



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

rderecho@uninorte.edu.co

Universidad del Norte

Colombia

Goldenberg Serrano, Juan Luis

El riesgo en el seguro de crédito conforme a la legislación chilena

Revista de Derecho, núm. 46, julio-diciembre, 2016, pp. 1-38

Universidad del Norte

Barranquilla, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85147561002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El riesgo en el seguro de crédito conforme a la legislación chilena*

The risk in the credit insurance
pursuant to the Chilean regulation

Juan Luis Goldenberg Serrano**

*Este trabajo forma parte de la investigación que se realiza en el marco del proyecto de investigación Fondecyt Regular n° 1141220, titulado “El contrato de seguro como contrato de consumo. Examen crítico de su estructura y sistematización después de las reformas de la ley de protección del consumidor y el Código de Comercio”, en el cual el autor de este artículo es coinvestigador.

** Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O’Higgins n° 340, Santiago. Teléfono 562 354 1834. jgoldenb@uc.cl

REVISTA DE DERECHO

N.º 46, Barranquilla, 2016

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Inserto en el marco de la nueva regulación del contrato de seguro en el Código de Comercio chileno, los artículos 579 a 581 nos ofrecen un contexto regulatorio del seguro de crédito alejado de la lacónica referencia dada previamente por el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley n° 251 de 1931. Sin embargo, una controversial referencia al riesgo cubierto, enunciado como el incumplimiento de la obligación, y su difícil ajuste a los hechos típicos desencadenantes de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, dan cuenta de la necesidad de revisar el tópico, especialmente en un área del mercado de seguros, en que el diseño institucional asigna reglas particulares para conformación a las aseguradoras del primer grupo. A su vez, desplazada la lógica contractual liberal del seguro, propia de la regulación codificada, y reemplazada por un ámbito de aplicación reducido de la autonomía privada, los eventuales desajustes normativos no pueden ser fácilmente resueltos a la luz del texto de los condicionados generales sin afectar el marco imperativo que pretende ampliar los niveles de protección del tomador, en este caso con relación a la individualización del riesgo.

Palabras clave: seguro de crédito, riesgo, insolvencia.

Abstract

Inserted in the framework of the new regulation of the insurance agreement in the Chilean Commercial Code, articles 579 to 581 provide a regulatory context of the credit insurance, departed from the brief reference previously granted by the article 11 of the Decree with Legal force n° 251 of 1931. However, a controversial reference to the hedged risk, related to the breach of the obligation, and a difficult adjustment with the legal facts that trigger the indemnity obligation of the insurer, show the need to revisit the topic, especially in an area of the insurance market in which the institutional design determine particular rules for the incorporation of the insurers of the first group. In turn, once shifted the liberal logic of the insurance agreement, basis of the codified regulation, and replaced by a reduced scope of the private autonomy, the possible normative mismatches may not be easily solved within the general conditions of the agreement, without affecting the imperative framework that aims to extend the level of protection of the insured party, in this case, referred to the identification of the risk.

Keywords: credit insurance, risk, insolvency.

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2015

Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2015

INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que hace un buen tiempo el crédito ha sido uno de los motores fundamentales de la economía, quedando patente en las lógicas del endeudamiento como forma de dotación de recursos para el logro de los propósitos corporativos. En este sentido, la irrupción de la mecánica de las obligaciones a plazo o, incluso, fraccionadas en el tiempo, requieren de una mayor tutela hacia el acreedor, que se convierte así en una especie de financista del deudor por el lapso que media entre la constitución del crédito y la época de su satisfacción. Ahora bien, junto a las figuras habituales de fortalecimiento del crédito, bajo la idea de cauciones reales o personales, el mercado asegurador también ha dotado al acreedor de un instrumento específico para el alivio del riesgo de crédito¹. Pero dado que dicho riesgo puede presentarse de varios modos, el seguro de crédito ha pretendido asegurar la posibilidad de un específico evento dañino dentro del universo del riesgo crediticio (Marimón, 2002a, p. 779). De este modo, este trabajo pretende identificar el citado riesgo como elemento estructural del seguro de crédito, tomando especialmente en cuenta la nueva regulación del contrato de seguros prevista en la legislación chilena.

LA NOCIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE CRÉDITO

Antecedentes normativos en el ordenamiento chileno

Como parte de la estructura común a todo seguro, el artículo 521 del Código de Comercio (“CCom”) nos señala la existencia de un riesgo asegurado como uno de sus requisitos esenciales, cuya ausencia puede

¹ Morral (2002, p. 25). Para una revisión de las ventajas de esta clase de seguros, *vid.* Achurra (2005, pp. 189 y 190; Arellano, 2013, pp. 264 - 266, y Contreras, 2014, pp. 466 y 467). En Chile, la Superintendencia de Valores y Seguros ha informado que “las compañías de seguro de crédito vendieron US\$ 72,5 millones durante 2013 por concepto de seguros de crédito”, con un crecimiento importante desde 2009 (US\$ 53,1 millones), pero estabilizado en relación con 2012 (US\$ 72,7 millones). Asimismo, la siniestralidad de los seguros de crédito descendió en el año 2013 en US\$2,32 millones con respecto al año anterior (Macías, 2014 [*recurso electrónico*]).

desembocar en la nulidad absoluta del contrato². De este modo, su correcta individualización en cada uno de los tipos de seguros cubiertos en la regulación constituye un elemento nuclear en la dinámica del contrato y fijará la posibilidad de pago de la indemnización comprometida por la aseguradora al tiempo de verificarse el siniestro. Así, entre el riesgo y el siniestro debe existir una conexión perfecta (Morral, 2002, pp. 169, y Ríos, 2015a, p. 183), lo cual da lugar a la obligación indemnizatoria de la aseguradora. Ello ha llevado a la doctrina a aseverar que, en la estructura jurídica del seguro, el riesgo se comporta como su causa, esto es, como motivo determinante, último y constante para contratar (Garrigues, 1993, p. 277).

Desde esta perspectiva, la determinación de cuál es el riesgo asegurado en el seguro de crédito no resulta en una cuestión menor, puesto que solo constatados sus deslindes podrán juzgarse tanto la validez como la extensión de las obligaciones impuestas a la aseguradora, y se conjugará como un elemento decisivo para resolver los problemas de asimetría que se producen en el contexto de los deberes precontractuales de información ante un tomador en posición de debilidad (Barrientos, 2015a, p. 70). Ahora bien, en tanto el seguro de crédito se conforma como una figura típica en el ordenamiento chileno, la individualización genérica del riesgo corresponde únicamente al legislador, sin perjuicio de las facultades de las partes para poder llevar a cabo su correcta delimitación para el caso concreto (Ríos, 2015b, pp. 157-158). Sin embargo, la forma en que el legislador ha individualizado el riesgo propio del seguro de crédito no se ha presentado de manera normativamente uniforme, muchas veces con una ambigua dicción terminológica que la doctrina ha insistido en reconducir a formulaciones propias del ámbito comparado, que no siempre ha quedado expresada en el texto legal chileno.

² El artículo 521 CCom dispone lo siguiente: “**Requisitos esenciales del contrato de seguro. Nulidad.** Son requisitos esenciales del contrato de seguro, el riesgo asegurado, la estipulación de prima y la obligación condicional del asegurador de indemnizar.// La falta de uno o más de estos elementos acarrea la nulidad absoluta del contrato.// 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”.

a. Decreto con Fuerza de Ley n° 3, de 21 de abril de 1967

En primer término, debe tenerse presente la normativa relativa al “seguro de crédito a la exportación”, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley n° 3, de 21 de abril de 1967, que otorgaba una definición de dicha clase de seguro, disponiendo que este tenía por objeto asegurar al exportador en contra de los riesgos inherentes al crédito de la exportación de mercaderías y servicios (artículo 1°), incluyendo en dicho concepto los riesgos comerciales, políticos y catastróficos (artículo 2°). Ahora bien, en relación con los riesgos comerciales, se entendía por estos aquellos derivados del incumplimiento de la obligación de pago del comprador extranjero, en la medida que este estuviese causado por la insolvencia del deudor, proveniente de causas que no fueren de aquellas que técnicamente se consideran como políticas o catastróficas (artículo 3°). De tal suerte, el mismo artículo 3° señalaba ciertos eventos que quedaban comprendidos como riesgos comerciales (incluyendo la declaración de quiebra, la celebración de convenios judiciales o extrajudiciales, la insuficiencia de bienes constatada por medio de juicios ejecutivos, etc.), sin perjuicio de que su inciso final permitía también la comprobación de la insolvencia por cualquier otro medio. De la conjugación de dichas normas resulta evidente que el riesgo tipificado por el legislador –identificado como riesgo comercial– no se veía satisfecho por el solo incumplimiento de la obligación, como puede advertirse del artículo 2° ya citado, sino que se encontraba en la posibilidad de insatisfacción del acreedor por el hecho de la insolvencia del deudor, sea que esta hubiese sido comprobada por medio de cualquiera de las causales tipificadas en la norma, sea por la amplitud probatoria señalada en el inciso final del citado artículo 3°.

b. Artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley n° 251

En un segundo momento, el ordenamiento chileno ofreció un nuevo concepto mediante la incorporación del inciso final del artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley n° 251, sobre compañías de seguros (en adelante “DFL 251”), por parte de la Ley n° 18.814, de 28 de julio de

1989³. De esta forma, el seguro de crédito quedó definido como “aquel que cubre los riesgos de pérdida o deterioro en el patrimonio del asegurado, producto del no pago de una obligación de dinero o de crédito de dinero”. Dicha disposición pretendía conceder una descripción de esta especie de seguro solo para enmarcar el diseño institucional de la actividad aseguradora. Así, dada la división de las compañías de seguros en grupos (artículo 11 del DFL 251)⁴, la contratación de seguros de crédito confiere tal especialidad a las entidades del primer grupo que les convierte en una sociedad de objeto exclusivo (Molina, 2010, p. 32).

