto autorice la Comisión para el Mercado Financiero. Como ejemplo aporta una escala progresiva. Así, para las entidades que asesoraron hasta por UF 10.000, el monto asegurado debe ser UF 500. Para las que produjeron intermediaciones hasta UF 20.000, la cobertura debe llegar a UF 1.000. Finalmente, para aquellas entidades que asesoraron hasta UF 30.000 el monto asegurado debe llegar a UF 1.500".

66. SEGURO DE CAUCIÓN OBLIGATORIO PARA EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS

El artículo 183 letra “J” del Código del Trabajo ha dispuesto la contratación obligatoria de una garantía permanente de fiel cumplimiento. Esta garantía puede ser tomada por medio de una boleta bancaria de garantía, pero la ley permite que sea constituida por “... otro instrumento de similar liquidez” lo que naturalmente incluye al seguro de caución, el que, por razones obvias, en este caso deberá ser “a primer requerimiento”.

El monto mínimo que el legislador contempla para esta garantía es de UF 250 reajustables anualmente. Esta cantidad debe aumentarse en UF 1 “por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100 trabajadores; 0,7 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores, y 0,3 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200”.

Los beneficiarios principales de este seguro son los trabajadores transitorios y, sólo secundariamente, el Fisco en cuanto tiene derecho a percibir las multas por infracción a las normas laborales. Es más, cualquiera que sea la modalidad por la que se establezca, la ley dispone que la garantía “constituye un patrimonio de afectación a los fines establecidos en este artículo y estará excluida del derecho de prenda general de los acreedores”. Esto último comporta, asimismo, excluir estos montos de la masa de bienes sujetas a concurso, aunque se haya constituido con dinero del propio fallido.

En cualquier caso, y a pesar de su caracterización legal como una garantía “a primer requerimiento”, la ley establece un aparente límite a la mera voluntad del acreedor pues para hacerla efectiva es necesario que preceda una “sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsionales adeudadas” o que se levante “acta suscrita ante el Inspector del Trabajo en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones, así como la resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa”. Además, será una resolución del Director del Trabajo que ordene los pagos a quien corresponda.

En este sentido, la compañía de seguros efectivamente debe pagar el seguro “a primera demanda” sin posibilidad de oponer excepciones de ninguna clase para retardar o evitar el pago, pero ello debe ocurrir luego de que se cumplan algunas condiciones previas establecidas por el propio legislador, y que se identifican con la existencia de uno o más fallos ejecutoriados o de multas también firmes. A simple vista, la intención del

legislador es morigerar la independencia de esta garantía pero, en la práctica, es dudoso que el asegurador pueda negarse a pagar la indemnización requerida argumentando falta de ejecutoriedad de un fallo u otra excepción semejante, o que tenga derecho a solicitar antecedentes adicionales dada la calidad “a primer requerimiento” del seguro de caución exigido, más allá de la responsabilidad administrativa de la Superintendencia que cobra indebidamente.

Así, no resulta claro que un asegurador pueda negarse a indemnizar si no se le demuestra que se han cumplido los requisitos de configuración del siniestro que establece la ley, pues, como se sabe, el siniestro más bien se identifica con el requerimiento que con la relación subyacente en esta clase de garantías independientes. Aunque la intención del legislador haya sido la de morigerar la independencia, el mecanismo propiamente dicho no quedó plasmado con nitidez en la norma, por lo que deben seguirse las reglas generales que son las del inciso final del artículo 583 del Código de Comercio, más allá de las responsabilidades de quien cobra indebidamente y del derecho a recobrar lo que otro ha ganado sin causa.

67. SEGURO DE CAUCIÓN OBLIGATORIO PARA VEEDORES Y LIQUIDADORES CONCURSALES

Los artículos 13 y 16 de la Ley N° 20.720 establecen como deber de todo veedor concursal, como requisito previo para ser incluido en la nómina oficial (pero también para poder ejercer su cargo) contratar una garantía de fiel cumplimiento. La ley admite que esta garantía se constituya por medio de una “... boleta bancaria de garantía, póliza de seguro o cualquiera otra que la Superintendencia determine mediante norma de carácter general”.⁵⁰⁸ La ley, a su vez, fija el monto de esta garantía en UF 2.000 y su vigencia en tres años.

La garantía de veedores y liquidadores debe ser renovada por igual período de tres años antes de su vencimiento de manera de que los riesgos estén siempre cubiertos. En cuanto a la sanción para su no renovación, se indica que el veedor no puede asumir en nuevas reorganizaciones concursales, lo que se traduce en una especie de condición de ejercicio del cargo, sin efecto retroactivo pues la ley no manda caducar su mandato en los

⁵⁰⁸ NCG N° 10 de 31 de diciembre de 2019.

procedimientos que el veedor tiene en marcha. Lo mismo debe entenderse para el caso del liquidador.

El objeto de la garantía es “caucionar el fiel desempeño de la actividad del veedor y asegurar el correcto y cabal cumplimiento de todas sus obligaciones”. El liquidador debe constituir la misma garantía según dispone el artículo 32 N° 5 de la Ley.

Naturalmente, un veedor y un liquidador pueden ser sujetos pasivos de una acción de responsabilidad civil por parte de terceros o, en el caso del liquidador, es posible que se rechace la cuenta de su administración según dispone el artículo 53 letra “c” de la Ley. En el caso de las acciones de responsabilidad civil que se dirijan en contra del veedor, la Superintendencia debe entregar el monto al Tribunal que hubiere declarado por sentencia firme o ejecutoriada su responsabilidad. Aun cuando la ley no lo dice expresamente, es evidente que esa cantidad debe ser abonada al pago de las indemnizaciones decretadas en las respectivas sentencias.

Con todo, la ley no resuelve qué ocurre en caso de existir más de un procedimiento con sentencia de término. En el caso del rechazo de la cuenta de administración del liquidador, si se ordenase que este funcionario restituya a la masa alguna cantidad y no lo hiciere dentro de 30 días, se hará efectiva la garantía previa certificación del tribunal en que se lleva la liquidación, consignando el importe en su cuenta corriente (artículo 53).

En el caso de las multas impuestas a un veedor por la Superintendencia, la ley indica que la autoridad debe conceder al veedor un plazo no inferior a 20 días para las pague. Este plazo se cuenta desde que la resolución que la impuso queda firme y ejecutoriada, lo que implica, en principio, que la Superintendencia deba esperar lo que se resuelva en el régimen de recursos. Si se vence el plazo y el veedor no paga las multas que se le han impuesto, la Superintendencia puede hacer efectiva la garantía “a primer requerimiento” imputándola al pago de multa o multas que se hubiesen cursado.

Si de la ejecución de la garantía por pago de las multas resulta un exceso, este debe restituirse al veedor, lo que anticipa un problema en el caso del seguro de caución. En efecto, si la garantía estaba constituida por medio de una póliza, y en virtud del principio indemnizatorio, el saldo no debe devolverse al veedor sino al asegurador, pues es dicha entidad y no el veedor quien ha soportado patrimonialmente dicho exceso.

La garantía legal “a primer requerimiento” de la Ley N° 20.720 establece ciertos requisitos para que la Superintendencia la haga efectiva, lo que sugiere, en principio, que el legislador estableció una especie de

autonomía o independencia mermada. El artículo 3° de la NCG N° 10 de la Superintendencia también se refiere a que es posible cobrar la garantía “en razón de una resolución judicial condenatoria” o de una “multa”. Pero, nuevamente, no parece posible que el asegurador que es requerido de pago injustamente (o el banco en el caso de la boleta bancaria) pueda diferir o rechazar el pago hasta que se le demuestre la ejecutoriedad de la sentencia o del acto administrativo terminal que impone una sanción pecuniaria, más allá de la responsabilidad administrativa de la autoridad que la somete injustamente a cobro.

La póliza limita la materia asegurada a que el incumplimiento provenga exclusivamente de aquellas disposiciones establecidas en la Ley N° 20.720, sus reglamentos y normas complementarias que el tomador deba cumplir en razón de sus operaciones de veedor o liquidador, lo que descarta cualquier otra posible aplicación de la cobertura a eventos que no puedan ser calificados de esa manera, aun cuando es bastante complejo que el asegurador (o un banco, en su caso) entren a calificar esta cuestión cuando es requerido de pago a primera demanda.

68. GARANTÍAS DE CIERRE DE FAENAS MINERAS. EQUIVALENCIA FUNCIONAL CON OTRAS GARANTÍAS

El Capítulo XIII de la Ley N° 20.551 está íntegramente dedicado a la garantía obligatoria de cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones relativas al cierre de faenas mineras, concretamente el “resguardo de la ejecución de la obligación de cierre”, cuyo beneficiario es el Estado según dispone el artículo 49 de la Ley.

Es importante señalar que la obligación de implementar el cierre de faenas mineras es una obligación que nace de la ley. Es el SERNAGEOMIN quien tiene la facultad de declarar el incumplimiento de dicha obligación conforme lo indica el artículo 44 de la Ley, en las circunstancias y según las causas legales expuestas en la misma norma. Una de esas causas legales es, precisamente, “la implementación parcial, inadecuada o inoportuna de las medidas de cierre contempladas en el plan aprobado” (artículo 44 N° 2). En este caso, el SERNAGEOMIN debe dictar una resolución fundada que declare el incumplimiento total o parcial, debiendo notificar a la empresa mediante carta certificada. Al minero le asiste un régimen de recursos propio mediante reposición ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo, y la

apelación ante la I. CORTE DE APELACIONES respectiva en la forma y plazos de los artículos 45 y 46 de la Ley.

El seguro de caución no era una de las garantías admisibles para esta clase de riesgos. Originalmente, como instrumentos de garantía calificados por la ley como de categoría “A.1”, calificaban solamente los “certificados de depósito a la vista, boletas bancarias de garantía a la vista, certificados de depósitos de menos de trescientos sesenta días, carta de crédito *stand by* emitida por un banco cuya clasificación de riesgo sea a lo menos A o su equivalente”, los que, dependiendo de su naturaleza, deben ser puestos a disposición del SERNAGEOMIN endosados en garantía.

Fue sólo a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 21.169, de 18 de julio de 2019, y su Reglamento que se admitieron como instrumentos de garantía calificados como “A.1” las pólizas de seguro de caución “a primer requerimiento” para satisfacer el interés fiscal. Esto, naturalmente, dio un impulso a esta clase de contratación pues mediante el contrato de seguro ya no es necesario inmovilizar capital del tomador, sino que puede simplemente pagarse una prima, lo que supone un esfuerzo financiero bastante menos intenso. De hecho, la *Historia de la Ley* revela que la incorporación de pólizas de seguro de caución como instrumento elegible para constituir la garantía de cierre de faenas se debió, entre otras cosas, a “la alta tasa de interés que le imponen los bancos para emitir las boletas de garantía o las cartas de crédito *stand by* correspondientes”.⁵⁰⁹

Algo que llama la atención es que la ley ordena que la póliza de garantía “... a primer requerimiento” debe ser emitida por un asegurador nacional, lo que comporta entender que se excluye su contratación en el extranjero sin perjuicio de que es posible que el asegurador chileno recurra a una operación de *fronting* para sortear esta disposición. La póliza, asimismo, debe cumplir (al igual que los demás instrumentos elegibles como garantía de cierre) con los requisitos de estabilidad, integridad y suficiencia contemplados en el artículo 51 de la Ley. En consecuencia, debe mantenerse siempre vigente y debe ser financieramente suficiente durante lo que se denomina “toda la vida útil de la faena”.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ *Historia de la Ley N° 21.169, Mensaje de S.E. el Presidente de la República al Senado*, 19 de diciembre, 2018, Sesión 79, Legislatura 366.

⁵¹⁰ Para los efectos de sus plazos y formas poner a disposición la garantía, el artículo 53 de la ley dispone una diferencia si la vida útil de la faena supera o no los 20 años. Así, “1. cuando la vida útil estimada de la faena fuere menor a veinte años, el total de la misma deberá ser

No hay duda de que el legislador ha exigido para esta clase de riesgo una garantía independiente, abstractamente desvinculada de la relación obligatoria para efectos de su cobro y pago. En tal sentido, la indemnización debe ser pagada al SERNAGEOMIN “a su mera solicitud, de conformidad con lo señalado en el artículo 44, lo que deberá hacerse sin excepciones dentro del plazo que establece la póliza, caso en el cual la aseguradora no podrá exigir que el requerimiento contenga mayor información que la identificación de la póliza, del asegurado y del monto reclamado”. Y no satisfecho con la nitidez de la exigencia de contratar garantía totalmente abstracta, el legislador igualmente agrega que el asegurador requerido “no

puesto a disposición del Servicio dentro de los dos tercios de esa vida útil estimada. 2. Cuando la vida útil estimada de la faena *excediere* de veinte años, el total de la misma deberá ser puesto a disposición del Servicio dentro del plazo de quince años.