No obstante, el artículo en comentario sí conseguía adicionalmente identificar el riesgo haciendo alusión al “no pago” de una obligación de dinero o de crédito de dinero. Al respecto, la doctrina chilena refiere el origen del concepto del riesgo asegurado en el seguro de crédito a la tesis esbozada por Jean Bastin (Arellano, 2013, p. 263; Contreras, 2014, p. 465; Molina, 2015, p. 695), quien lo definía como “aquel sistema asegurador que permite a los acreedores, a cambio de una remuneración, estar cubiertos de la falta de pago de los créditos que les adeudan determinadas personas previamente identificadas y en situación de incumplimiento de pago” (Bastin, 1993, p. 81). No obstante, los referidos autores no detienen su análisis en el hecho de que el autor de origen belga no se estaba refiriendo al seguro de crédito en términos estrictos (como los que proponen las definiciones del Derecho chileno), sino a modo de una categoría integrada por los seguros de crédito, caución

³ A estas alturas, la Ley n°. 18.660, de 20 de octubre de 1987, ya había derogado la regulación del “seguro de crédito a la exportación”, antes citada.

⁴ En su parte pertinente, el artículo 11 del DFL 251 dispone lo siguiente: “Los riesgos de crédito deberán ser asegurados sólo por compañías del primer grupo que tengan por objeto exclusivo precisamente cubrir este tipo de riesgo, pudiendo, además, cubrir los de garantía y fidelidad”.

y fidelidad⁵. Adicionalmente, Bastin utilizaba la voz “falta de pago”⁶ (similar al “no pago” al que se refiere el artículo 11 del DFL 251), desaprobando desde el plano teórico, salvo en el seguro de caución, que este se refiriese al solo vencimiento de la deuda, y, por tanto, al mero incumplimiento de la obligación dineraria, pudiendo intervenir “después de un determinado plazo, régimen de insolvencia presunta que se concreta en el plazo de carencia”. Ello, agregaba, al tiempo que este “[p]uede ser finalmente el día en que la insolvencia se consagra con la quiebra e incluso con la clausura de la quiebra, según la tesis más restrictiva” (Bastin, 1993, p. 82).

c. Artículo 579 del Código de Comercio

Finalmente, el artículo 579 CCom, conforme al tenor dispuesto por la Ley n° 20.667, hoy define el seguro de crédito como aquel en que “el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas que experimente por el incumplimiento de una obligación de dinero”.

De una lectura inicial de dicha disposición puede aparecer que el riesgo se centra en la noción de incumplimiento, al tiempo que las pérdidas que de tal hecho resultan constituyen las consecuencias que este

⁵ Bastin (1993, p. 79). Esta aproximación amplia al seguro de crédito no es exclusiva del referido autor, sino que resulta de una concepción unitaria que incluye las modalidades de caución e insolvencia. Al respecto, *vid.* Morral (2002, p. 27, y Tirado, 2010a, pp. 1501 y 1502), especialmente considerando que los anteproyectos de la Ley 50/1980, del contrato de seguros en España, definían el seguro de crédito como aquel en que “el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños patrimoniales sufridos por el acreedor como consecuencia de la falta de realización de los créditos asegurados”, término genérico que reunía tanto al seguro de caución como el seguro de insolvencia.

⁶ Considérese además que Bastin (1993, p. 79) utilizaba la idea de la “falta de pago” en tanto se trata esta de “una noción muy amplia, que define el siniestro como una ausencia de pago sin determinar, sin embargo, el momento de la intervención del asegurador y del pago de la indemnización” (p. 82). A su vez, el autor tomaba como base las normas previstas en la Directiva 73/239/ECC, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio, modificada en lo que se refiere a los seguros de crédito por parte de la Directiva 87/343/CEE, del Consejo de 22 de junio de 1987, considerando tanto al seguro de crédito en sentido estricto (descrito en el Anexo A.14 como el referido a la insolvencia general, crédito a la exportación, venta a plazo, crédito hipotecario y crédito agrícola) como también al seguro de caución (descrito en el Anexo A. 15, descrito como caución directa y caución indirecta).

provoca en el patrimonio del acreedor asegurado⁷. Al mismo tiempo, podría parecer que tanto dicha disposición como la contemplada en el artículo 11 del DFL 251 (que, dicho sea de paso, no ha sido expresamente derogado por la Ley n° 20.667) identifican un mismo riesgo por medio del recurso de hacer sinónimas las expresiones “no pago” e “incumplimiento”. Pero nuevamente la referencia al incumplimiento parece ser una imprecisión de la traducción de la obra de Bastin, puesto que el original francés se refiere a la *défaillance de paiement*, haciendo referencia a la “falta de pago”, término que resultaba más comprensivo que el “incumplimiento de pago”, como se presenta en la traducción de su obra al español.

A nuestro juicio, se produce una distancia terminológica entre ambos preceptos, dado que la noción del “no pago” de la obligación había sido establecida como un término flexible que pretendía dar cuenta de la posibilidad de insatisfacción del acreedor por cualquier motivo, incluyendo la extinción de la deuda por medios diversos a su solución.

Entonces, las circunstancias constitutivas “del no pago” serían todas aquellas que las partes pudiesen haber acordado en el texto contractual al amparo de la autonomía, principio matriz de la regulación del contrato de seguro en el siglo XIX⁸.

Al contrario, la referencia al “incumplimiento de la obligación dineraria” en el artículo 579 CCom parecería dar cuenta de un concepto bastante más acotado, en que se habría producido una infracción al deber que integra la obligación asumida por el deudor. Al respecto, la

⁷ En contra Molina (2010), quien sostiene que “el riesgo cubierto en el seguro de crédito son las pérdidas definitivas que experimenta el asegurado a consecuencia de la insolvencia o cesación de pago de los créditos asegurados” (p. 39). En el mismo sentido, se había expresado Donati (1960), al señalar que el riesgo “es la pérdida definitiva (total o parcial) del valor del crédito por la insolvencia del deudor” (p. 390). Sin embargo, como explica Morral (2002), para el Derecho español, “... el riesgo sobre el que se pide la cobertura al asegurado no es de las pérdidas sino de la insolvencia definitiva. Por ejemplo, en los seguros de incendios (art. 45 LCS) y contra robo (art. 50 LCS), el riesgo objeto de la cobertura no son los daños, que son la consecuencia, sino los hechos como el abrasamiento con llama y la usurpación de bienes” (p. 169).

⁸ Achurra (2005, p. 190), pero actualizado a la legislación vigente por Barrientos (2015b, p. 426).

doctrina nos informa de la ausencia de una definición general de incumplimiento en el Código Civil, la cual solo puede obtenerse a partir de la fuerza obligatoria del contrato (artículo 1545)⁹ y del pago (artículo 1568)¹⁰ (Vidal, 2007, pp. 48 y 49). De este modo, como termina por afirmar De la Maza (2012, pp. 631-632) la noción de incumplimiento suele afirmarse en términos negativos, y a construirse especialmente a partir de las categorías dadas por el artículo 1556 CC en materia de responsabilidad contractual¹¹. Aun así, el incumplimiento se presenta generalmente como un fenómeno bastante más complejo si el contrato se observa desde la idea de la búsqueda de la satisfacción del interés del acreedor (Vidal, 2011, pp. 257-258) sirviendo como regla para verificar si la realización de la conducta por parte del deudor (o, incluso, un tercero) ha resultado realmente satisfactoria para el acreedor (Vidal, 2007, p. 49; Pizarro, 2008, pp. 256-257).