La empresa minera comenzará a constituir la garantía a partir del aviso al Servicio del inicio de las operaciones de explotación minera, en conformidad a lo establecido en el artículo 21 del Reglamento de Seguridad Minera.

En el plazo de treinta días contados a partir de esa comunicación, y durante el primer año, deberá constituir una garantía que no podrá ser inferior al veinte por ciento del valor presente del costo total de las medidas de cierre, de acuerdo a las reglas establecidas por este Título. Su composición será equivalente a la señalada en el numeral (1.) del siguiente inciso.

A partir del segundo año de operaciones la garantía se otorgará en forma proporcional y a prorrata del plazo establecido para constituir la o ponerla a disposición íntegramente. La composición de ésta será la siguiente:

1. Hasta completar el primer tercio del plazo establecido en el inciso primero del presente artículo de la siguiente forma: Cuarenta por ciento, al menos, en instrumentos A.1; hasta cuarenta por ciento, en instrumentos A.2; y hasta veinte por ciento en instrumentos A.3.

2. Entre el final del primer tercio y hasta completar el segundo tercio del mismo plazo, de la siguiente forma: sesenta por ciento, al menos en instrumentos A.1; hasta cuarenta por ciento en instrumentos A.2.

3. Entre el final del segundo tercio y hasta completar el plazo total para su constitución o puesta a disposición, la totalidad de la garantía deberá estar compuesta por instrumentos del tipo A.1.

El monto de la garantía deberá ser ajustado en el tiempo, cuando se produzcan actualizaciones del plan de cierre, de acuerdo a las reglas establecidas en el Título V; cambios en los costos de implementación del plan de cierre, cierres progresivos y parciales contemplados en el plan de cierre; otra circunstancia debidamente calificada y fundamentada por el Servicio, según los criterios que se establecerán en el reglamento.

Los ajustes que importen aumentos en el monto de la garantía, de acuerdo a lo señalado en el inciso anterior, quedarán sujetos al régimen general de constitución de garantías establecidas en este Título, y deberán ejecutarse dentro del plazo de treinta días, a partir de su notificación.

Los ingresos por rentabilidad que generen los instrumentos otorgados en garantía incrementarán el monto garantizado”.

podrá oponer excepción alguna para condicionar, diferir o incumplir el pago de la indemnización”.

El legislador ha dispuesto que la garantía que se constituya sea puesta a disposición del SERNAGEOMIN, quien se constituye por el solo ministerio de la ley en mandatario para su cobro, liquidación y percepción “por cuenta de la empresa, a efectos de aplicarla al cumplimiento íntegro del plan de cierre”, según dispone el inciso final del artículo 49 de la Ley. Ahora bien, en el caso del seguro de caución bastará que el SERNAGEOMIN figure como beneficiario irrevocable del seguro, pues el legislador detecta que la entrega de la póliza o de una copia o certificado no tiene demasiados efectos en la constitución de la garantía a su favor.

Como beneficiario, y en el ejercicio del mandato legal e irrevocable contemplado en el artículo 49, el SERNAGEOMIN no sólo liquidará y percibirá “a primer requerimiento” la indemnización, sino que la debe afectar a obtener “por cuenta y riesgo de la empresa minera, el cumplimiento de la obligación de cierre”.

Finalmente, la Ley no indica qué ocurre si se genera un exceso a favor del Fisco, pero los principios generales de interdicción del enriquecimiento sin causa y el principio indemnizatorio sugieren que dicho saldo sea íntegramente restituido al asegurador.⁵¹¹

69. SEGURO DE CAUCIÓN “A PRIMER REQUERIMIENTO” PARA CONSTRUCCIONES DE OBRAS PÚBLICAS. EQUIVALENCIA FUNCIONAL CON LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA

En la mayoría de los países del mundo los proyectos de construcción que encarga el Estado a los particulares que se desempeñan en el rubro de la construcción están regulados en una o más disposiciones legales, reglamentarias y, a veces, en disposiciones de entidad normativa menor.⁵¹²

⁵¹¹ Esto se encuentra, de cierta manera, en concordancia con el artículo 31 de la Ley para el caso de efectivo cumplimiento del plan de cierre. La norma ordena al Servicio emitir un certificado final cuya emisión acarrea “... el fin de la obligación de mantener la garantía vigente”. Asimismo, debe ordenarse “... la liberación de la misma, de su saldo y de los excedentes que existieren, en el plazo máximo de treinta días”.

⁵¹² Hemos revisado lo que ocurre en los Estados Unidos con la *Miller Act* o Ley Miller *supra* N° 17. Sólo a modo de ejemplo, en España, véase la Ley N° 96/1960 por la que se regulan las fianzas que garantizan el cumplimiento de los contratos de obras concertados por el Estado (publicada en el BOE N° 307 de 23 de diciembre de 1960); en Argentina, véase el Decreto Ley

Es una regla generalmente aceptada que los Estados modernos no aceptan que las obras públicas que mandan construir sean ejecutadas por un constructor inexperto o con problemas de solvencia. Ningún Estado acepta cualquier tipo de caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en contratos de construcción de obras públicas, pues existe un interés público comprometido en su fiel cumplimiento. También existen severas responsabilidades administrativas para los funcionarios que participan en la contratación. Algo muy similar ocurre en el caso de las licitaciones públicas para desarrollar proyectos y para la compra de bienes muebles y prestación de servicios al Estado, entre otros ejemplos posibles.⁵¹³

Aunque esto se ha discutido bastante, no parece que la contratación con el Estado se celebre ni ejecute en condiciones de verdadera igualdad ni que pueda gobernarse principalmente (ni únicamente) por la autonomía privada.⁵¹⁴ De hecho, por esas mismas razones, la contratación pública hoy forma parte del estudio del Derecho Administrativo y no del Derecho Civil ni Comercial, aun cuando es evidente que debe aprovechar las categorías clásicas y no puede decirse con suficiente seriedad que deba escapar de los arquetipos negociales que históricamente pertenecen a las ramas más tradicionales del Derecho.⁵¹⁵

Nº 653/58 de 21 de enero de 1958, y, muy particularmente, la Ley Nº 17.804 que dispone en su artículo 1: “Las garantías previstas por los artículos 14, 21 y 46 de la ley Nº 13.064 podrán constituirse mediante seguros de caución”.

⁵¹³ Véase, por ejemplo, el artículo de la Ley Nº 19.886 y el artículo 31 de su Reglamento (Decreto Nº 250 de 2004).

⁵¹⁴ VERGARA, Alejandro (2014), “La *summa divisio iuris* público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles”, en *Revista de Derecho Privado* (Universidad del Externado), Nº 26 disponible en <https://bit.ly/30qHGUn> (consultada el 18 de diciembre de 2023), p. 55: “En el derecho administrativo la relación no es de igual a igual, sino que se trata de la persona frente a los organismos del estado. Aunque las personas y los órganos del estado sean sujetos de derecho, y puedan enfrentarse ante un tribunal, la relación o enfrentamiento en los hechos es desigual”. Cfr. FLORES, Juan Carlos (2019) “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 53 (segundo semestre), pp. 87 ss., examina –ante ciertos casos extremos– la necesaria mantención del equilibrio contractual entre el Fisco y el particular con que contrata.

⁵¹⁵ La Ley Nº 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios lo reconoce expresamente en su artículo 1º, que dispone: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y

Con relación a la construcción de obras públicas fiscales, y atendida la enorme cantidad de recursos involucrados y el interés público comprometido, el problema de las garantías de seriedad y de cumplimiento se transforma en un asunto sustancial, a veces tan sustancial como el contrato principal que están llamadas a caucionar.

En lo que nos interesa, el artículo 86 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 12 de septiembre de 1997⁵¹⁶ fija el nuevo texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960 sobre “construcción y conservación de caminos”. Esta ley determina –como una cuestión de primera importancia– que las obras públicas deben ejecutarse, por regla general, en virtud de un contrato adjudicado por medio de una propuesta pública. El artículo 29 de esa misma ley dispone que cualquier particular que ejecute una obra caminera en virtud de una propuesta pública debe, a su vez, constituir:

“... una garantía a favor del Fisco para responder al fiel cumplimiento del contrato, cuyo monto será fijado por la Dirección de Vialidad en las bases de la propuesta”.

El artículo 109 del D.F.L. N° 850, ubicado dentro de las disposiciones generales de esta Ley, dispone que la caución de fiel cumplimiento de las obligaciones que surgen de esta clase de contratos debe constituirse mediante una boleta bancaria de garantía. La misma disposición indica que, bajo algunas circunstancias especiales (previo informe favorable de la Fiscalía de Obras Públicas), el Estado *podrá* aceptar pólizas de seguro de garantía otorgadas por compañías de seguros.

La finalidad de la norma consiste en dejar al Fisco (el asegurado) con una protección que sólo otorgan las garantías absolutamente independientes o “a primer requerimiento” y a la vista. Esto se traduce en una protección mucho más intensa que la que otorga un seguro de caución “corriente”,⁵¹⁷ pues el garante requerido no puede oponer excepciones para retardar ni para condicionar o alterar a su favor las reglas del pago.

principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.

⁵¹⁶ Publicada en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1998.

⁵¹⁷ El efecto de “favorecimiento procesal del acreedor” y de “inversión de la carga de la prueba” que acarrearán las garantías a primera demanda en CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), p. 128.

La norma establece lo siguiente:

“La caución para el fiel cumplimiento de los contratos deberá constituirse mediante boleta de garantía bancaria. Sin embargo, los funcionarios a quienes corresponda resolver la aceptación o rechazo de las propuestas, podrán aceptar, previo informe favorable de la Fiscalía de Obras Públicas, pólizas de garantía otorgadas por compañías de seguros, siempre que dichas pólizas contengan las mismas condiciones de seguridad, cubran los mismos riesgos y responsabilidades y puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria.

Para estos efectos se faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros para que autorice a las compañías de seguros a otorgar las pólizas de garantía en la forma indicada, las que cubrirán, además, las multas estipuladas en los respectivos contratos”.⁵¹⁸

En lo que toca a esta última disposición, la expresión “podrán aceptar” da cuenta de un cierto grado de permisividad que se otorga a la Administración para aceptar como equivalentes las boletas de garantía a las pólizas de seguro de caución, entendiéndose que con cualquiera de ellas se satisface la debida tutela del interés fiscal. Se aprecia que la posibilidad de aceptar pólizas de seguro de caución de parte de los contratistas es una opción que se confiere a “los funcionarios a quienes corresponda resolver la aceptación o rechazo de las propuestas”. Esa posibilidad queda restringida, empero, al visto bueno previo de los asesores jurídicos del Ministerio de Obras Públicas, lo que supone un análisis en concreto de la conveniencia para el interés público de aceptar un instrumento distinto a la boleta bancaria de garantía que sea equivalente para efectos de su cobro.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Se discute si un carácter de comisorio o penal de la póliza de garantía “a primer requerimiento” vulneraría el principio indemnizatorio del artículo 550 del Código de Comercio. A este respecto véanse los Dictámenes N° 12.541 y N° 78.248 de la CGR. El artículo 152 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas contiene una sola eventual excepción al principio indemnizatorio pues señala que, para el caso de terminación anticipada por incumplimiento, el tomador perderá “como sanción” al menos el 25% del valor de las garantías que caucionen su cumplimiento.

⁵¹⁹ Por ejemplo, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ha resuelto en su Dictamen N° 15.660 de 2013 que “... de conformidad al punto 5.4.1 de las bases administrativas –aprobadas por la Resolución N° 28, de 2012, de la Dirección de Aeropuertos, aplicables en la especie–, el adjudicatario sólo podrá otorgar como garantía de fiel cumplimiento del contrato una boleta de garantía, y no una póliza de seguro”. En cambio, en el caso de las compras públicas de bienes muebles y prestación de servicios, el inciso 3° del artículo 31 del Decreto N° 250 de 2004 que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos y Con-

Si la póliza de seguro caución que se ofrece es irrevocable, a primera demanda y a la vista, vale decir, si se trata de una garantía absolutamente abstracta, no se divisan razones objetivas para preferir un instrumento u otro.⁵²⁰

En idéntico sentido, el artículo 96 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas (Decreto Supremo N° 75 MOP de 2004, también denominado “RCOP”) establece que el contratista cuyo contrato se acepta debe presentar como garantía de fiel cumplimiento del contrato “una boleta bancaria o bien una póliza de seguro, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del D.F.L. MOP N° 850 de 1997”. El referido Reglamento agrega que la póliza debe ser aquella inscrita en el Registro de Pólizas de la SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (hoy depósito de pólizas de la COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO) como “Póliza de Seguro de Garantía de Obras Públicas” aprobada por el Ministerio, la que no puede contener cláusula, endoso u otra adición que limite las atribuciones que le confiere al Ministerio el texto original.