Sin embargo, limitándose las obligaciones aseguradas en el seguro de crédito únicamente a aquellas que pueden conceptualizarse como “obligaciones de dinero”, la cuestión del incumplimiento no parece presentar todas las complejidades que podrían suscitarse en otro tipo de obligaciones, incluso de objeto fungible, por supuesto, facilitando su acreditación. Como indica Urrejola (2011, p. 41), la forma de dar cumplimiento a las obligaciones dinerarias es mediante el hecho de la entrega de la suma debida al deudor, de lo cual se deriva que el único posible incumplimiento es el que deriva de la falta de tal entrega en la época convenida. De ahí que pueda resultar curiosa la elección del legislador, en el sentido de apreciar una necesidad de complementar la conceptualización del riesgo del seguro de crédito con los supues-

⁹ El artículo 1545 del Código Civil chileno dispone lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

¹⁰ El artículo 1568 del Código Civil chileno dispone lo siguiente: “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

¹¹ En su parte pertinente, el artículo 1556 del Código Civil chileno dispone lo siguiente: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

tos previstos en el artículo 580 CCom¹². El problema se suscitará en la medida que apreciemos que no todos los supuestos contemplados en dicha norma dan cuenta de una situación de incumplimiento, de lo cual resultará que o bien detengamos este análisis para dar cuenta de la evidente inconsistencia legislativa o volvemos a la idea de que la noción de incumplimiento utilizada por el artículo 579 CCom no es empleada en términos estrictamente técnicos. Aunque la primera alternativa aparece sugerente, no resuelve los problemas que puede suscitar la aplicación del seguro de crédito, pero la segunda opción debe asumir que la ley no ha pretendido una variación del sentido histórico del “no pago” descrito en el artículo 11 del DFL 251, pese a su errónea conceptualización en el texto vigente del CCom.

La construcción doctrinal del riesgo en el seguro de crédito en torno a la insolvencia del deudor

a. La posición de la doctrina tradicional

Aun cuando de la redacción del artículo 579 CCom podría parecer evidente que la construcción típica del riesgo asegurado se encuentra en el incumplimiento de una obligación dineraria, el problema se suscita en cuanto la mayoría de la doctrina chilena ha interpretado las normas del caso a efectos de entender que el riesgo no se plasmaría directamente en este, sino en un estado de insolvencia del deudor. Así se expresan Arellano (2013, p. 266) y Contreras (2014, p. 472), aunque en este último caso principalmente en razón de los antecedentes provenientes del Derecho comparado.

¹² El artículo 580 CCom dispone lo siguiente: “**Procedencia del reclamo de indemnización.** Habrá lugar al pago del seguro:

- a) Cuando el deudor haya sido declarado en quiebra mediante resolución judicial firme.
- b) Cuando haya celebrado con sus acreedores, convenios regulados por la Ley de Quiebras que le otorguen condonaciones.
- c) Cuando habiendo sido demandado ejecutivamente, se establezca que el deudor no posee bienes suficientes para solucionar la deuda o que, por su ocultamiento, se haga imposible la prosecución del juicio.
- d) Si el asegurado y el asegurador acuerdan que el crédito resulta incobrable.
- e) En los demás casos que acuerden las partes”.

De hecho, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley n° 20.667, Molina ya criticaba que el legislador habría repetido el error de no consignar la insolvencia definitiva como elemento distintivo del seguro de crédito¹³, haciendo alusión a su construcción en España, de acuerdo con los artículos 69 y siguientes de la Ley 50/1980, del contrato de seguros (en adelante “LCS”), de donde la estructura conferida por el legislador chileno tiene indudable origen.

Por ello, a pesar del texto legal, y haciendo referencia a los usos del mercado y de los criterios dados por la legislación comparada, Molina estima que una interpretación conjunta de las causales por las cuales se produce la pérdida o perjuicio patrimonial del asegurado (haciendo tácitamente alusión al artículo 580 CCom) permite asegurar igualmente que ellas tienen su origen en la insolvencia o cesación de pago del deudor, constituyendo, en consecuencia, el riesgo asegurado (Molina, 2013, p. 89, y 2015, p. 696). Así, el mismo autor ya había sostenido que solo existiría una discrepancia aparente entre el concepto del ordenamiento jurídico chileno con el consagrado en el derecho comparado y la doctrina clásica; discrepancia que desaparecería si se considerase que la cesación de pago es un medio revelador de la insolvencia (Molina, 2010, p. 17), y como agrega en otro trabajo, el artículo 580, al disponer de las causales de pago del seguro, se haría directa referencia a la insolvencia (Molina, 2015, p. 703).

Al respecto sostenemos que las conclusiones a las que arriba Molina pueden ser controvertidas por tres razones principales. En primer término, parte importante de la doctrina chilena ha criticado que la noción de cesación de pagos sea equivalente al incumplimiento de una obligación (Puga, 2014, p. 65; Sandoval, 2014, pp. 23, 24 y 55). Adicionalmente, creemos que esta afirmación, si bien era discutible en el

¹³ Molina (2013, p. 88). Crítica que ya había sido planteada por Achurra (2005, p. 187) al indicar que la definición contenida en el artículo 11 del DFL 251 era defectuosa, entre otros, por omitir señalar un elemento básico de este seguro como es la situación de insolvencia que debe afectar al deudor. En todo caso, la reconducción que efectúa la doctrina nacional a la insolvencia y, especialmente, a las figuras concursales se cohonestan con la génesis y posterior desarrollo del seguro de crédito en Europa, especialmente a partir de las obras de Sanguinetti. Sobre el particular, *vid.* Tirado (2010b, pp. 1529-1531), dando cuenta de los vaivenes en la identificación del riesgo asegurado.

contexto de la regulación concursal prevista en el libro IV CCom, se presenta de manera incluso más difusa en la Ley n° 20.720, sobre reorganización y liquidación de activos de empresas y personas (en adelante “LRLAEP”). Ello dado que si bien el artículo 117 LRLAEP admite que cualquier acreedor pueda demandar el inicio de un procedimiento concursal de liquidación de la empresa deudora, entre otras causales, si cesa en el pago de una obligación que conste en un título ejecutivo con el acreedor solicitante¹⁴, el artículo 120 del mismo cuerpo legal solo permite la oposición del deudor sobre la base de las excepciones del juicio ejecutivo contempladas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil¹⁵.

Por otra parte, la idea planteada por Molina (2010) en el sentido de que para que exista insolvencia necesariamente el deudor debe haber cesado en el pago de las obligaciones aseguradas (p. 18) no se ajusta necesariamente a los términos de la causal prevista en el artículo 117 LRLAEP (como tampoco se ceñía al artículo 43 del derogado libro IV CCom), puesto que la apertura del procedimiento concursal de liqui-

¹⁴ En su parte pertinente, el artículo 117 LRLAEP dispone lo siguiente: “**Ámbito de aplicación y causales.** Cualquier 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”.

¹⁵ En su parte pertinente, el artículo 120 LRLAEP dispone que en la audiencia inicial, el deudor podrá: “Oponerse a la demanda de Liquidación Forzosa, en cuyo caso se observarán las disposiciones del Párrafo 3 del presente Título. La oposición del Deudor sólo podrá fundarse en las causales previstas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil”. Al respecto, *vid.* Puga (2014, pp. 64 y 65). Por su parte, Sandoval (2014) advierte que “la causa implícita de la aplicación de los procedimientos concursales en el derecho positivo nacional, sigue siendo la cesación de pagos, concebida como un estado patrimonial crítico, generalizado y permanente, porque en esta materia la Ley n° 20.720 no ha innovado en absoluto lo que estaba establecido antes, limitándose a reiterar algunos hechos reveladores” (p. 71). Al respecto, si bien la construcción conferida por el autor parece centrarse en los procedimientos concursales de liquidación, dada la referencia a los hechos reveladores previstos en el artículo 117 LRLAEP, no concordamos con dicha apreciación, precisamente porque si la cesación de pagos sigue siendo el sustrato de la liquidación concursal, no se comprendería el hecho que la oposición del deudor solo pueda cifrarse en alguna de las excepciones contempladas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, propias del juicio ejecutivo, y no en la desacreditación de la referida “causa implícita”, a menos que la referencia a las demás defensas que el deudor puede invocar de conformidad al artículo 121 LRLAEP se dirijan precisamente a tal fin.

dación puede darse por la cesación en el pago de cualquier obligación que conste en título ejecutivo y no necesariamente una de las obligaciones aseguradas. En estos casos, solo dictada la resolución de liquidación por parte del tribunal competente se producirá el vencimiento legal del plazo de todas las obligaciones sujetas a plazo de cargo del deudor concursado (artículo 1496.1 CC)¹⁶, especialmente a efectos de la verificación íntegra del crédito dinerario en el procedimiento liquidatorio (artículo 136 LRLAEP)¹⁷.

Finalmente, las afirmaciones del mismo autor apuntando a que la existencia de la insolvencia requeriría necesariamente que el deudor deba haber cesado en el pago de sus obligaciones de dinero (Molina, 2010, p. 18), o que la insolvencia se exteriorizaría por el incumplimiento generalizado por parte del deudor de pagar sus obligaciones de dinero (Molina, 2015, p. 703), tampoco parecen completamente adecuadas si entendemos por insolvencia una situación patrimonial crítica que objetivamente impide el pago de las obligaciones, pero no es necesario que ella se evidencie por medio de incumplimientos¹⁸, a menos que se sustente una teoría intermedia de la cesación de pagos (Puga, 2014, pp. 66-68; Sandoval, 2014, pp. 49 y 60).

¹⁶ El primer numeral del artículo 1496 del Código Civil chileno dispone lo siguiente: “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1º Al deudor que tenga dicha calidad en un procedimiento concursal de liquidación, o se encuentre en notoria insolvencia y no tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de reorganización”.

¹⁷ El artículo 136 LRLAEP dispone lo siguiente: “**Exigibilidad y reajustabilidad de obligaciones.** Una vez dictada la Resolución de Liquidación, todas las obligaciones dinerarias se entenderán vencidas y actualmente exigibles respecto del Deudor, para que los acreedores puedan verificarlas en el Procedimiento Concursal de Liquidación y percibir el pago de sus acreencias. Estas últimas se pagarán según su valor actual más los reajustes e intereses que correspondan, de conformidad a las reglas del artículo siguiente”.

¹⁸ De hecho, el artículo 117.3 LRLAEP admite la apertura de un procedimiento concursal de liquidación en caso que la empresa deudora o sus administradores no sean habidos, y hayan dejado cerradas sus oficinas o establecimientos sin haber nombrado mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas. La norma agrega que el demandante podrá invocar como crédito incluso aquel que se encuentre sujeto a plazo o a una condición suspensiva, de lo cual— se advierte que no es necesario que se haya producido un incumplimiento, toda vez que la obligación no sería actualmente exigible, a menos que pudiese haberse comprobado una situación de notoria insolvencia en los términos del artículo 1496.1 CC.

b. La distinción entre incumplimiento e insolvencia al amparo de la normativa chilena vigente: una lectura en clave concursal

Creemos que sigue existiendo una ostensible diferencia entre la conceptualización del riesgo cubierto por el seguro de crédito en la regulación prevista a partir de la Ley n° 20.667 con el que se presenta en el Derecho comparado. Sobre el particular cabe recordar que los conceptos de incumplimiento e insolvencia no se presentan como sinónimos en el ordenamiento jurídico chileno (Puga, 2014, pp. 66-68). Si bien el concepto de insolvencia parece ofrecerse de manera menos pacífica, dando lugar a un continuo debate por parte de la literatura chilena (como también en la doctrina comparada)¹⁹, lo cierto es que una aproximación bastante ajustada a las tendencias modernas se encuentra en el artículo 2 del artículo undécimo de la Ley n° 20.416, al disponer que “Para los efectos de esta ley, se entiende que las personas naturales o jurídicas señaladas en el artículo 1° se encuentran en estado de insolvencia si están en imposibilidad de pagar una o más de sus obligaciones”²⁰. La referida norma, si bien por su propio dictado da cuenta de una finalidad definitoria restringida a los efectos de la operatividad de la denominada “asesoría económica de insolvencia”, no se aleja del sentido que ha tendido a dar la doctrina, como la conceptualización de la cesación de pagos como el “estado patrimonial de imposibilidad de pagar” (Sandoval, 2014, p. 54) el “estado patrimonial de impotencia de pagar” (Puga, 2014, p. 78), o la “situación de impotencia de pagar que en forma generalizada y permanente afecta el patrimonio de la empresa o persona deudora” (Contreras, 2010, p. 17).

En todo caso, la doctrina chilena no ha llegado a un acuerdo sobre la sinonimia de las nociones de insolvencia y cesación de pagos. Por ejemplo, para Contreras (2010) la insolvencia denota “una situación de incapacidad, potencial o efectiva que tiene una persona, natural o jurídica, de hacer frente a sus obligaciones” (p. 17), al tiempo que “la cesación de pagos es simplemente la incapacidad de un deudor, actual y efectiva, para pagar las deudas que van venciendo”, dado cuenta, por

¹⁹ Para una exposición sobre la evolución del concepto de insolvencia, *vid.* Alemán (2010).

²⁰ Sobre este punto, *vid.* Caballero (2013, p. 455).

tanto, de una configuración materialista que se atribuía principalmente a las primeras causales del entonces artículo 43 del libro IV CCom (Contreras, 2010, pp. 58-59). Al contrario, Puga (2014, p. 58) y Sandoval (2014, p. 71) resuelven las nociones de insolvencia y cesación de pagos como equivalentes, especialmente si se considera que los autores, incluso con las reformas de la LRLAEP, abogan por una teoría amplia, que implica que la cesación de pagos sería un estado patrimonial caracterizado “por la impotencia de su titular de asumir todos sus compromisos en oportunidad e integridad, con prescindencia de la forma en que este estado se manifieste” (Puga, 2014, p. 68).

Pero si bien nos parece legítimo que, a efectos de dar unidad y coherencia al sistema, Puga (2014) insista en que los procedimientos concursales de liquidación siguen sustentándose en esta noción de insolvencia (p. 65), creemos que queda un espacio muy reducido para llegar a tal conclusión a partir de la normativa dispuesta en la LRLAEP. Al contrario, nos parece que –con excepción al procedimiento concursal de renegociación de la persona deudora, que, a nuestro juicio, describe una situación de sobreendeudamiento (artículo 260 LRLAEP)²¹–, la nueva normativa se presenta dispar en la construcción de un presupuesto objetivo. Así, (i) respecto a los procedimientos de liquidación

²¹ En su parte pertinente, el artículo 260 LRLAEP dispone lo siguiente: “La Persona Deudora podrá someterse a un Procedimiento Concursal de Renegociación si tuviere dos o más obligaciones vencidas por más de 90 días corridos, actualmente exigibles, provenientes de obligaciones diversas, cuyo monto total sea superior a 80 unidades de fomento, siempre y cuando no haya sido notificada de una demanda que solicite el inicio de un Procedimiento Concursal de Liquidación o de cualquier otro juicio ejecutivo iniciado en su contra que no sea de origen laboral”.

voluntaria, el artículo 115 LRLAEP²² no parece configurarse sobre la base de una eficacia confesoria de una situación patrimonial crítica (aunque probablemente ella exista en la práctica) (Sandoval, 2014, p. 109), sino sobre la ausencia total de un presupuesto objetivo. La diferencia de texto con la solicitud de propia quiebra contemplada en el artículo 42 del hoy derogado libro IV CCom se encuentra en la eliminación de la necesidad de acompañar una memoria justificativa del mal estado de los negocios, que, conforme a dicha normativa, habría respaldado tal confesión²³. Habida cuenta del cambio normativo, no creemos que un tribunal pueda negarse a dar lugar a la correspondiente solicitud si la cesación de pagos no aparece lo suficientemente acreditada (Puga, 2014, p. 106, y Sandoval, 2014, p. 110), precisamente porque el tribunal no podría asumir una actividad oficiosa ahí donde la norma no lo permite; y (ii) respecto a los procedimientos de liquidación forzosa, concordamos con Puga en el sentido de que la regulación prevista en la LRLAEP (especialmente en la configuración de las causales previstas en su artículo 117 y en el sistema de oposición consagrado en su artículo 120) permite concluir la desaparición de una unidad de propósito del régimen concursal, en términos que no existiría ya un proceso de

²² En su parte pertinente, el artículo 115 LRLAEP dispone lo siguiente: “**Ámbito de aplicación y requisitos.** La Empresa Deudora podrá solicitar ante el juzgado de letras competente su Liquidación Voluntaria, acompañando los siguientes antecedentes, con copia:

- 1) Lista de sus bienes, lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan.
- 2) Lista de los bienes legalmente excluidos de la Liquidación.
- 3) Relación de sus juicios pendientes.

4) Estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos.

5) Nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas y fueros en su caso.

- 6) Si el Deudor llevare contabilidad completa presentará, además, su último balance.

Si se tratare de una persona jurídica, los documentos antes referidos serán firmados por sus representantes legales”.

²³ Aunque Sandoval (2014, p. 110) afirma que pese a la ausencia del requerimiento de dicha memoria, el tribunal igualmente obtiene indicios suficientes en consideración a los demás antecedentes que la ley exige para iniciar un procedimiento de liquidación voluntaria, especialmente los que se refieren al listado de bienes, estado de deudas y juicios pendientes. A nuestro juicio, dichos datos tienen por objeto dar cuenta a los acreedores y al liquidador de la situación patrimonial (y judicial) del deudor, principalmente a efectos de proponer y diseñar el sistema de realización de activos, sobre la base de rebajar los problemas de asimetría informativa que rondan los procedimientos concursales (Goldenberg, 2013, p. 40), pero no pueden ser utilizados por el tribunal para constatar la existencia o no de un estado patrimonial crítico que la ley no le ha solicitado verificar.

ejecución colectivo como remedio para la insolvencia, sino para “cada una de las hipótesis taxativamente previstas en la ley que facultan a un juez para someter a un concurso a un deudor” (Puga, 2014, pp. 102 y 103), pero creemos que cualquier propósito por desvirtuar tal conclusión²⁴, si bien es entendible en razón del sentido histórico y lógico de los procedimientos concursales, no parece reflejarse claramente en el texto de la LRLAEP²⁵.