Se puede constatar que las exigencias reglamentarias vienen a cumplir, básicamente, con las estrictas condiciones de equivalencia de efectividad en el cobro entre la boleta bancaria de garantía y la póliza de caución que ya antes había establecido el legislador.⁵²¹

tratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios no ha requerido autorización alguna. Así, la norma dispone: “La caución o garantía deberá ser pagadera a la vista y tener el carácter de irrevocable. Al momento de regular la garantía de seriedad, las bases no podrán establecer restricciones respecto a un instrumento en particular, debiendo aceptar cualquiera que asegure el cobro de la misma de manera rápida y efectiva, siempre que cumpla con las condiciones dispuestas en el presente artículo”.

⁵²⁰ Para una opinión sobre la no fungibilidad de la póliza a primer requerimiento y la boleta bancaria de garantía, véase COLMAN VEGA, Luis (2024), pp. 33 ss. La jurisprudencia ha considerado arbitrario e ilegal que el MOP y la Fiscalía de Obras Públicas determinen no aceptar pólizas de una determinada compañía de seguros en consideración a su conducta al momento de pagar las pólizas a primer requerimiento. Véase, a este respecto, ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “AVLA con Fiscalía de Obras Públicas y Ministerio de Obras Públicas”, Ingreso N° 63903-2020 (Protección) que “... deja sin efecto el Ordinario N° 2.434 de fecha 22 de junio de 2020, dictado por la Fiscal Nacional del Ministerio de Obras Públicas, doña Francisca Morandé Errázuriz, por el cual dispuso que tal Servicio Público no se encuentra habilitado para aprobar las pólizas de garantía emitidas por la recurrente, con costas”.

⁵²¹ Contra la equivalencia de ambos instrumentos, últimamente véase COLMAN VEGA, Luis (2024), pp. 35 ss.

Para dar efectos prácticos a las disposiciones citadas más arriba, actualmente se encuentra depositada ante la COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO la póliza código POL 120.140.065.⁵²² Su artículo 7º dispone que:

“... para los fines de hacerla efectiva, se ceñirá en todo a las mismas normas y procedimientos que corresponderían en caso de que la garantía estuviera constituida por una boleta de garantía bancaria, entendiéndose que los derechos del asegurado serán los mismos que correspondan a un beneficiario de tal boleta, en los términos establecidos en el artículo primero de la presente póliza”.

Ya hemos revisado que las boletas de garantía se encuentran valoradas siempre en una suma fija, total y líquida de dinero y contienen una obligación de pago incondicional e irrevocable, tal como dispone la RAN.⁵²³ Asimismo, la obligación que pesa sobre el banco emisor de una boleta bancaria de garantía es indivisible para los efectos de su pago, razón por la cual sólo se extingue dando el importe total, sin que el banco pueda oponer al beneficiario una especie de beneficio de división u otra excepción que busque disminuir o fraccionar el monto del pago, aunque cuente con una prueba “líquida” de que pagará más de lo que debe, o incluso que pagará lo que no se debe.

De hecho, un pago parcial de una boleta bancaria de garantía no puede considerarse extintivo de acuerdo con el artículo 1591 del Código Civil, pues no sería un pago íntegro, razón por la que el acreedor (el MOP) no puede ser forzado a recibir una cantidad menor, lo que sólo puede ocurrir si precede una expresa convención contraria.

Para los efectos de su cobro, la póliza de garantía “a primer requerimiento” para construcciones de obras públicas será legalmente admisible sólo si “el pago de esta no esté sujeto a condición alguna distinta de la mera ocurrencia del hecho o siniestro respectivo”. La referencia al “hecho o siniestro respectivo”, en teoría, supone la ocurrencia efectiva de un incumplimiento del contrato garantizado, pero si se considera la total independencia de la garantía exigida por el legislador y la asimilación a la boleta bancaria, en

⁵²² Corresponde a las Condiciones Generales de la denominada “Póliza de seguros de garantía a primer requerimiento de obras públicas”.

⁵²³ La RAN señala (8-11 numeral 1.2) que, entre las menciones mínimas de la boleta debe comparecer “el monto de la suma depositada”. A su turno, el numeral 8 del mismo título dispone que pueden extenderse en términos reajustables. A su turno, el capítulo 6-1., numeral 2.2 de la misma RAN establece como requisito de las boletas bancarias: “b) El importe numérico del valor que debe pagar el banco”.

último término la calificación del siniestro queda sometida a una decisión unilateral y en ocasiones arbitraria por parte del Fisco.

La circunstancia de que las pólizas de seguro de caución para construcciones de obras públicas que puede aceptar el Fisco deban hacerse efectivas con la misma eficacia y rapidez que las boletas bancarias de garantía, y que deban someterse a sus mismas normas y procedimientos permiten entender que el legislador sólo acepta garantías absolutamente independientes de la relación de valuta, incondicionales. En tal sentido, el asegurador, al que en el caso de los bancos que emiten boletas bancarias, no puede oponer al asegurado ninguna clase de excepción que condicione o pretenda siquiera diferir el pago, lo que limita de forma absoluta la posibilidad de rechazar el siniestro. Esto es congruente con lo dispuesto en el inciso final del artículo 583 del Código de Comercio y con el Oficio Circular N° 972 de 13 de enero de 2017 y con una maciza jurisprudencia administrativa.

Como casi siempre ocurre en esta clase de instrumentos, la equivalencia funcional entre la boleta bancaria de garantía y la póliza de garantía para obras públicas tropieza con el enriquecimiento sin causa del acreedor que somete la póliza a cobro. Pero en este caso, el asunto parece más grave pues el Fisco está sometido por ley a principios normativos expresos, como son los de proporcionalidad, razonabilidad y de buena fe.⁵²⁴ Estos principios deben conjugarse armónicamente con el deber de proteger el patrimonio e interés fiscal y con la interdicción del enriquecimiento sin causa, así como con la responsabilidad administrativa de los funcionarios que se aparten de ellos.

El problema, nuevamente, dice relación con la mera presentación a cobro de una póliza de seguro de caución “a primer requerimiento” sin que haya precedido un efectivo incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato garantizado (*unfair call*). La imposibilidad real impuesta al asegurador de alegar una excepción de dolo “líquido” en contra de la Administración si somete la póliza de caución “a primer requerimiento” a cobro a sabiendas de que el contratista no ha incurrido en un incumplimiento, o a sabiendas de que no ha llevado perjuicio de ninguna especie, debe ser reprimida por los órganos públicos competentes.

⁵²⁴ Véase, precisamente sobre el seguro de caución, el Dictamen N° 064.670 de 21 de agosto de 2014 de la Contraloría General de la República. Además, véanse los Dictámenes N°s. 12.541, 26.632, 19.344, 065.248, 008.297, 065.191, entre otros.

Como ocurre en las garantías abstractas de toda clase, una vez que ha ingresado injustificadamente a las arcas fiscales el dinero de la indemnización que ha sido requerida, nace *ipso iure* la obligación de restituir al asegurador (y no al tomador) la cantidad que exceda la “liquidación final” de los daños.⁵²⁵ Analicemos este asunto con detención.

Además de las reglas generales que regulan esta materia, es conveniente analizar las disposiciones de las pólizas. En efecto, la cláusula de cobertura de la POL 1 2014 0065 (artículo 3º) indica que este seguro garantiza:

“... el fiel cumplimiento de las obligaciones relacionadas con contratos de obras públicas o de consultorías por el afianzado para con la Dirección o Servicio dependiendo del Ministerio de Obras Públicas, las que se encuentran individualizadas en las Condiciones Particulares”.

En su artículo 4º, la misma póliza determina que la suma asegurada estipulada en las condiciones particulares debe cubrir:

“... los perjuicios derivados del incumplimiento de los contratos incluyendo las multas y cualquier otro pago que procediere”.

Por ello, y además de la sujeción a principios de Derecho Público y a las reglas generales que gobiernan el enriquecimiento sin causa, la propia póliza depositada y actualmente en uso dispone que todo lo que no ha formado parte del perjuicio real y determinado no puede considerarse indemnizatorio. Por esa misma razón, todo pago en exceso debe restituirse al asegurador que ha soportado el pago, lo que deberá hacerse tanto en virtud de los principios que regulan la administración del Estado a los que antes hemos aludido, como del más transversal principio indemnizatorio contenido en los artículos 550 y 552 del Código de Comercio.⁵²⁶

De esa manera, si un asegurador de caución “a primer requerimiento” es requerido por la Administración al pago íntegro de un seguro de caución para la construcción de obras públicas, no podrá negarse al pago, por muy

⁵²⁵ CAPRILE, Bruno (2009), advierte que “cuando se presenta una boleta bancaria a cobro, el banco paga el importe total de ésta, aun cuando los daños efectivos sean inferiores”. El tomador conserva el derecho a exigir la restitución del monto que exceda a los daños efectivos, salvo que se haya estipulado una cláusula penal, que le permita conservar la diferencia”.

⁵²⁶ Sobre este principio en el seguro de caución, véase la exposición de varias doctrinas en CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier, cit., pp. 93 ss., quien, con referencia a TIRADO SUÁREZ, y especialmente a GAMBINO (“Líneas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca y las nuevas formas técnicas de seguro mixto de vida con prima única”, en *Revista Española de Seguros* N° 70, abril-junio 1992, pp. 29 ss.

fundadas alegaciones jurídicas y fácticas que pueda o quiera argumentar. Pero desde el momento en que el Fisco cobra y percibe, debe restituir todo exceso al asegurador según lo dispone expresamente el artículo 552 inciso final del Código de Comercio que establece que, en los seguros patrimoniales como son los de garantía, la indemnización no puede exceder del menoscabo que sufra el patrimonio del asegurado como consecuencia del siniestro. Esto se muestra en total armonía con el principio de indemnización establecido con carácter general por el legislador en el artículo 550 del mismo cuerpo de leyes y con el más rudimentario sentido común.

70. SEGURO DE CAUCIÓN PARA GARANTIZAR LA DEVOLUCIÓN DE TODO O PARTE DEL PRECIO PAGADO POR UNA PROMESA DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE. PROBLEMÁTICA DE LAS OPERACIONES DE “CAPITAL PREFERENTE”

A lo largo de este estudio, hemos tenido la oportunidad de analizar varios aspectos del seguro obligatorio para promesas de compraventa dispuesto en el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, particularmente lo que dice relación con la vigencia de la cobertura. Por razones de congruencia y orden, nos remitiremos al apartado correspondiente para el estudio de ese tema en particular.⁵²⁷

Pero la problemática del seguro de caución para promesas de compraventa de inmuebles popularmente llamadas “en verde” es mucho más complejo que lo que dice relación con su cobertura temporal. La problemática se refiere a aspectos vinculados a la naturaleza de la cobertura (qué es lo que se asegura o conforma el riesgo asegurado), la posibilidad legal de ofrecer seguros de caución “corrientes” como garantía suficiente (con el consecuente derecho a oponer excepciones por parte del asegurador requerido) y, finalmente, la utilización de este seguro como instrumento de garantía para el financiamiento de proyectos inmobiliarios a través de un instrumento conocido como “capital preferente” o “KP”, excediendo con ello su finalidad esencial.

⁵²⁷ *Supra* N° 61.

70.1. Descripción legal del seguro de caución para promesas de compraventa de inmuebles

La norma actualmente vigente dispone la obligatoriedad de contratar un seguro para la celebración de determinados actos jurídicos celebrados entre personas que ejercen ciertos giros (o simplemente encarguen la construcción de un inmueble) y sus promitentes compradores cuando estos últimos adelantan todo o parte del precio. Además, la ley establece una prohibición a los Notarios Públicos a quienes ordena “no autorizar” los instrumentos en que consten las promesas si la referida garantía no se ha constituido.

La disposición legal sobre esta materia es el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, introducido por la Ley N° 19.932, de 3 de febrero de 2004, que dispone:

“Las personas naturales o jurídicas que tengan por giro la actividad inmobiliaria o aquellas que construyan o encarguen construir bienes raíces destinados a viviendas, locales comerciales u oficinas, que no cuenten con recepción definitiva y que celebren contratos de promesa de compraventa en los cuales el promitente comprador entregue todo o parte del precio del bien raíz, deberán otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria, aceptada por el promitente comprador. Esta garantía, debidamente identificada, se incorporará al contrato a favor del promitente comprador, en un valor igual a la parte del precio del bien raíz entregado por éste y establecido en el contrato de promesa respectivo, para el evento de que éste no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición establecidos por el promitente vendedor. La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e imputables al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador.⁵²⁸

Los notarios públicos no autorizarán los contratos de promesa de compraventa a que se refiere el inciso anterior si no se ha constituido la garantía a favor del promitente comprador.