De tal suerte, y ante la distancia entre las figuras del incumplimiento y la insolvencia, cabe destacar que la alusión que hace la doctrina chilena a esta última como riesgo cubierto por el seguro de crédito proviene de los antecedentes que abonan esta construcción normativa en el De-

²⁴ Principalmente respecto a la causal prevista en el artículo 117.1 LRLAEP, Sandoval (2014, pp. 116- 121) insiste en que la utilización de la “cesación de pagos” no puede asociarse al mero incumplimiento de la obligación, especialmente si se considera la carga histórica que dicha expresión envuelve. Ahora bien, respecto a las limitaciones dadas a la oposición del deudor a las causales del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil (esto es, a las excepciones propias del juicio ejecutivo), el autor argumenta favorablemente a ellas en lo que concierne a la *indisputabilidad* del crédito que daría origen al inicio del procedimiento liquidatorio, aunque agrega que se olvida “que los procedimientos concursales son tutelas colectivas, para las que deberían haberse creado medios de defensas especiales o dejarlas sin limitación alguna”. Es este último punto el que nos parece particularmente decidor, dado que, como advierte Puga (2014, p. 113), resulta evidente que las excepciones a la ejecución individual (basados en la idea de tutela individual contra el incumplimiento), no previene defensas sustentadas en la solvencia del deudor ejecutado, de tal suerte que no vemos cómo podría sostenerse al amparo de la LRLAEP una comprensión amplia de la cesación de pagos que no nos coloque, al menos en lo que respecta a la causal en comento, en una situación de incumplimiento.

²⁵ En la historia de la ley se pronunciaron expresamente en contra de esta construcción del sistema de defensas en el contexto del denominado “juicio de oposición” los profesores Rafael Gómez B. (p. 1955), Juan Luis Goldenberg S. (2013, p. 2100) y Juan Esteban Puga V. (2013, pp. 2101 y 2102). La justificación de este sistema se encuentra en la opinión dada por la superintendente Josefina Montenegro A., quien señaló que “el proyecto ha optado por un sistema objetivo de cesación de pagos, de modo que tanto las causales como la defensa del deudor deben tener igual carácter” (p. 2102). [Historia de la Ley n° 20.720].

recho comparado²⁶, pero que no han quedado expresamente recogidos en el ordenamiento chileno. Especial referencia debe hacerse en este punto al Derecho español, puesto que este fue el modelo utilizado por el legislador (Contreras, 2014, p. 465), replicando la idea de conceder una definición del seguro de crédito²⁷, para luego dar cuenta de los supuestos en los que tiene lugar la indemnización por parte de la aseguradora. Sin embargo, como resulta evidente, se produce una distancia en lo que se refiere específicamente a la definición del riesgo cubierto, al punto que Tirado (2010b) concluye que a través de la voluntad no se puede confundir la insolvencia con el incumplimiento típico del seguro de caución” (p. 1536).

²⁶ Aunque cabe enunciar que al menos en lo que respecta al Derecho europeo, las legislaciones generalmente omiten una conceptualización (por no decir, una regulación del seguro de crédito) a efectos de identificar específicamente el riesgo cubierto. Además de la legislación española, en la que se centra el presente texto, existen antecedentes en el artículo 6 de la ley belga del contrato de seguros de 1874 (y hoy en los artículos 70 a 76 de la ley de 25 de junio de 1992) y en el artículo 440 del Código de Comercio italiano de 1882, ambos referidos a la posibilidad de un acreedor de asegurar la solvencia de sus deudores. En la órbita latinoamericana destaca la legislación boliviana: al efecto, la Ley n° 1883, de seguros, de 25 de junio de 1998, define el seguro de crédito como “aquel por el que el asegurador se obliga a pagar al acreedor una indemnización por las pérdidas definitivas que sufra como consecuencia de la insolvencia del deudor (afianzado) cuyas características se definen en los Arts. 1106 al 1108 del Código de Comercio”. Dicha norma replica la definición dada en el artículo 1.106 del Código de Comercio boliviano, que emplea una estructura similar a la española, al tiempo que el artículo 1.107 establece situaciones que, para los efectos del seguro, constatan la insolvencia del deudor. Por su parte, la nueva legislación peruana (Ley n° 29.946, del Contrato de Seguro, de 27 de noviembre de 2012) solo regula el seguro de caución (artículos 113 y 114), pero no el seguro de crédito.

²⁷ El artículo 69 LCS define el seguro de crédito como aquel por el cual “el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores”, noción técnica que proviene de la obra de Garrigues (1973, p. 386). De ahí que la doctrina española identifique siempre el riesgo asegurado desde la idea de la insolvencia (por todos, Veiga, 2009, p. 747), y que se entienda que “esta modalidad de seguro de daños pretende asegurar el crédito de que el deudor devenga definitivamente insolvente, no pudiendo dar satisfacción al derecho de crédito que frente al mismo posee el acreedor, y sólo en la medida que este derecho resulte insatisfecho – carácter indemnizatorio del seguro” (Marimón, 2002a, p. 779).

El complejo encuadre de la noción de incumplimiento con los supuestos contemplados en el artículo 580 CCom

Antecedentes preliminares

Claramente a partir de Donati (1960, p. 390), aunque existan antecedentes previos en Vanard (1933, p. 770), se entiende que, para efectos del seguro, existe insolvencia definitiva –y, por consiguiente, pérdida– cuando, a consecuencia de una ejecución inútil, haya cesado toda esperanza de realización ulterior. Así, las nociones generales de “falta de pago”, “no pago” e, incluso, “insolvencia” deben ser tomadas en su sentido histórico, en un contexto general que da cuenta de diversas variables (no necesariamente concursales) que evidencian la “desaparición del crédito”, en el sentido de la improbabilidad que el acreedor pueda obtener una efectiva recuperación del dinero, sea total o parcial, a consecuencia de un riesgo propio del comercio. La configuración del riesgo asumido, por tanto, no se ha visto satisfecho con la mera enunciación de la insolvencia como elemento causal, sino que ha requerido de ciertos supuestos de hecho –sea fijados legalmente, sea determinados en la póliza de seguros– que den cuenta de la precisa oportunidad en que se habrá producido el justificado desvanecimiento de las expectativas de cobro por parte del acreedor, dando lugar al siniestro y, en consecuencia, a la obligación del asegurador de indemnizar las pérdidas experimentadas.

b. Análisis del artículo 580 CCom

Ahora bien, el mayor problema que a nuestro juicio se presenta en la construcción del nuevo tratamiento del seguro de crédito se sitúa en la evidente desconexión que se ofrece entre el riesgo descrito en la definición del artículo 579 CCom con aquellos supuestos descritos en el artículo 580 del mismo cuerpo legal. El origen de la confusión se encuentra nuevamente en la importación de normativa extranjera, especialmente la española, dando cuenta de la evidente proximidad entre dicho texto legal con el propuesto en el artículo 69 de la LCS. Pero si se observa la legislación española, resultará evidente que el catálogo de supuestos previstos en dicha norma tiene una utilidad puramente

funcional (Candelario, 2008, p. 93). No pretende sino objetivizar los supuestos que dan lugar a la producción del siniestro ante las dificultades probatorias que se hubiesen presentado para el asegurado si este hubiese tenido que comprobar ante la aseguradora la existencia de una “insolvencia definitiva” de sus deudores (Tirado, 2010a, p. 1504). De este modo, los supuestos típicos no siempre serán coincidentes con el concepto que la legislación española ha conferido a la voz “insolvencia”, especialmente a la luz del artículo 2 de la Ley concursal española (Beltrán, 2018, pp. 51-71), puesto que no es este su objetivo, sino pacificar la relación de las partes mediante una configuración más precisa del riesgo.

Pero en la órbita del Derecho chileno lo anterior tiene difícil encuadre. Ya hemos indicado que el incumplimiento de una obligación dineraria tiende a ser un caso que no requiere de una facilitación para su comprobación por parte del asegurado. De ahí que el listado comprendido en el artículo 580 CCom no pueda tener igual utilidad funcional que la que se presenta en el Derecho español²⁸, sino que, a nuestro juicio, dará cuenta de que no basta el mero incumplimiento de la obligación, sino que, dentro de la dinámica del seguro de crédito, dicho incumplimiento debe presentarse circunscrito en alguno de los supuestos típicos que prescribe la citada norma. Lo anterior sin perjuicio de que, como veremos, la misma norma confiere un cierto campo de acción a la autonomía privada, pero solo en la medida en que la descripción de un nuevo supuesto (atípico y de fuente contractual) se respeten los contornos del seguro descritos en el artículo 579 CCom.

Adviértase, sin embargo, que para Molina (2015) el artículo 580 CCom referiría los casos en los cuales el legislador presume que el asegurado sufre una pérdida o deterioro en su patrimonio, teniendo derecho a ser indemnizado por parte de la aseguradora (p. 702).

²⁸ O como advertía Molina (2010), “[A]tendido que la insolvencia se refiere básicamente a una situación de hecho, y que no existe una regulación jurídica especial al respecto, las pólizas de seguro que amparan el riesgo de crédito, tanto nacional como de exportación, precisan los casos en los cuales se presume para los efectos del contrato, la insolvencia del deudor” (p. 40).

Esta explicación puede resultar controversial por cuanto se tratarían estos casos de presunciones de derecho que no admitirán prueba en contrario, de lo que resultará que el legislador estaría estableciendo una liberación de la prueba en relación con la producción del siniestro por la ocurrencia del riesgo tipificado en el artículo 579 inmediatamente anterior. De ser de este modo, la identificación de dicho riesgo, como elemento esencial en la construcción de la definición del seguro de crédito, sería absolutamente inútil.

Pero he aquí ciertas dificultades adicionales en la interpretación sistemática de estas dos disposiciones, especialmente si se considera que en muchas de las circunstancias descritas en el artículo 580 CCom no estaremos siquiera frente a un incumplimiento.

*i. En el contexto de un procedimiento concursal de liquidación
(artículo 580.a CCom)*

Al respecto, una vez firme la resolución de liquidación se producirá, a su vez, el vencimiento anticipado del plazo, de conformidad con los artículos 1496.1 CC y 136 LRLAEP, para efectos de la verificación del crédito. De este modo, resultará efectivo que el crédito pasará a encontrarse vencido, pero el pago de la deuda dependerá de la efectiva realización del activo del deudor. Sin perjuicio de ello, las pérdidas efectivas a las que hace referencia el artículo 579 CCom no se constatarán al tiempo de la dictación de la referida resolución, sino al término del procedimiento. Entonces, lo que sí advierte el inicio de la liquidación concursal es la eventual desaparición del crédito, no por efecto de un incumplimiento, sino en virtud de la futura dictación de la resolución de término, como herramienta principal de poner fin a las consecuencias derivadas del procedimiento (artículo 255 LRLAEP)²⁹.

²⁹ En su parte pertinente, el artículo 255 LRLAEP dispone lo siguiente: “**Efectos de la Resolución de Término.** Una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación, se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación”.

Si bien el primer efecto de dicha resolución estará dado por la recuperación de la administración de los bienes por parte del deudor, la principal novedad está dada por la inevitable extinción de los saldos insolutos de las deudas (Puga, 2014, pp. 645 y 646). La normativa concursal anterior, en su regulación del sobreseimiento definitivo, giraba en torno a la calificación de la buena o mala fe del deudor, sopesada sobre la base de la ausencia de comisión de delitos concursales (en caso de deudores calificados del artículo 41 del libro IV CCom), y, por tanto, calificada la quiebra como fortuita, o de comisión de los delitos específicamente previstos para el artículo 466 del Código Penal (para los demás deudores). El punto asociaba, entonces, la terminación del procedimiento concursal a la “buena fe” del deudor, de manera que también la extinción de los saldos insolutos se establecía como un beneficio en atención a su buen comportamiento (Sandoval, 2007, pp. 219-221). Lo anterior implicaba una decisión de política legislativa que anudaba la normativa concursal (justificada en la maximización de las posibilidades de cobro a los acreedores) a disposiciones criminales, como resabio de aquellas épocas en las que el Derecho concursal tenía como principal finalidad el establecimiento de un régimen sancionatorio al deudor³⁰.

A este respecto, la LRLAEP innova estableciendo que la resolución de término tendrá necesariamente por efecto la extinción de los saldos insolutos para todos los efectos legales, de manera que, aplicada las reglas de prelación de créditos en el contexto del pago del pasivo, es altamente probable que los acreedores no reciban el importe total de sus créditos. En este caso, sin embargo, la magnitud de la pérdida no estará dada por el incumplimiento de la obligación, sino precisamente por el efecto extintivo que acarrea la dictación de la resolución de término. De ahí que, en este primer supuesto, la conjunción de ambos artículos solo puede comprenderse en términos tales que el sentido de la voz “incumplimiento” de la obligación no está reconducido a su significado técnico, sino como demostrativo de una falta de pago que supondrá la concreción del riesgo en atención a las consecuencias extintivas que ofrece el fin del procedimiento concursal liquidatorio.

³⁰ Sobre el particular, *vid.* Goldenberg (2015, pp. 21-31).

*ii. En el contexto de un procedimiento concursal de reorganización
(artículo 580.b CCom)*

En el segundo caso (esto es, cuando el deudor haya celebrado con sus acreedores acuerdos de reorganización regidos por la LRLAEP que le otorguen condonaciones), el asunto se plantea de manera similar: las pérdidas definitivas tampoco estarán propiamente dadas por el incumplimiento de las obligaciones, sino por la existencia de la remisión, como modo de extinguir total o parcialmente las obligaciones que gravan el patrimonio del deudor (Molina, 2010, p. 44; Molina, 2013, p. 68; 2015, p. 705). Adicionalmente, cabe señalar que en este escenario no es siquiera necesario que el deudor, a efectos de dar inicios a un procedimiento concursal de reorganización, se encuentre en una situación de insolvencia³¹, como tampoco bajo un supuesto de incumplimiento de todas o algunas de sus obligaciones (Puga, 2014, p. 71). De hecho, aun cuando el deudor se encontrase en un supuesto de notoria insolvencia, los nuevos términos del artículo 1496.1 CC impiden el vencimiento anticipado del plazo si el deudor se encuentra sometido a un procedimiento reorganizatorio. En consecuencia, otra vez en este caso debemos notar que el incumplimiento por parte del deudor no debe ser interpretado como tal, sino que debe ser reestructurado como una falta de pago de las deudas en los términos originalmente establecidos, sino por un importe inferior (puesto que difícilmente se producirá una remisión total de la deuda) producto de la condonación del crédito.

³¹ Sin perjuicio de lo anterior, Puga (2014) es de la opinión de que “[N]o existe en la ley una exigencia expresa al respecto, pero no tenemos que olvidar que si el acuerdo es rechazado o impugnado y acogida la impugnación, digamos, por efecto de entendimiento entre acreedores, se impone legalmente la resolución de liquidación del proponente frustrado y sería absurdo que la ley estuviera contemplando dicha ejecución para estos convenios fallidos, si no discurriera en el sentido de que ellos tienen por finalidad resolver una situación que de no mediar acuerdo debería resolverse por medio de la liquidación judicial de la empresa” (p. 216). A nuestro juicio, si bien la crítica puede ser atendible, lo cierto es que incluso la ausencia de una causa real no podría ser objeto de la nulidad del acuerdo, toda vez que esta sanción se encuentra únicamente reservada al caso en que haya existido una ocultación o exageración del activo o pasivo del deudor y de las que se hubiere tomado conocimiento después del plazo para impugnar el acuerdo de reorganización ya aceptado en la Junta de Acreedores (artículo 97 LRLAEP). Adicionalmente, cabe advertir que el examen a efectuarse por parte del tribunal en la admisibilidad de la solicitud parece ser meramente formal (artículo 57 LRLAEP) y la aprobación judicial se sustenta en la ausencia de impugnaciones por parte de los acreedores (artículo 89 LRLAEP) o en causales de impugnación taxativamente dispuestas en el artículo 85 LRLAEP.

iii. En el contexto de un procedimiento ejecutivo (artículo 580.c CCom)

En el tercer supuesto nos enfrentamos a un deudor que ha sido demandado ejecutivamente, estableciéndose que el deudor no posee bienes suficientes para solucionar la deuda o que, por su ocultamiento, se haga imposible la prosecución del juicio. Este escenario sí nos da a entender que se ha producido el incumplimiento de la obligación dineraria, que ha servido de base para el ejercicio de las correspondientes acciones ejecutivas de cobro. No obstante, no es el mero incumplimiento el que dará lugar al pago de la indemnización, sino que será necesario que el deudor no disponga, por cualquier motivo (incluyendo el ocultamiento), de bienes suficientes como para la satisfacción íntegra del crédito. A juicio de Molina (2010), quedaría en evidencia que esta causal apuntaría a la imposibilidad absoluta del deudor de honrar sus compromisos, por carecer de un patrimonio suficiente para pagar sus obligaciones, lo cual causará un perjuicio al asegurado, el cual debe ser indemnizado por el seguro de crédito contratado (p.46).