⁵²⁸ El artículo 3.4.7. de la OGUC agrega que la garantía debe ser irrevocable.

La obligación del promitente vendedor de otorgar la garantía no será exigible respecto de la parte del precio que sea depositada por el promitente comprador en alguno de los siguientes instrumentos, de lo que se dejará constancia en el contrato de promesa:

- a) Cuenta de ahorro de la cual no pueda girar fondos el promitente comprador.
- b) Depósitos a plazo en favor del promitente vendedor, que deberán mantenerse en custodia del notario autorizante.

En los casos indicados en las letras a) y b) del inciso precedente, los montos anticipados serán puestos a disposición del promitente vendedor una vez que se celebre el contrato de compraventa y se inscriba el inmueble a nombre del promitente comprador en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Los depósitos a plazo y las cuentas de ahorro a que alude esta norma deberán cumplir con los requisitos generales establecidos por las disposiciones legales, reglamentarias y normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras vigentes y, además, con los requisitos específicos que al efecto establezca la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. En los casos previstos en las letras a) y b) del inciso tercero deberá estipularse un plazo para el cumplimiento de la condición de inscribir el dominio del inmueble a nombre del promitente comprador y si nada se dijere se entenderá que dicho plazo es de 1 año contado desde la fecha de la promesa.

Las disposiciones anteriores se aplicarán a cualquier acto jurídico que implique la entrega de una determinada cantidad de dinero para la adquisición del dominio de una vivienda, local comercial u oficina, que no cuente con recepción definitiva, excepto a aquellos regidos por la Ley General de Cooperativas o la Ley N° 19.281, sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, aun cuando no cuenten con recepción definitiva. En todo caso, las disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán a las compraventas de viviendas, locales comerciales u oficinas cuando al momento de celebrarse dicho contrato el inmueble se encuentre hipotecado, en cuyo evento la garantía que se otorgue se mantendrá vigente mientras no se proceda al alzamiento de dicha hipoteca, salvo que el acreedor hipotecario concurra a la escritura de compraventa alzando la hipoteca y la prohibición de gravar o enajenar si la hubiere”.

La *Historia de la Ley* muestra que la intención original del legislador era modificar el artículo 1554 del Código Civil que reglamenta el contrato de promesa. Pero muy prontamente, y tras argumentarse en el curso del trámite legislativo que la modificación a esta norma sustantiva no solucionaba realmente el problema, se insertó una indicación sustitutiva que

buscaba dar real protección a los compradores de bienes raíces respecto de una situación que se describió como “engaños en que incurren algunas empresas constructoras ha cundido entre consumidores y los ciudadanos de escasos o medianos recursos...”.⁵²⁹ El profesor Bruno CAPRILE, en el estudio que juzgamos más completo escrito en el país sobre esta materia, ha opinado que las razones para este cambio no son efectivas y que debió incorporarse un eventual artículo 1554 *bis* al Código Civil para regular este asunto, y no incorporar el asunto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones como finalmente decidió el legislador.⁵³⁰

Es posible detectar que en la discusión en el Senado, se hizo referencia a las “esforzadas y humildes familias que, movidas por el anhelo de la casa propia, han celebrado contratos de promesa (...) sin caución alguna ante el evento de insolvencia de la empresa”.⁵³¹ Más allá de las declaraciones retóricas, igualmente es posible demostrar que la intención del legislador fue siempre proteger a las personas que se proponían comprar bienes raíces de la falta de cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, particularmente si se había adelantado todo o parte del precio al momento de prometer comprar.

Pero la garantía que pretendía darse a los promitentes compradores llegaba bastante más lejos. En efecto, hasta su tramitación en la *Comisión Mixta*, aún se disponía una caución adicional que amparaba no sólo que “el contrato no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición, establecidos por la promitente vendedora...” sino también “que las obras realizadas no se ciñan a las especificaciones convenidas”. Esta última cobertura, por varias razones, no prosperó en el texto finalmente aprobado.⁵³²

⁵²⁹ El SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR publicó una circular interpretativa N° 495 de 26 de julio de 2023 que, entre otras cosas, considera que las promesas de compraventa de inmuebles quedan bajo el ámbito de protección de la legislación de consumidores. La calificación anterior evidentemente excede de las facultades interpretativas de dicho servicio contempladas en el artículo 58 de la Ley sobre protección a los derechos de los consumidores.

⁵³⁰ HISTORIA DE LA LEY, *Primer Trámite*, 8 de mayo de 2003, Sesión 74^a, Legislatura 348^a. CAPRILE, Bruno (2009), “La ley de venta en verde...” cit., p. 510.

⁵³¹ HISTORIA DE LA LEY, *Informe de Comisión de Constitución del Senado*, Sesión 30^a de 2 de septiembre de 2003.

⁵³² Esta garantía ya no aparece en el *Informe Comisión Mixta*, 14 de enero, 2004, Sesión 45^a. Legislatura 350^a.

Lo primero que debe llamar la atención del análisis del artículo 138 *bis* de la LGUC es que dispone que toda promesa de compraventa de una vivienda, un local comercial o una oficina que no cuente con recepción definitiva, y en que el promitente comprador adelanta todo o parte del precio al promitente vendedor (siempre que este último tenga como giro la actividad inmobiliaria o la construcción de bienes raíces o encargue la construcción)⁵³³ debe celebrarse a lo menos mediante instrumento privado autorizado ante notario. Se trata de una disposición imperativa que implica que desde que entra en vigor esta normativa, no es posible que las partes se desprendan de esta solemnidad mínima para proceder a celebrar la promesa de compraventa. En consecuencia, dentro del amplio ámbito de aplicación de esta norma, ya no basta que la promesa simplemente “conste por escrito” como dispone el artículo 1554 N° 1 del Código Civil.

El requisito es mínimo y no máximo por lo que nada impide que las partes pueden solemnizar aún más el negocio jurídico, tal como es expresamente reconocido por el inciso 1° del artículo 3.4.7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, que se refiere expresamente a que las partes pueden celebrar la promesa de compraventa por escritura pública. A nuestro juicio, también debe entenderse válida la promesa celebrada mediante instrumento privado firmado ante notario, cuya solemnidad excede del trámite notarial de “autorización de firmas”.⁵³⁴

⁵³³ El artículo 3.4.7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, contraviniendo el texto legal, restringió la calidad del sujeto promitente vendedor, pues dispone que la garantía debe exigirse sólo “a personas naturales o jurídicas cuyo giro habitual sea el negocio inmobiliario o la construcción, en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley de la Renta”, que celebren contratos de promesa de compraventa de bienes raíces destinados a viviendas, oficinas o locales comerciales.

⁵³⁴ En igual sentido CAPRILE, Bruno (2009), p. 519. La diferencia entre autorizar una firma y firmar ante Notario ha sido explicada por nuestra EXCMA. CORTE SUPREMA en un fallo de reemplazo Ingreso N° 20574-2018: “Segundo: Que esta Corte ha sostenido que el vocablo autorizar no supone, necesariamente, la presencia de la persona cuya rúbrica autentifica y, por consiguiente, la correcta interpretación del artículo 434 N° 4 inciso segundo del Código de Enjuiciamiento Civil, ni siquiera lleva a exigir la comparecencia ante el notario del obligado que firma un instrumento mercantil, sea pagaré, cheque o letra de cambio, bastando al efecto la sola actuación del ministro de fe autorizante y la circunstancia de que a este último le conste la autenticidad de la firma que autoriza. Dicha interpretación también resulta coherente con lo prescrito en el N° 10 del artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales, de acuerdo con el cual esta es una de las funciones de los notarios, autorizar las firmas que se estampen en

70.2. El riesgo en el seguro de caución para promesas de compraventa de inmuebles. Descripción y límites

El riesgo asegurado en este tipo de contratos de seguro de caución no es la pérdida económica que pueda sufrir el promitente comprador, aun cuando el monto asegurado (y la indemnización correlativa) deben garantizar íntegra y precisamente esa cantidad. No se trata, en consecuencia, de un seguro cuyo riesgo asegurado es el incumplimiento de una obligación de dar. De hecho, ese tipo de riesgos sólo podría ser suscrito por una compañía de seguros con ese giro especial.

En ese entendido, la obligación de hacer cuyo cumplimiento se cauciona es la concurrencia del promitente vendedor a suscribir la escritura de compraventa del inmueble prometido en el plazo estipulado o tras verificarse las condiciones pactadas.

La norma, en efecto, dispone que el seguro (o la boleta de garantía) deben constituirse para caucionar el evento en que la promesa “no se cumpla dentro del plazo o al cumplimiento de la condición establecidos por el promitente vendedor”, lo que debe identificarse con la obligación de celebrar el contrato prometido en tiempo y forma, vale decir, siempre como una obligación de hacer.

En tal sentido, y aunque debemos reconocer que la cuestión es compleja, lo que verdaderamente se asegura no es la llegada a término del proyecto inmobiliario, ni la obtención de la “recepción final” del bien raíz (que permita su venta), ni la negativa del promitente vendedor a restituir el precio que recibió de parte del promitente comprador. Tampoco es materia asegurada la mera insolvencia del promitente vendedor. Lo que se manda asegurar en el artículo 138 *bis* de la LGUC es el incumplimiento del promitente vendedor de su obligación de concurrir a firmar la escritura de compraventa prometida por haber llegado el plazo, la condición o ambos.

De esta manera, y en principio, basta que el promitente comprador no comparezca a firmar la escritura de compraventa prometida para que se produzca el siniestro.⁵³⁵ Ahora bien, en los casos en que esta garantía se

documentos privados, sea en su presencia o cuya autenticidad le conste (C. Sup. 29 de agosto de 2013, rol N° 289-2013)”.

⁵³⁵ Así, por ejemplo, la POL120.131.891 dispone: “La presente póliza tiene por objeto garantizar la obligación del Afianzado de otorgar el contrato definitivo de compraventa y, principalmente, su obligación de restituir al Asegurado las sumas de dinero que éste hubiera pagado

constituya mediante seguros de caución “corrientes”, el promitente vendedor podrá oponer excepciones, muchas de las que podrán ser utilizadas por el asegurador para evitar o diferir el pago. Pero este mecanismo no podrá ser aprovechado si la garantía que se pactó es independiente o abstracta como es el caso del seguro de caución “a primer requerimiento”.

En este mismo estudio, al analizar la cobertura temporal de esta clase de seguros, señalábamos que no hay uno sino dos riesgos asegurados los que, además, son excluyentes entre sí.⁵³⁶ En efecto, la ley dispone que la garantía sigue vigente “... hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador”, a lo que el artículo 3.4.7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones adiciona que “... deberá exceder a lo menos en sesenta días el plazo estipulado para la celebración del contrato de compraventa prometido”. Antes de celebrarse la compraventa prometida el riesgo de “no inscripción” no existe.

Por ello, si se ha firmado el contrato de compraventa y la propiedad no logra inscribirse a nombre del comprador por un hecho o culpa del vendedor, también debe entenderse que ha ocurrido un siniestro. En esta segunda situación, aunque el contrato de venta esté otorgado dentro de plazo, el promitente comprador que dio todo o parte del precio no ha logrado adquirir la propiedad pues la tradición del derecho real de dominio se ha hecho imposible, lo que le permite gatillar la caución siempre que considere que ello se deba a un hecho imputable al vendedor.⁵³⁷

Como adelantábamos, la ley no ha exigido que estas pólizas sean “a primer requerimiento” por lo que en el mercado existen pólizas de seguro de caución “corrientes” para este riesgo. Dada la accesoriedad de la ga-

por anticipo o a cuenta del precio de la compraventa prometida, en todos los casos en que el Tomador esté legal o contractualmente obligado a restituir tales sumas como consecuencia de no haberse otorgado el contrato prometido”.

⁵³⁶ CAPRILE, Bruno (2009), p. 525, identifica esta incompatibilidad con la cesación de los efectos del contrato de promesa tras haberse celebrado. Desde el punto de vista del seguro, efectivamente no es posible que nazca el segundo riesgo si el primero no se ha extinguido y, en tal sentido, se trata de un riesgo eventual.

⁵³⁷ El problema de la “imputabilidad” al promitente vendedor ha sido objeto de cuestionamiento por el Servicio Nacional del Consumidor a propósito de la acción colectiva “Sernac con Socovesa”. Sobre esto véase DÍAZ DE VALDÉS, Macarena (2020), “Nulidad de cláusulas abusivas en reservas, promesas de compraventa y compraventas suscritas por consumidores de viviendas comercializadas en verde”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 35, pp. 281 ss.

rantía (lo que fuerza conectar la caución con el incumplimiento real de las obligaciones propias del contrato principal), estas pólizas describen con especial detalle cuáles son los casos en que la cobertura debe operar, lo que excluye los supuestos de fuerza mayor y otros casos de incumplimientos no culpables o no imputables al promitente vendedor.⁵³⁸ Asimismo, no hay ningún impedimento para que la póliza contemple riesgos adicionales dentro del giro del asegurador que suscribe.