Sin perjuicio de que, reiteramos, a nuestro juicio este supuesto tampoco es alusivo a la insolvencia del deudor, sí cabe reseñar que hay aquí un cruce parcial con una de las causales que puede dar lugar a la liquidación concursal, sea de la empresa o de la persona deudora (artículos 117.2 y 282 LRLAEP)³². Aunque decimos “parcial” por cuanto la regla concursal requiere de una pluralidad de títulos ejecutivos y de ejecuciones, no necesariamente vinculadas a las obligaciones aseguradas,

³² El artículo 117.2 LRLAEP dispone lo siguiente: “**Ámbito de aplicación y causales.** Cualquier acreedor podrá demandar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación de una Empresa Deudora en los siguientes casos: ... 2) Si existieren en su contra dos o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, encontrándose iniciadas a lo menos dos ejecuciones, y no hubiere presentado bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos”. Por su parte, el artículo 282 LRLAEP dispone lo siguiente: “**Causal para solicitar el inicio de un Procedimiento Concursal de Liquidación de los bienes de una Persona Deudora.** Mientras no se declare la admisibilidad de un Procedimiento Concursal de Renegociación de una Persona Deudora, cualquier acreedor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación de los bienes de la Persona Deudora, siempre que existieren en contra de ésta dos o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, encontrándose iniciadas a lo menos dos ejecuciones, y no se hubieren presentado dentro de los cuatro días siguientes al respectivo requerimiento, bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas”.

sin que se hubieren presentado dentro de los cuatro días siguientes al respectivo requerimiento, bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas.

*iv. En el contexto de la declaración de incobrabilidad del crédito
(artículo 580.d CCom)*

El cuarto caso se refiere al acuerdo entre el asegurado y el asegurador que el crédito resulta incobrable. En esta causal podemos observar claramente que no es suficiente el incumplimiento de la obligación dineraria a efectos de poder configurado el siniestro, sino que será necesario un hecho adicional: el acuerdo entre las partes sobre la incobrabilidad del crédito³³. A la luz de las fuentes, el Derecho español configura esta causal en el artículo 70.4 LCS, a efectos de evitar que se efectúen gestiones de cobro –judicial o extrajudicial– que, conforme a las circunstancias del caso, resultarán infructuosas (Tirado, 2010b, p. 1545) lo que tiene especial sentido en el ordenamiento chileno a la luz de la posibilidad que las partes convengan que, además del monto de la deuda impaga, se cubran precisamente dichos gastos (artículo 581 CCom)³⁴. Ahora bien, Molina entiende que conforme a los usos y costumbres mercantiles, debe entenderse que un crédito es incobrable cuando el acreedor –en este caso el asegurado– ha realizado las gestiones extrajudiciales y judiciales pertinentes para obtener el pago del crédito adeudado, habiendo resultado todas ellas infructuosas (Molina, 2013, p. 69; 2015, p. 707). No obstante, creemos que dichas gestiones

³³ Más problemático se presenta el caso en que en razón del deber del asegurado de dar conocimiento de cualquier hecho que pueda desencadenar la concreción del riesgo (artículo 526 CCom), como es el eventual incumplimiento de la obligación, puede implicar que las partes se anticipen a tal hecho mediante una declaración de incobrabilidad, a efectos que se desencadene la obligación indemnizatoria del asegurado. En el Derecho español ello parece admisible si se atiende a que la incobrabilidad se sitúa como una presunción de la insolvencia definitiva (Candelario, 2008, pp. 90 - 93), sin describir el riesgo sobre un hecho puntual que tiene un componente temporal, como es el del incumplimiento de la obligación, como ocurre en el Derecho chileno. Si ello fuera admisible, a nuestro juicio, se produce un desajuste con el artículo 579 CCom, puesto que dejaría de aplicarse la norma, que claramente expresa el requerimiento de incumplimiento, al tiempo que el artículo 581 CCom recalca la idea de la necesidad de existir montos impagos.

³⁴ El artículo 581 CCom dispone lo siguiente: “**Gastos de cobranza.** Las partes podrán convenir que, además del monto de la deuda impaga, la suma asegurada cubra también los gastos originados por las gestiones de cobranza y cualesquiera otros”.

de cobro no son necesarias para la configuración de este supuesto, que es lo que precisamente la norma quiere evitar, justificando la dicción de la norma en que se plantea un acuerdo sobre la incobrabilidad del crédito, no la certificación de la misma.

SOBRE LA INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONFIGURACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN EL SEGURO DE CRÉDITO

La posibilidad de un “seguro de insolvencia” en el Derecho chileno

Discutiremos ahora sobre la posibilidad de que las partes, haciendo uso de la autonomía privada, puedan configurar un riesgo diverso en el marco del seguro de crédito. Lo anterior tiene un particular interés si apreciamos que todas las pólizas de seguro de crédito depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros a contar de la entrada en vigencia de las reformas propiciadas por la Ley n° 20.667 califican el riesgo sobre la base de la idea de la insolvencia del deudor, sin hacer referencia a la descripción típica de este tipo de seguro en el artículo 579 CCom³⁵. Argumento que, en todo caso, Molina (2015) utiliza como

³⁵ Al respecto, pueden consultarte los textos de las siguientes pólizas (disponibles en la página web http://www.svs.cl/institucional/mercados/deposito_polizas.php?mercado=S): POL420140390, POL420140104, POL420140035 y POL420140034 (artículo 2, relativa a la insolvencia, declarada o presunta, conforme a los supuestos indicados en su artículo 17); POL420140186 y POL420140185 (artículo 2, relativa a la insolvencia, mora prolongada o riesgo político, en los supuestos que, para cada caso, se describen en el mismo artículo); POL420140055 (artículo 2, relativa a la insolvencia, en los supuestos indicados en la misma disposición); y POL42013771 (artículo 2, relativa a la insolvencia, en los supuestos indicados en el artículo 12). Excepción debe ser efectuada en POL420131814, póliza de seguro integral para contratos de arrendamiento, en que se cubren “al Asegurado, en su calidad de arrendador, los riesgos de incumplimiento de obligaciones indicadas en el número 2.2) siguiente, que al arrendatario le impone el Contrato de Arrendamiento suscrito entre ambos”, lo que efectivamente se replica en el referido número 2.2, incluyendo el incumplimiento del arrendatario de su obligación de pagar las rentas del contrato de arrendamiento (cobertura de crédito) y el incumplimiento del arrendatario de su obligación de restituir materialmente el inmueble a la fecha de terminación del Contrato de Arrendamiento por el no pago de las rentas de arrendamiento (cobertura de garantía)). Al respecto Achurra (2005) ya había presagiado que “[C]onforme a dicha definición legal (*del artículo 11 del DFL 251*), el simple no pago de la obligación a su vencimiento podría ser objeto del seguro, riesgo éste que ningún asegurador de crédito asume bajo esta modalidad de aseguramiento. Lo que sí se cubre es el perjuicio que sufre el patrimonio del acreedor como consecuencia de la pérdida de un crédito debido a la insolvencia del deudor y no sólo del vencimiento de la obligación” (p. 187).

forma de interpretación del citado artículo, basado también en el formato de pólizas utilizadas por el mercado internacional, aunque omitiendo el hecho que, al menos en este último caso, tal posibilidad deriva de un texto legal diverso, como en el caso del ordenamiento español (p. 698).

Para tales efectos es necesario revisar previamente el real alcance que tiene actualmente la autonomía privada en el contexto de la contratación de seguros. Al respecto, una de las claves centrales para la comprensión de la nueva regulación del contrato de seguro se halla en el artículo 542 CCom³⁶, que ofrece un sistema general de imperatividad (Ríos, 2014a, pp. 91 - 94; Contreras, 2014, p. 116). Dicha norma se integra en el sistema de protección de la parte débil en el contrato de seguros incorporado por la Ley n° 20.667 (Ríos, 2014b, p. 47; Lagos, 2014, p. 64; y Contreras, 2014, p. 119) que, luego del terremoto de 2010, configuró la principal finalidad pretendida por el legislador en la modificación de la normativa aplicable³⁷. De este modo, la nueva regulación del seguro ya no puede ser leída desde la perspectiva de la igualdad ficta de los contratantes y en clave de la necesaria justicia de sus disposiciones articuladas sobre la base de la negociación libre (Barrientos, 2015b, p. 430), sino que, al contrario, el campo de acción de la autonomía pri-

³⁶ El artículo 542 CCom dispone lo siguiente: “**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”.

³⁷ Lagos (2014, pp. 63-66). Sin embargo, esta conclusión debe integrarse también con una preocupación previamente esbozada por el ordenamiento jurídico de protección al consumidor (extendida a las *pymes* por medio de la Ley n° 20.416). Ahora bien, como señala Castillo (2013), “[D]urante años se negó la cobertura de las normas sobre protección de los derechos de los consumidores en el mercado de los seguros, invocando la existencia de normas especiales, y la primacía de estas por sobre las normas de la Ley 19.946” (p. 8), aunque después advierta la negativa de dicha aproximación por parte de los Tribunales de Justicia, que lograban igualmente la configuración de una relación de consumo entre un proveedor y un consumidor, lo cual quedó finalmente consagrado en la Norma de Carácter General n° 349, de 19 de julio de 2013, de la Superintendencia de Valores y Seguros, que dispone que “en las condiciones generales o particulares, según la naturaleza de la disposición, se deberán incluir las exigencias previstas en el artículo 17 B de la Ley n° 19496 y demás disposiciones que pudieran ser aplicables de dicha ley, cuando corresponda...”.

vada en el mercado de seguros aparece notablemente reducido a una lógica residual.