Desde que el riesgo ha sido pactado y aceptado las partes que participan en el contrato de seguro (tomador y asegurador) no es lícito que el tomador extienda el plazo para la entrega o incorpore condiciones adicionales sin que sean aceptadas por todos quienes llevan interés, muy particularmente por quien ha prestado su garantía para el caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el negocio subyacente. Es de común ocurrencia que el promitente vendedor (tomador) y el promitente comprador (asegurado) acuerden extensiones en el plazo para la suscripción de la compraventa o nuevas condiciones para la suscripción del contrato prometido. Es bastante obvio que un pacto de esa clase no es oponible al asegurador que no lo ha aceptado expresamente, pues todo garante debe tarificar el costo de una extensión del riesgo para obligarse a indemnizar siniestros ocurridos bajo nuevas condiciones. Por ello, no es posible que el asegurado y el tomador pacten la ampliación de la cobertura temporal (y de ninguna cobertura) sin la concurrencia de la voluntad del asegurador, más allá de los efectos que

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 282, explica la decisión de la Corte al no considerar abusiva la cláusula de “imputabilidad” dispuesta en las pólizas. En otro extremo, la misma POL120.131.891 dispone en su artículo IV que el Asegurado tendrá derecho a hacer efectiva la póliza y cobrar la correspondiente indemnización en los siguientes casos: 1) Cuando el Tomador o Afianzado sea declarado en quiebra; 2) Cuando el Tomador proponga o acepte un convenio judicial preventivo con sus acreedores, cuyos términos hagan imposible o modifiquen en cualquier forma las obligaciones asumidas bajo el contrato de promesa de compraventa. 3) Cuando haya vencido el plazo estipulado para celebrar el contrato prometido y la compraventa no se hubiese formalizado por causa imputable al Tomador o promitente vendedor. 4) Cuando deba tenerse por fallida la condición a que estaba sujeta la celebración del contrato de compraventa por causas imputables al Tomador. 5) Cuando el Afianzado o Tomador se desista de otorgar el contrato definitivo de compraventa. 6) Cuando por sentencia judicial o arbitral ejecutoriada se declare nulo o resuelto el contrato de promesa, siempre en este último caso que la resolución sea imputable al Tomador. 7) Cuando se haga imposible la celebración del contrato prometido por razones de fuerza mayor u otras que no sean de responsabilidad del asegurado.

entre ellos cause una modificación del contrato principal que había sido garantizado.

En lo estrictamente temporal, una ampliación del plazo de cobertura del seguro de caución que no sea convalidada o consentida por el asegurador no le obliga y, en consecuencia, cualquier riesgo que exceda dicho plazo deberá ser soportado por quienes corresponda por simple aplicación del efecto normal de las obligaciones. Abunda a lo anterior el artículo 1649 del Código Civil que dispone que “la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación”. Una ampliación del plazo de cobertura de un seguro (o del plazo en que pueden ocurrir los siniestros) es un caso ejemplar de obligaciones en términos más onerosos y es bien sabido que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que los originalmente pactados, tal como lo dispone el artículo 2344 del Código Civil.

70.3. Efectos del incumplimiento de las disposiciones del artículo 138 bis

La ley no indica cuál es la sanción para el caso en que no se contrate la garantía obligatoria establecida en el artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Tampoco se indica qué ocurre si las partes pactan la promesa de compraventa simplemente “por escrito”, sin que medie un acto que cumpla con las formalidades exigidas por el legislador, esto es, al menos la autorización de las firmas de los comparecientes ante Notario Público.

Se aprecia que la ley se limita a ordenar a los Notarios Públicos que no autoricen las firmas en las promesas de compraventa de determinados inmuebles celebrados entre determinados sujetos. El incumplimiento de este mandato puede incidir en la responsabilidad civil del Notario si se acreditan perjuicios causalmente imputables a su actuación ministerial culposa, pero ello no permite establecer un régimen de sanciones respecto del acto o contrato mismo, pues la ley no determina una sanción expresa ni para la falta de una garantía legalmente admisible, ni para el caso en que la promesa sólo conste “por escrito”.

Según ha escrito CAPRILE, la sanción en caso de no incorporarse la garantía legal es la nulidad absoluta de la promesa, sanción que el mismo autor reconoce como poco eficiente por diferentes y válidas razones.⁵³⁹ Si bien la disposición del inciso 1° del artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones es imperativa (“... *deberán* otorgarlos mediante instrumentos privados autorizados ante notario y caucionarlos mediante póliza de seguro o boleta bancaria...”) es ampliamente conocido que la contravención a esa clase de disposiciones no es necesariamente la nulidad absoluta, sobre todo si ellas no están impuestas en interés público general.⁵⁴⁰ En ese escenario, habría sido deseable que el legislador impusiera una sanción típica, más allá de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual y las eventuales responsabilidades ministeriales del notario.

70.4. Instrumentos válidos para garantizar la restitución del precio pagado. La ley no exige que el seguro de caución sea “a primer requerimiento”. Consecuencias en casos de inimputabilidad o fuerza mayor

Para los casos del artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, el legislador ha aceptado como instrumentos válidos para caucionar el pago de parte o todo el precio de una promesa de compraventa de inmuebles tanto la boleta bancaria de garantía como la póliza de seguro de caución. La Ley N° 20.007 de 11 de abril de 2005 agregó otros instrumentos que no nos interesan demasiado para los efectos de este estudio.

La decisión del legislador es francamente curiosa. Dada la notoria calidad tutelar con que se fundamentó el proyecto y la declarada necesidad de proteger a los compradores de viviendas (particularmente aquellos de menores recursos), el legislador debió exigir que la póliza de seguro de caución para promesas de compraventa fuera “a primer requerimiento”, de manera de hacerla funcionalmente equivalente con la boleta bancaria de garantía a la que se estableció como garantía alternativa.

⁵³⁹ CAPRILE, Bruno (2009), pp. 520 ss.

⁵⁴⁰ DUCCI CLARO, Carlos (1984), *Derecho Civil. Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 55. En igual sentido, CORRAL, Hernán (2018), *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Santiago, Thomson Reuters, p. 119. Cfr. UGARTE, José Joaquín (2021), *Curso de Derecho Civil*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 230 ss.

A nuestro juicio, la decisión del legislador carece de una explicación razonable pues, como hemos revisado ya varias veces durante el curso de este estudio, la boleta de garantía es un instrumento abstracto o independiente, mientras que la póliza de seguro de caución “corriente” es una garantía accesoria, vale decir, esencialmente dependiente de la obligación principal que está llamada a caucionar. El asunto no es irrelevante, pues no sólo resulta difícil que un promitente comprador tenga el poder de negociación para exigir a una sociedad inmobiliaria que constituya garantías “a primer requerimiento”, sino que tampoco es exigible que las personas normales entiendan la diferencia entre una garantía accesoria y una garantía abstracta.

La falta de cuidado del legislador permite que un promitente vendedor (tomador) pueda ofrecer a promitente comprador (asegurado) pólizas de seguro de caución “corrientes” e incorporarlas a la promesa de compraventa, lo que se traduce necesariamente en que las expectativas indemnizatorias del asegurado se vean mermadas respecto de la garantía alternativa, pues la obligación de indemnizar sólo nace si el hecho del incumplimiento es acreditado como imputable al promitente vendedor en un proceso de liquidación de siniestro, lo que impedirá el pago en casos en que se acredite fuerza mayor, pero también si se acredita cualquier evento que excluya la imputabilidad como cada vez que los cursos causales se interrumpen por hechos o actos ajenos. Pesará sobre el asegurador (y sobre el liquidador que la recomiende) acreditar la falta de cobertura, para lo que deberá vencer persuasivamente la presunción de cobertura del artículo 531 del Código de Comercio.

El asunto no es poco frecuente y se ha presentado con notable interés tras la paralización de obras debido a la pandemia por SARS-Cov-2 o COVID-19. En un contexto global, la OMS declaró tal enfermedad como pandemia el 11 de marzo de 2020.⁵⁴¹ En Chile —bastante antes de su declaración como pandemia—, el Gobierno de Chile decretó una “Alerta Sanitaria” en todo el país, al constatar que se había gatillado una “Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional” o “ESPII” el 8 de febrero

⁵⁴¹ <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (consultado el 17 de abril de 2020). En esa ocasión, el Director señaló: “*We have therefore made the assessment that Covid-19 can be characterized as a pandemic. Pandemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death.*”

de 2020 mediante el Decreto N° 4 del Ministerio de Salud. Poco después, el 14 de marzo del mismo año, se publicó el Decreto N° 104 que declaró Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública en todo el territorio del país.⁵⁴²

Las pandemias graves, además de los daños causados por la propia enfermedad que son daños directos a la salud de las personas (muerte o enfermedad grave), acarrearán otra clase de devastación. Es así como los sistemas de salud suelen saturarse y se ordenan cierres de fronteras por períodos extensos, clausura o cierre de puertos y/o aduanas, declaraciones de cuarentenas, órdenes de quedarse en casa (*stay-at-home regime*), cierres forzados de escuelas y establecimientos educativos, cierres forzados de industrias y comercio, restricciones a los derechos fundamentales, fijación de precios, intervención de industrias y precios, modificación legal de contratos válidamente celebrados, etcétera.⁵⁴³

Esta situación generalizada puede identificarse con la definición de “desastre” contenida en el Decreto N° 1.512 de 2017 del Ministerio del Interior,⁵⁴⁴ afectó a los proyectos de construcción de viviendas, oficinas y locales comerciales que se encontraban en marcha en el país durante la pandemia, lo que retrasó de forma importante las fechas de entrega de los inmuebles por causas no imputables a los promitentes vendedores, lo que acarreó efectos evidentes en el incumplimiento de plazos y condiciones

⁵⁴² Este Decreto Supremo considera, precisamente, lo que sigue: “9. Que, la situación descrita precedentemente constituye una calamidad pública en los términos señalados en el artículo 41 de la Constitución Política de la República, lo que permite la dictación del estado de excepción constitucional de catástrofe, dispuesto en dicho artículo”.

⁵⁴³ Por ejemplo, la OMS en 2010, aunque tratándose de otras pandemias, ha emitido el documento “Public health measures during the influenza A(H1N1)2009 pandemic”, que es resultado del WHO Technical Consultation 26-28 October 2010, en Gammarth, Tunisia. En ese documento se recomiendan, en general, intervenciones estatales para evitar eventos y reuniones masivas de personas. En el caso del COVID-19 las recomendaciones son mucho más intensas y abarcan uso de mascarillas y otro equipo de protección, sanitización de implementos y alimentos, cuarentenas, tratamiento de cadáveres (véase <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/infection-prevention-and-control>), y restricciones al tránsito de personas (<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/points-of-entry-and-mass-gatherings>).

⁵⁴⁴ Desastre: “Una seria interrupción en el funcionamiento de una comunidad o sociedad que ocasiona una gran cantidad de muertes al igual que pérdidas e impactos materiales, económicos y ambientales que exceden la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos”.

fijados en las compraventas prometidas garantizadas con pólizas de seguro de caución.

Es bastante obvio que en todos estos casos tuvo lugar un caso fortuito, vale decir, una situación de incumplimiento que no puede ser imputable al vendedor.

Frente a este escenario (o a uno similar) si el seguro de caución para promesas de compraventa de inmuebles no se pactó “a primer requerimiento” (caso en que la garantía abstracta debe pagarse), un liquidador de seguros diligente debe recomendar el rechazo del pago de la indemnización al asegurado, pues no se cumple con un requisito básico de la póliza que es que el incumplimiento sea imputable a culpa o dolo del promitente vendedor. Si, en cambio, la obligación de suscribir la compraventa estaba caucionada con una boleta bancaria de garantía o con póliza de seguro de caución “a primer requerimiento”, el banco o el asegurador no podrán oponer la excepción de caso fortuito y deberán pagar el siniestro al asegurado, aunque la decisión le parezca injusta, aun cuando podrán ejercer las acciones de reembolso del artículo 582 del Código de Comercio en contra del tomador, o la del enriquecimiento sin causa en caso de cobros abusivos en contra del propio asegurado, aunque reconocemos que en esta cobertura esta situación resulta compleja de configurar. El éxito de estas acciones dependerá, en buena medida, también de la prueba que se logre rendir y de las circunstancias que motivaron el siniestro y su cobro.

70.5. Los llamados “Capitales preferentes” o “KP” y su relación con los seguros de caución

La creatividad propia de abogados y desarrolladores inmobiliarios ha desembocado en que algunos seguros de caución para promesas de compraventa de inmuebles (particularmente si son pactados “a primer requerimiento”) sean utilizados como una parte importante, acaso esencial, de un instrumento de uso común para obtener financiamiento para proyectos inmobiliarios, más allá de las típicas garantías hipotecarias prestadas por bancos. Nos referimos a los llamados “capitales preferentes”, también denominados “KP”.

Esta modalidad de financiamiento utiliza el arquetipo contractual de la promesa de compraventa como voluntad declarada, pero es claro que su finalidad real es estrictamente financiera. Mediante este mecanismo, un inversionista promete comprar uno o más inmuebles de un determinado

proyecto futuro a un desarrollador inmobiliario que funge como promitente vendedor para lo que celebran uno o más contratos de promesa de compraventa, cuyas firmas aparecen debidamente autorizadas ante Notario. A esa promesa, las partes le atribuyen un precio que queda íntegramente adelantado por el promitente comprador al promitente vendedor con cargo a los inmuebles que afirma prometer comprar.⁵⁴⁵

Además, en el mismo instrumento (aunque normalmente en otro que se suscribe paralelamente) el promitente comprador y el promitente vendedor pactan una cláusula llamada “opción de resciliación”. Por medio de esta cláusula, el promitente comprador le “otorga” al promitente vendedor la opción de resciliar el contrato de promesa en cualquier momento, opción a la que se le atribuye un precio importante. Hasta ahí, el asunto muestra diferencias interesantes con una operación de promesa de compraventa corriente. Pero hay más.

Por tratarse de una promesa de compraventa que recae sobre inmuebles (ordinariamente oficinas o departamentos), es de rigor incorporar una póliza de seguro de caución del artículo 138 *bis* de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que garantice el valor que ha adelantado el promitente comprador. Es más, el notario no podría autorizarlas si no consta que se ha contratado la correspondiente garantía.

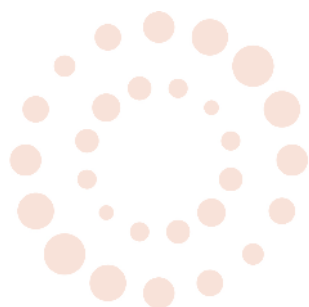
Muchas compañías de seguros que operan en el país suscriben el riesgo de impago de estos capitales preferentes como una línea de negocios tradicionalmente aceptada. Pero no se necesita ser muy perspicaz para saber que, en ningún caso, la voluntad real del promitente comprador es adquirir las unidades que dice prometer comprar, aun cuando es posible que según los términos del contrato sí ejerza ese derecho. Tampoco es la intención real (o al menos no primaria) del promitente vendedor celebrar compraventa alguna con ese promitente comprador. Al contrario, la intención real de las partes es celebrar una operación de crédito de dinero con intereses, al menos manifestados en el valor que se le otorga a la opción de resciliación, de manera que cuando el promitente comprador la ejerza, deba restituir el valor del precio de la promesa más el valor de la opción de

⁵⁴⁵ En ocasiones la identificación de los inmuebles y el desglose de los precios queda establecida en un Anexo. Es común, además, que se pacte un derecho a reemplazar los inmuebles por otros de similar valor, con autorización del asegurador que tomó el riesgo de incumplimiento.

resciliación al promitente comprador, desvelando con ello una verdadera operación de financiamiento.

La relación con el seguro de caución es, además, esencial, pues si llega el plazo pactado en la promesa y el promitente vendedor no ha cumplido con sus obligaciones (llegar a firmar la promesa, o que ésta se haya resciliado pagándose los importes establecidos en el contrato), la promesa queda incumplida, por lo que el promitente comprador queda facultado para pedir la indemnización “a primer requerimiento” al asegurador, quien no podrá oponerle ninguna clase de excepciones al pago y deberá indemnizarlo hasta por el valor fijado en el contrato de seguro.

Una vez que el asegurador paga el siniestro, nace su derecho de reembolso, usualmente reforzado por contragarantías que le permitirán el cobro ejecutivo al promitente vendedor. Como las señaladas contragarantías no suelen contemplar garantías reales, el asegurador concurrirá como acreedor valista sin preferencia alguna, subordinado al banco que financió principalmente el proyecto con garantía hipotecaria y sus posibilidades de reembolso se verán fuertemente mermadas.



**Thomson
Reuters™**

BIBLIOGRAFÍA

- ACHURRA, Juan (2005), “Aspectos jurídicos del seguro de garantía”, en *Derecho de Seguros, Escritos de Juan Achurra Larraín II*, Santiago, Universidad de los Andes Colección Jurídica N° 7, pp. 209-226.
- _____ (2005), *Derecho de seguros. Escritos de Juan Achurra Larraín*, Santiago, Ed. Universidad de los Andes.
- AEDO BARRENA, Cristian (2018), “La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley N° 20.667”, en *Ius et Praxis*, Año 24, N° 2, pp. 51-96.
- _____ (2008), “Las garantías del acreedor frente al Incumplimiento. Especial referencia a la Boleta bancaria de garantía”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N° 2, pp. 293-310.
- _____ (2019), “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 33, p. 84, N° 35, pp. 73-96.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2017), “Las cartas de patrocinio y su recepción en el Derecho chileno. Notas a propósito de una sentencia de la Corte Suprema”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 242, pp. 39-69.
- _____ (2009), “Las cartas de patrocinio: situación en Chile y en el derecho comparado”, en *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga T. I* (TAPIA, M., M.; GAITÁN, J.; JURICIC, D.; SALAH, M.; MANTILLA, F., Dir.), Santiago, Ed. Jurídica de Chile, pp. 239-242.
- _____ (2010), *Las cartas de patrocinio. Criterios dogmáticos para su aplicación en Chile*, Abeledo Perrot - LegalPublishing, Santiago.

- AMELOTTI, Mario (1987), “Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho Romano”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado XXIX*, pp. 133-146.
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2019), *Código Civil de Chile. Edición anotada, concordada y con fuentes*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1987), *La compravendita in Diritto Romano I*, Napoli, Jovene.
- ARTIGAS, Francisco (2019), “Riesgos y seguros de caución para grandes proyectos”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* N° 27, año 20, pp. 78-96.
- BALTIERRA, Enrique (s/d), “Efectos de añadir una fianza solidaria al aval cambiario en los pagarés”, en *Diario Constitucional* (publicación electrónica periódica), disponible en el siguiente vínculo: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/efectos-de-anadir-una-fianza-solidaria-al-aval-cambiario-en-los-pagares/>
- BARAONA, Jorge (2012), “La promesa en el Código Civil”, en *Estudios de Derecho Civil VII* (ELORRIAGA, Fabián, coord.), Santiago, Thomson Reuters, pp. 360-376.
- BARCIA, Rodrigo (2010), *Lecciones de Derecho Civil chileno III. De la teoría de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARRES BENLLOCH, M. Pilar (1996), *Régimen jurídico del seguro de caución*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2016), “La unilateral imperatividad de los requisitos esenciales del contrato de seguro en el Código de Comercio chileno”, en *Revista Boliviana de Derecho [online]* N° 22 [citado 2020-12-21], pp. 98-119.
- _____ (2015), “Comentario al artículo 515”, en *El contrato de seguro. Comentarios cit.*, pp. 202-204.
- _____ (2023), “Comentario al artículo 1545”, en AA.VV. *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile* (Carlos Amunátegui, Director), Santiago, Tirant lo Blanch, pp. 321-324.
- BASTIN, Jean (1993), *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*, (trad. de CARMEN GUTIÉRREZ de la edición de LJDG, París, 1993), Madrid, Ed. Mapfre.

- BELLO, Andrés (1888), *Obras completas de don Andrés Bello, Edición hecha bajo la dirección del consejo de instrucción pública en cumplimiento de la lei de 5 de setiembre de 1872*, Volumen XII, *Proyecto de Código Civil* (1853), Santiago de Chile, Impreso por Pedro Ramírez (sub art. 44).
- BETTI, Emilio (1962), *Istituzioni di Diritto Romano*, Vol II, Milano, Giuffré.
- BIONDI, Biondo (1953), *Contratto e stipulatio*, Milano, Giuffré.
- BURGE, William (1847), *Commentaries on the Law of Suretyship, and the Rights and Obligations of Parties Thereto, and Herein of Obligations in Solido, under the Laws of England, Scotland, and Other States of Europe, the British Colonies, and United States of America and on the Conflict of Those Laws*, Boston, C. C. Little and J. Brown.
- BUSTILLO, María del Mar (2014), *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución*, Granada, Comares.
- CABANILLAS, Antonio (1988), *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, Montecorvo.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra (2006), “Tráfico jurídico electrónico y contrato de seguro”, en *Revista Española de Seguros* N° 127, pp. 433-474.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (1994), *El seguro de caución. Estudio crítico*, Madrid, Fundación Mapfre.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002), *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento*, Santiago. Ed. Jurídica de Chile.
- _____ (2009), “La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las Leyes N°s. 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados”, en *Revista Actualidad Jurídica* N° 20, julio 2009, T. II, Santiago, pp. 509-541.
- CARCATERRA, Antonio (1964), *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, Jovene.
- CARPINO, Brunetto (1998), *Del pagamento con surrogazione*, Bologna, Zanichelli Editore.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2010), *Derecho de contratos* (Pamplona, Aranzadi).

- CARVAJAL, Patricio (2005), “*Receptum argentarii* (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano”, en *Ars boni et aequi* I, pp. 127-147.
- _____ (2023), “Comentario al artículo 1442”, en AA.VV., *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile* (Carlos AMUNÁTEGUI, Editor), Tirant lo Blanch, Valencia, T. 1, pp. 101-103.
- CARVALLO DE FERARI, José Joaquín (2022), “El panorama judicial de las pólizas de caución o garantía a primer requerimiento”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* N° 21, pp. 45-58.
- CASTRESANA, Amelia (2007), *Actos de palabra y derecho*, Salamanca, Ratio Legis.
- CHAPARRO, Patricio (2001), “Acerca de las operaciones bancarias y notas sobre ‘securitización’ o titulización de créditos (revisitada); bonos subordinados; ‘comfort letters’ y cartas de crédito ‘standby’”, en *Gaceta Jurídica*, 2001, N° 248, pp. 102-109.
- CLARO SOLAR, Luis (1936), *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las obligaciones* I, Santiago, Imprenta Nascimento.
- COLMAN VEGA, Luis (2024), “Instrumentos de caución para garantizar el fiel cumplimiento de los contratos administrativos. ¿Existe una equivalencia funcional?”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 38, pp. 33-58.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (1971), *The suretyship in the law of the Member States of the European Communities*, Approximation of Legislation Series N° 14.
- CONTARDO, Juan Ignacio (2014), “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el Código Civil”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 43, pp. 77-116.
- CONTRERAS, Osvaldo (2002), “El contrato de construcción y sus principales garantías”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, Año 4 N° 9, pp. 23-70.
- _____ (2014), *Derecho de seguros*, Santiago, Thomson Reuters.

- CORRAL, Hernán (2010), *Contratos y daños por incumplimiento. Estudios sobre su régimen jurídico y la responsabilidad por incumplimiento*, Santiago, Abeledo Perrot.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2017) “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXX, pp. 235-261
- D’ORS, Álvaro (1976), “Réplicas panormitanas: El *contractus* según La-beón”, en *REHJ* 1, pp. 17-32.
- _____ (1991), *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa.
- DALBY, Joseph (2010), “A Performance Bond, deconstructed”, en *Business Law International* 105, pp. 105-106.
- DE LA MAZA, Íñigo (2014), “Condiciones y obligaciones en el contrato de promesa. Corte Suprema, rol N° 512-2013, 24 de marzo de 2014”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 22 [online] Cita en línea: CL/JUR/497/2014. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000100009&lng=es&nrm=iso.
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2014), “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte”, en *Ius et Praxis*, Año 20, N° 1, 2014, pp. 15-38.
- DÍAZ, Ignacio; NASSER, Marcelo (2012), “Chapter 10:A, Chile”, *International Insurance Law and Regulation*, Graz, Westlaw, Center for International Legal Studies.
- DÍAZ DE VALDÉS, Macarena (2020), “Nulidad de cláusulas abusivas en reservas, promesas de compraventa y compraventas suscritas por consumidores de viviendas comercializadas en verde”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 35, pp. 273-285.
- DÍEZ PICAZO, Luis (1986), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Madrid.
- _____ (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid. Thomson Civitas, 6ª edición, T. 1.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2016), *Sistema de derecho civil II*, T. 1, Madrid, Tecnos.

- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1991), “*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 189, pp. 7-34.
- _____ (1981), “Consideraciones en torno a los negocios jurídicos con causa abstracta”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 170, pp. 93-108.
- ELORRIAGA, Fabián (2009), “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, pp. 135-166.
- ENNECERUS, Ludwig (1950), *Derecho de obligaciones* Vol. II Doctrina Especial (Trad. de la 35ª Edición Alemana por PÉREZ, BLAS y otros), § 188.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo (2000), *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Madrid, Civitas.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 15 de julio de 2021, Ingreso N° 22364-2021.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 16 de abril de 2009, Ingreso N° 5712-2007.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 14 de enero de 2010, Ingreso N° 3393-2008.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 14 de mayo de 2012, Ingreso N° 69-2011.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 27 de abril de 2017, Ingreso N° 59019-2016.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 4 de mayo de 2015, Ingreso N° 4573-2015.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 4 de octubre de 2016, Ingreso N° 35501-2015.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 24 de octubre de 2016, Ingreso N° 49.670-2016, “Servicio de Salud Chiloé con Cesce”.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 6 de enero de 1988, Ingreso N° 10966-1987.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 7 de mayo de 2007, Ingreso N° 5340-2005.
- EXCMA. CORTE SUPREMA, 27 de abril de 2017, Ingreso N° 59019-2016.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2014), “Las garantías bancarias en el comercio internacional”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 47, N° 139, pp. 101-144.
- FERRANTE, Alfredo (2018), “Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 35 (julio-diciembre de 2018), pp. 165-201.

- FIEDLER, George (1945), “The Heard Act and the Miller Act After Fifty Years”, en *Insurance Counsel Journal* N° 12, pp. 22-24.
- FLORES, Juan Carlos (2019), “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 53 (segundo semestre), pp. 67-98.
- FORLANI, Federica (2010), “In tema di escussione abusiva di garanzia bancaria autónoma: tra ‘*exceptio doli*’ ed opponibilità dei limiti oggettivi della dichiarazione di garanzia”, en *Banca borsa e titoli di crédito* II, pp. 375-404.
- FRANKLIN, Charles (1980), “Problems of the Performance Bond Surety with Casualty Insurance exposures”, en *Forum* N° 16, pp. 567-586.
- FUEYO, Fernando (1958), “La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago”, en *RDJ*, LV, pp. 95-113.
- FULLER, Lon (1967), “What is a legal fiction?”, en *Legal Fictions*, Stanford Univ. Press.
- _____ (2006), “¿Qué es una ficción jurídica?”, en *Ficciones jurídicas* (Mendonça y Schmill, Compiladores), México, Ed. Fontamara.
- GALLARDO, Marcelo (2015), “Comentario al artículo 512 inciso 2º”, en *El contrato de seguro* cit., pp. 42-55.
- GAMBINO, Agostino (1992), “Líneas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca y las nuevas formas técnicas de seguro mixto de vida con prima única”, en *Revista Española de Seguros* N° 70, abril-junio 1992, pp. 29-40.
- GAROFALO, Luigi (2011), “Sull’eccezione di dolo generale”, en *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, Jovene, pp. 1-54.
- GARRIGUES, Joaquín (1983), *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 8ª ed., Madrid, Imp. Aguirre.
- _____ (1973), *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, J. Garrigues.
- GAZMURI, Francisco y CHAIGNEAU, María Paz, “¿Es posible pactar la solemnidad del contrato de seguro?”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, año 18, N° 25, pp. 107-118.
- GOLDENBERG, Juan Luis (2015), “Comentario al artículo 540”, en *El contrato de seguro* cit., pp. 442-455.

- GÓMEZ-BLANES, Pablo (2009), “La accesoriedad de la fianza”, en *Vniversitas* N° 158, pp. 15-59.
- GONZÁLEZ SAAVEDRA, Miguel (1962), *La boleta bancaria de garantía*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GONZÁLEZ, Joel (2018), “El seguro de garantía o caución”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 243 (enero-junio), pp. 71-91.
- GOODE, Roy (2004), *Commercial Law*, London, 3rd ed. Penguin.
- GUILLOUARD, Louis-Vincent (1845), *Traité des cautionnements & des transactions. Livre III, titres XIV et XV du Code Civil*, Paris, Durand et Perond Lauriel Ed. 2^a ed.
- GÜRSER, Özlem (2015), *Marine Insurance Law*, Oxford, Routledge.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1995), “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato I. El vocabulario de la negocialidad jurídica en el Derecho Romano”, en *REHJ* 17, pp. 79-122.
- _____ (2000), “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato, III: Los orígenes históricos de la teoría general del contrato”, pp. 47-60. Disponible (cita de 22 de nov. de 2021) en <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/310/298>
- _____ (2001), “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos* N° 23, pp. 244-254.
- _____ (2001), *Derecho Privado Romano*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile.
- _____ (2002), “La buena fe en el Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* 29 (1), pp. 11-23.
- _____ (2005), *De las donaciones entre vivos*, Santiago, LexisNexis.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2017), “La sustitución de la noción ‘título-valor’ por ‘valores negociables’ en la Ley del Mercado de Valores de España, como base para la delimitación de un derecho del mercado de valores”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 24, N° 2, pp. 211-237.

- HENRÍQUEZ HERRERA, Ian (2005), “La abstracción y literalidad de títulos de crédito en garantía”, en *Revista Chilena de Derecho* 32 N° 1, pp. 187-191.
- HERNÁNDEZ MENI, Ignacio (2021), “La virtualidad de la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza de las garantías autónomas. La problemática de la calificación jurídica”, en *Revista de Derecho Civil* vol. VIII, N° 4 (octubre-diciembre, 2021) Estudios, consultada el 23 de agosto de 2022 en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- HERRERA PETERS, Matías (2005), *Responsabilidad penal por utilización abusiva de letras de cambio, pagarés y cheques suscritos para facilitar o garantizar el cumplimiento de obligaciones*, Tesis para optar al Grado Académico de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Escuela de Graduados, p. 10 (disponible en https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106775/herrera_m2.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- IBBETSON, David (2022), “Writing, Speaking and the Roman *Stipulatio*”, en *Principle and Pragmatism in Roman Law* (SPAGNOLO and SAMPSON Eds.), Oxford, Hart Publishing, pp. 99-115.
- ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 28 de diciembre de 2022, Ingreso Contencioso Administrativo N° 3-2022, caratulados “AVLA con CMF”.
- ILTMA CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, 7 de septiembre de 1939, en *RDJ*, T. 38, sec. 1ª, p. 560.
- ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 12 de julio de 1932 en *RDJ*, T. 32, sec. 1ª, p. 189.
- ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 de diciembre de 1898, G. 1898, T. II, N° 1.127, pp. 842 ss.
- ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 30 de mayo de 2023, Ingreso Contencioso Administrativo N° 95-2022, “Orsan Seguros de Crédito y Garantía S.A. con CMF”.
- ILTMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 27 de diciembre de 2023, Ingreso N° 11.921-2020 “Junaeb con Cesce”.
- ILTMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 25 de febrero de 2021, Ingreso N° 136-2020 (Contencioso Administrativo) “Avla con CMF”.
- ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 6 de mayo de 2016, Ingreso N° 12.715-2015 “Servicio de Salud Chiloé con Cesce”.

- ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 17 diciembre 1980, RDJ T. 77, sec. 2^a, p. 140.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS IAIS, *Insurance Core Principles* (ICP, Updt. Nov. 2017).
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2013), “Boleta de garantía bancaria e insolvencia. Su impacto en el principio de la *par conditio creditorum*”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20 N° 2, pp. 175-199.
- _____ (2011), “El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”, *Estudios Constitucionales* 9, N° 2, pp. 453-498.
- _____ (2012), “La sociedad anónima de garantía recíproca en Chile; precisiones y propuestas para un nuevo sistema de garantías (Las tendencias del derecho de sociedades en apoyo a la Pyme)”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19, N° 1, pp. 71-128.
- _____ (2013), “Boleta de garantía bancaria e insolvencia. Su impacto en el principio de la *par conditio creditorum*”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20 N° 2, pp. 175-199.
- JUZGADO DE LETRAS DE PEÑAFLORES, “Rano Kau con Municipalidad de Padre Hurtado”, rol N° 1496-2021.
- JUZGADO DE LETRAS DE PUERTO VARAS, rol N° C-1352-2020, Reorganización Judicial de la empresa “Inmobiliaria Lagos del Sur SpA”.
- KELSEN, Hans (2006), en *Ficciones jurídicas. Kelsen, Fuller, Ross* (Mendonça y Schmill, Compiladores), México, Ed. Fontamara.
- KESKITALO, Petri (2006), “Contracts + Risks + Management = Contractual Risk Management?”, en *Nordic Journal of Commercial Law*, N° 2, pp. 1-28.
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2014), “La relación entre el Derecho del contrato de seguros y el Derecho de los consumidores”, en JEQUIER, Eduardo (editor), *Estudios de Derecho Comercial*, pp. 271 ss.
- _____ (2006), *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, Fundación Mapfre.
- _____ (2012), “Comentarios e indicaciones al proyecto de ley sobre reforma al Código de Comercio en materia de seguros”, *Revista Chilena de Derecho de Seguros (AIDA - Chile)*, N° 21, pp. 119-138.

- _____ (2014), “La reforma al Derecho del contrato de seguros”, *Revista Chilena de Derecho de Seguros (AIDA-Chile)*, N° 23, pp. 27-57.
- _____ (2015), “Comentario al artículo 524”, en *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio cit.*, pp. 269-292.
- LAMBRINI, Paola (2010), “Contratto autonomo di garanzia en *exceptio doli generalis*”, en EAD, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova.
- LARA AGUAYO, Edinson (2005), *El aval cambiario*, Santiago, LexisNexis.
- LAWRY, RAWLINS, y MERKIN (2011), *Insurance Law, Doctrines and Principles*, 3ª edición, Oxford, Hart Publisher.
- LAZO, Patricio (2019), “Doctrina *puerorum* y *exceptio doli*. Una discusión sobre estrategias interpretativas”, en *REHJ* 41 Valparaíso, pp. 51-68.
- LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), *Los contratos. Parte General*, Santiago (Quinta Edición actualizada por ELORRIAGA F.), Abeledo Perrot.
- MAINE, Sir Henry (1861), *Ancient Law*, London, J.M. Dent & Sons.
- MERUZZI, Giovanni (2005), *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, Cedam.
- MEYLAN, Philippe (1936), “La loi 43 Dig. 46,4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labeon”, en *Studi in onore di Salvatore Riccobono* 4, Palermo, Arti Grafiche Castiglia, pp. 282 ss.
- MILONE, Filippo (1970), *La exceptio doli (generalis)*, Roma, L'Erma di Bretschneider.
- MOLINA, Carlos (2015), “Comentario al artículo 579”, en *El contrato de seguro cit.*, pp. 695-701.
- _____ (2015), “Comentario al artículo 582”, en AA.VV. *El contrato de seguro, cit.*, 713-722.
- _____ (2015), “Comentario al artículo 583”, en *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio cit.*, 723-730.
- MONTI, Alberto (2002), *Buona fede e assicurazione*, Milano, Giuffré.
- MONTICELLI, Salvatore (2003), *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

- MUSSO ARRATIA, Benjamín (2023), “Comentario al artículo 2354”, en *Comentario Histórico-Dogmático al Libro IV del Código Civil del Chile II* (AMUNÁTEGUI, Carlos, Ed.) Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1922-1926.
- _____ (2023), “Comentario al artículo 2343”, en *Comentario histórico-dogmático al Código Civil de Chile II*, pp. 1888-1892.
- _____ (2023), “Comentario al artículo 2370”, en *Comentario histórico dogmático... cit.*, pp. 1965-1970.
- NAPPI, Filippo (1992), *La garanzia autonoma*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- NASSER, Marcelo (2010), *Asimilaciones a la compraventa en el Derecho Romano*, Santiago, LegalPublishing.
- _____ (2014), “Solución de controversias tras la entrada en vigencia de la nueva ley de contrato de seguros N° 20.667”, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas, Cuadernos de Análisis Jurídicos* Universidad Diego Portales y Fundación Fernando Fueyo, Santiago, pp. 259-282.
- _____ (2016), “Solución de controversias en la actual legislación de seguros”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* N° 25, pp. 79-104.
- _____ (2017), “Regulación del seguro por medios electrónicos y telefónico”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* 19 N° 26, pp. 41-58.
- _____ (2018), *Los seguros de personas*, Santiago, Thomson Reuters.
- _____ (2024), “Los deberes del liquidador de seguros en Chile”, en AA.VV. *Derecho de daños y responsabilidad civil* (G. Rosso, editor), Santiago, Tirant lo Blanch, pp. 51-85.
- _____ (2015), “Artículo 534. Subrogación”, en *El contrato de seguro, Comentarios al título VIII, Libro II del Código de Comercio*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 386-400.
- NATOLI, Roberto (2012), “Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia è della polizza fideiussoria”, en *Giureta. Rivista di Diritto dell’Economia dei Trasporti e dell’Ambiente* X, pp. 1-13.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel (1982), “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, en VERDERA, Evelio (Coord.), *Comentarios*

- a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, pp. 867-914.
- OVIEDO, Jorge (2015), *Vicios ocultos en la compraventa*, Bogotá, Temis.
- PAILLÁS, Enrique (2002) *El recurso de protección ante el Derecho Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO, Daniel (1999), “La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones”, en *Revista de Derecho* (Concepción) N° 206, pp. 7-23.
- _____ (2003), *Obligaciones*, Santiago Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ BRAVO, Carlos (2009), “La *stipulatio*. Características generales”, en *Ars boni et aequi* N° 5, pp. 137-156.
- PESCIO, Victorio (1926), *La fianza*, Valparaíso, Fischer y Cía. Editores.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013), “Comentario al artículo 12 A”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (DE LA MAZA, I. y PIZARRO, C. editores y BARRIENTOS, F. editora), Santiago, Thomson Reuters-UDP-Fundación Fueyo, pp. 172-174.
- PIZARRO AMIGO, Marcela y BARROILHET ACEVEDO, Claudio (2008), “Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX*, pp. 155-181.
- PIZARRO, Carlos (2007), “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en *Ius et Praxis* 13, N° 1, pp. 11-28.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro (2015), “El seguro de caución indirecta”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1740-1745.
- PRADO, Arturo (2011), “Algunos aspectos de la boleta bancaria de garantía”, en AA. VV. *Doctrinas Esenciales. Gaceta Jurídica. Derecho Comercial* (VERDUGO, Mario, Director), T. III, Abeledo Perrot, Santiago, pp. 531 ss. (= *Gaceta Jurídica* N° 238/2000), pp. 7-11.
- PROVOST, Magalie (2009), *La notion d'intérêt d'assurance*, Paris, L.G.D.J.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1971), *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Resolución Exenta N° 1.057 de 2020, que aplicó sanción de multa de UF 1000 a AVLA SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A.

Resolución Exenta N° 1.138 de 2021, que aplicó sanción de multa de UF 300 a AVLA SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A.

Resolución Exenta N° 1.962 de 2021, que aplicó sanción de multa de UF 1300 a ORSAN SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A.

Resolución Exenta N° 2.313 de 2023, que aplicó sanción de censura a SEGUROS KONSEGUR DE GARANTÍAS Y CRÉDITOS S. A.

Resolución Exenta N° 351 de 2022, que aplicó sanción de multa de UF 1000 a ORSAN SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A.

Resolución Exenta N° 4.817 de 2023, que aplicó sanción de multa de UF 1500 a ORSAN SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A.

Resolución Exenta N° 7.495 de 2021, que aplicó sanción de multa de UF 300 a AVLA SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A.

Resolución Exenta N° 7400 de 2022, que aplicó sanción de multa de UF 1000 a CESCE CHILE ASEGURADORA S.A.

RICCOBONO, Salvatore (1957), “*Stipulation and the theory of contract*” (KERR WYLE y BEINARD Eds.), Amsterdam/Capetown, Balkema.

RÍOS OSSA, Roberto (2015), “Comentario al artículo 542”, en *El contrato de seguro. Comentarios al título VIII, Libro II del Código de Comercio* (R. Ríos, Dir., y C. Schiele, Ed.), Santiago, Thomson Reuters, pp. 468-471.

_____ (2014), *El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños*, Santiago, Thomson Reuters.

_____ (2015), “Comentario al artículo 513 letra b”, en AA.VV. *El contrato de seguro* cit., pp. 59-61.

_____ (2015), “Comentario al artículo 512 inciso 1º”, en *El contrato de seguro* cit., pp. 31-41.

_____ (2015), “Comentario al artículo 529 N° 2”, en AA.VV. *El contrato de seguro* cit., pp. 356-360.

_____ (2015), “Comentario al artículo 542”, en AA.VV. *El contrato de seguro* cit., pp. 461-473.

_____ (2015), “Comentario el artículo 539”, en *El contrato de seguro...cit.*, pp. 433-441.

- _____ (2015), “Comentario al artículo 513 letra c”, en *El contrato de seguro* cit., pp. 62-66.
- _____ (2015), “Comentario al artículo 513 letra s”, en *El contrato de seguro. Comentarios...* cit., pp. 139-149.
- _____ (2022), “El seguro de garantía a primer requerimiento y la *exceptio doli*”, en *XII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (BERNET y MANTEROLA, eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 299-314.
- RIPERT, Georges (1954), *Tratado elemental de Derecho Comercial. III Operaciones comerciales* (De Solá Cañizares, trad.) París, Buenos Aires, TEA.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana María (2018), “La accesoriidad de las garantías en el derecho romano. ¿son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño?”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XL, Valparaíso, pp. 47-69.
- RODRÍGUEZ, Javier (2023), “Comentario al artículo 1449”, en *Comentario Histórico-Dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile* (Amunátegui Carlos, Ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 134-135.
- ROSS, Alf (1969), “Legal Fictions”, en *Law, Reason and Justice* (Hughes Graham), NYU Press.
- _____ (2006), “Ficciones jurídicas”, en *Ficciones jurídicas. Kelsen Fuller, Ross* (Mendonça y Schmill, Compiladores), México, Ed. Fontamara.
- ROSSETTI, Marco (2012), *Il diritto delle assicurazioni*, Padova, Cedam.
- ROSSI, Guido (2016), *Insurance in Elizabethan England. The London Code*, Cambridge, Cambridge University Press.
- RUSSO, Claudio (1997), *Le assicurazioni fideiussorie*, Giuffrè, Milano.
- SAMPER, Francisco (2000), *Instituciones de Gayo. Texto y traducción*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- _____ (2003), *Derecho Romano*, Santiago, Ediciones P. Universidad Católica de Chile.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo y QUICAÑO RODRÍGUEZ, Javier (2011), “Las excepciones del garante frente al beneficiario en la garantía autónoma del derecho español”, en *Revista Análisis Internacional* N° 3, pp. 271-322.
- SCHMITTHOF, Clive M., *Export trade. The law and practice of International Trade*, 11ª ed. London, Sweet & Maxwell.

- SEMEGHINI, Danilo (2010), *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, Giuffrè.
- SERRANO, Claudia (2011), “La legitimación para el pago de un tercero”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII, pp. 137-211.
- SIRGADO DÍAZ, Emil (2014), “El negocio jurídico, la abstracción y el derecho civil alemán”, en *Revista de Derecho - Escuela de Postgrado* N° 6, pp. 49-68.
- SOBEHART, Jorge R.; KEENAN, Sean C. (2002), “A Practitioner’s View of Current Default Risk Models”, *17 Commercial Lending Review* N° 27, pp. 27-33.
- SOMARRIVA, Manuel (1943), *Tratado de las cauciones*, Santiago de Chile, Nascimento.
- STAMMLER, Rudolf (1886), “*Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*”, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, Tübingen.
- STITCHKIN, David (1989), *El mandato civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- TAFARO, Sebastiano (2002), “Hombre y obligaciones: equilibrio entre las prestaciones”, (Yuri González Roldán, Trad.), en http://www.diritto-estoria.it/tradizione2/Tafaro-Hombre-y-obligaciones%20.htm#_ftn1, ponencia presentada ante el XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano: *El Derecho Romano en la Identidad e Integración de América Latina frente al fenómeno de la Globalización* (Cuba, 7-10 de agosto de 2002).
- TARTAGLIA, Paolo (1999), *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, Giuffrè.
- TOMILLO URBINA, Jorge (2011), “La caracterización autónoma del fiador en la estructura obligacional subjetiva”, en *Revista Chilena de Derecho Comercial* N° 2 Año II, pp. 69-89.
- TROPLONG, M. (1946), *Du cautionnement et transactions, commentaire des titres xiv et xv, livre iii, du code civil*, T. 17, Paris, Charles Hingray, Libraire-Editeur.
- _____ (1835), *Le Droit Civil expliqué suivant l’ordre des articles du Code, Depuis et y Compris le Titre de la Vente. Des privilèges et hipotèques*, Paris, Tome Premier, Charles Hingray, Libraire-Éditeur.

- _____ (1846), *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Depuis et y Compris le Titre de la Vente. Du Cautionnement*, Paris, Charles Hingray, Libraire-Éditeur.
- UGARTE, José Joaquín (2021), *Curso de Derecho Civil*, Santiago, Thomson Reuters.
- UNCITRAL, *Explanatory note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*, N° 45.
- VAN DEN BRINCK, H. (1972), “The origin of contract”, en *Talanta* 4, pp. 1-22.
- VERDERA, Evelio (coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros.
- VERGARA, Alejandro (2014), “La *summa divisio iuris* público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles”, en *Revista de Derecho Privado* (Universidad del Externado), N° 26 disponible en <https://bit.ly/30qHGUn> (consultada el 18 de diciembre de 2023), pp. 43-69.
- VIDAL, Álvaro (2009), “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”, (GUZMÁN BRITO, ed., *El Código Civil de Chile (1855-2005); Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, 2ª edición, Santiago, LegalPublishing).
- _____ (2009), “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”, (GUZMÁN BRITO, ed., *El Código Civil de Chile (1855-2005); Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación*, 2ª edición, Santiago, LegalPublishing, pp. 510 ss.
- _____ (2018), “La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria desde la idea de la vinculación contractual ‘garantía’”, en *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Santiago, Thomson Reuters.
- VIVANTE, Cesare (1896), *Tratatto di Diritto Commerciale*, Vol. II, Parte II, *Le Merci e i Titoli di Credito*, Torino, Fratelli Bocca Ed.

- WATSON, Alan (2007), *Comparative Law: Law, Reality and Society*, Lake Mary. Fl., Vandephas Publishers.
- WINTER, Rodrigo (1995), *La boleta bancaria de garantía. Análisis práctico y jurídico*, Santiago, Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux.
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996), *The law of obligations*, Oxford, Clarendon Press.



Thomson
Reuters™



ESTE LIBRO INCLUYE UNA
VERSIÓN ELECTRÓNICA

THOMSON REUTERS
ProView™



SI NO TIENE UNA CUENTA **ONEPASS**



1 - Ingresar a <https://onepass.thomsonreuters.com> y clicar en "Crear perfil **OnePass**".



2 - Registrar un e-mail personal para asociar la cuenta y, a continuación, completar los datos requeridos.



3 - Una vez creada la cuenta, cerrar sesión y dirigirse al mail personal para activar el número *token*.



SI YA CREÓ SU CUENTA **ONEPASS**



1 - Validar el número de token recibido por mail haciendo clic en el enlace enviado.



2 - Luego, ingresar a la cuenta **OnePass** y confirmar el token haciendo clic en *submit*.
Aparecerá la imagen de la tapa del libro adquirido.



3 - Acceder al material comprado a través de la Biblioteca Digital **ProView** con el usuario y la contraseña creados previamente en **OnePass**.



4 - Se puede ingresar a la Biblioteca Digital **ProView** desde cualquier soporte con acceso a Internet.



Por consultas sobre el proceso de activación de la versión electrónica puede comunicarse al teléfono **22 483 8600** (Opción 0)

Horario de atención: lunes a viernes de 9.00 a 18.00 h



Navegador: Acceder a través de

<https://next-proview.thomsonreuters.com>

CONOZCA Y APROVECHE TODAS LAS FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN PROVIEW



SELECCIONE Y DESTAQUE TEXTOS

Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y resaltados



UTILICE LA TABLA DE CONTENIDOS PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN PUNTUAL

Podrá utilizar la tabla de contenido para hacer búsquedas por palabras clave



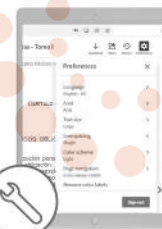
HISTORIAL DE NAVEGACIÓN

Encuentre la información de los libros que fueron consultados con anterioridad. Además, aquí también aparecerán los subrayados que haya realizado en el libro



ORDENAR

Organice su biblioteca por: título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción, área del Derecho, tipo de almacenamiento, pertenencia



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA

Cree un marcador de página en el libro cliqueando en el icono de *marcador de página* situado en el extremo superior derecho de la página



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Realice búsquedas de libros dentro de la biblioteca por medio de palabras clave



ACCESO A LAS PUBLICACIONES

Las publicaciones están disponibles tanto online como offline (dentro de la plataforma), solo debe descargarlas



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido

Nota: no todas las funcionalidades están disponibles en todos los libros.