De este modo, el artículo 542 CCom advierte la existencia de ciertas excepciones, como son las que se presentan a partir de un texto normativo específico que identifique una específica norma en dispositiva, de cláusulas que establezcan condiciones más beneficiosas para el asegurado o beneficiario o que se trate de seguros de daños cubiertos en los parámetros dispuestos en el inciso segundo de dicho artículo (Ríos, 2014b, pp. 53-57). De tal suerte, la categoría de los seguros de grandes riesgos –como se trata en la legislación española³⁸– no se replica con igual magnitud en el ordenamiento chileno, puesto que no se ha centrado únicamente en una técnica que identifique ciertos seguros que por su naturaleza o tecnicidad adviertan la falta de necesidad del carácter imperativo de las normas³⁹, sino especialmente en atención a la identificación de una categoría amplia que reúna como características el hecho de tratarse de seguros de daños, en que el asegurado y el beneficiario sean personas jurídicas, y el monto de la prima anual sea superior a 200 Unidades de Fomento (Ríos, 2014b, p. 56; Contreras, 2014, pp. 121-122).

Ahora bien, no creemos que la referida imperatividad, incluso en los casos en los que resulte aplicable, impida que las partes adecúen un particular contrato de seguro a efectos de producir los deslindes de los

³⁸ Sobre la justificación y delimitación de los seguros de grandes riesgos en España, *vid.* Tapia (2008, pp. 437- 449). En el contexto de la regulación española del seguro de créditos, la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de seguros privados, lo califica necesariamente como un seguro de grandes riesgos, aliviando a las partes de la imperatividad y abriendo paso a la autonomía privada (artículo 44.2 LCS), de manera que el texto del condicionado general o particular de las pólizas prevalecerá por sobre las disposiciones legales que completan la regulación. Al respecto, Candelario (2009) expresa que “[C]omo se colige de lo relatado encontramos, de un lado, una reglamentación escueta y limitada en su alcance en cuanto a los problemas que se suscitan en la dinámica del seguro de crédito y, de otro, una puerta abierta con base a su consideración como seguro de grandes riesgos, incorporando la libre autonomía de la voluntad de las partes en las decisiones a adoptar en la actuación de esta modalidad de seguro” (p. 18).

³⁹ Como ocurre en los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo, que, conforme al mismo artículo 542 CCom, no están sujetos a la regla de imperatividad.

riesgos asegurados⁴⁰. En suma, la delimitación es ciertamente posible, y, de hecho, ineludible en la práctica del seguro, habitualmente concretada por la fijación del objeto del seguro y de los riesgos excluidos (Achurra, 2005, pp. 54- 55) y será admisible en la medida que ello no implique que el seguro quede desprovisto de un riesgo real, lo que redundaría en su nulidad (artículo 521 CCom)⁴¹. Al tiempo que, como señala Arellano (2013), luego de conceptualizar el riesgo en el contrato de seguros, “[L]a póliza debe individualizar el riesgo en directa relación a su naturaleza (incendio, robo, vida, etc.), delimitándolo en función de tiempo, espacio y, si procediere, causalidad, excluyendo con precisión aquellas circunstancias excluidas de cobertura” (p. 70), distinguiendo claramente lo que implica la elección del tipo de seguro en atención a su naturaleza, con la posibilidad de que las partes delimiten funcionalmente dicho riesgo a efectos de identificar la amplitud de su cobertura.

Pero cuestión diversa será la posibilidad que más allá de la mera delimitación del riesgo se pretenda la desnaturalización de una forma típica de seguro por medio de una variación del riesgo cubierto (Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2008, p. 480). El riesgo, definido ahora en el artículo 513, letra t) CCom⁴², requiere de dos elementos para su configuración, como son la posibilidad y la determinación de un evento dañoso que haga surgir una necesidad patrimonial que

⁴⁰ Sobre el particular, Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte (2008) nos indican que “Cada contrato sólo cubre determinados riesgos. Por esta razón es de singular importancia su determinación en el contrato, donde el riesgo ha de ser individualizado y delimitado” (p. 831); a lo cual Alonso (2009) agrega que “el principio de la especialidad o de determinación del riesgo consistente en que sólo quedan cubiertos aquellos riesgos que aparecen especificados en la póliza generalmente en función de un conjunto de circunstancia de tiempo, lugar y origen del daño” (p. 476). Pero este principio de determinación del riesgo debe partir de la base de un riesgo previamente definido, en que las partes pretenden una delimitación más precisa de los supuestos de hecho que provocarán la indemnización, pero la autonomía privada –ahí donde esta es permitida– no puede lograr conservar la forma típica del seguro de crédito distorsionando la configuración de su específico elemento causal.

⁴¹ Ya en el contexto español de los seguros de grandes riesgos (Tapia, 2008, pp. 446 y 447) advertía que la eliminación del carácter imperativo de las normas de la LCS a esta clase de seguros no puede implicar la exclusión de toda la normativa en ella contenida, especialmente los que se refieren a la esencia del contrato de seguro en general y a los seguros de daños en particular.

⁴² El artículo 513, letra t), CCom dispone: “**Definiciones.** Para los efectos de la normativa sobre seguros se entenderá por: ...t) Riesgo: la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero”.

deba ser indemnizada por la entidad aseguradora (Contreras, 2014, p. 206; Ríos, 2015b, p. 152). Así concebido el riesgo, su individualización corresponderá, en primer término, al legislador, de manera que “[A] punta a garantizar una cobertura mínima, evitando que los aseguradores en la confección de contratos estandarizados desnaturalicen el riesgo, al incorporar exclusiones que hagan inoperante la cobertura. Se controla y garantiza, al mismo tiempo, el contenido del contrato a favor del asegurado” (Ríos, 2015b, pp. 156 y 157).

En este sentido, la causa típica del seguro de crédito se descubre en la configuración del riesgo que se encuentra ahora descrito en el artículo 579 CCom, integrado por los supuestos previstos en el artículo 580 del mismo cuerpo legal, basado siempre en una noción amplia (por no decir inexacta) de incumplimiento de una obligación de dinero. Este aspecto, unido a la configuración imperativa que se dispone en el artículo 542 CCom y en la lógica de la tipificación legal del texto, provoca como consecuencia la imposibilidad de vulnerar el mínimo de protección al que hacía referencia Ríos (2015b), de manera “que se hace inalterable por la voluntad de los contratantes” (p. 157).

De este modo, la variación del riesgo legalmente tipificado tendrá por efecto la generación de una figura de carácter diverso, como ocurre, en el caso propuesto, mediante la formulación del riesgo sobre la base de la insolvencia del deudor. Si bien podría admitirse abstractamente la construcción de un “seguro de crédito atípico” (en este caso, un verdadero “seguro de insolvencia”), el problema se presentará por cuanto el artículo 11 del DFL 251 demuestra la pretensión del legislador de configurar entidades aseguradoras de objeto restringido, solo permitiendo el aseguramiento por medio de seguros de garantía y fidelidad, de manera que sería difícil argumentar la posibilidad de ofrecer seguros que tipológicamente se alejen del ramo específico asignado por el ordenamiento⁴³.

⁴³ De este modo, la conjunción de las normas dispuestas en el DFL 251 y en el CCom sobre el particular da cuenta de un interés del legislador de configurar la fisonomía del seguro de crédito, como ramo y como contrato, respectivamente.

La configuración del riesgo asegurado en el seguro de crédito a partir del artículo 580.e CCom

Sin perjuicio de lo indicado en el acápite precedente, alguna duda podría producirse en razón de lo dispuesto en el artículo 580.e CCom, que parece abrir las puertas a otros supuestos en los que habrá lugar al pago de la indemnización, sobre la base de la autonomía privada.

Una primera observación se sitúa en que se trata esta de una alternativa que no se encuentra expresamente contemplada en el antecedente inmediato de la normativa chilena, esto es, en el artículo 70 LCS. La incógnita de si existía algún campo de ampliación de los supuestos consagrados en dicha norma (lo que no aparecía claramente de su propio texto) quedó saldada en España con la configuración del seguro de crédito como uno de grandes riesgos (Tirado, 2010b, pp. 1535 y 1536). En tal sentido, Marimón (2002b) considera que la amplitud dada a la autonomía privada producto de dicha calificación, siempre y cuando se diera cumplimiento a sus requisitos habituales, permitiría la configuración de un seguro de crédito atípico (p. 795); aunque cabe aclarar que la mención se refería específicamente a la ampliación de aquellas circunstancias que, conforme al artículo 70 LCS, permitirían el pago de la indemnización. De esta manera, se llegaría a una aproximación similar a la que aparece en la normativa chilena.

Luego creemos que la amplitud de tal referencia a la libertad de pactos solo permitiría una ampliación de los casos en los que se deberá entender producido el siniestro (y, por tanto, dar lugar a la consecuente indemnización), pero no resulta en una apertura tal que admita la descripción de un riesgo diverso a ser cubierto conforme al artículo 579 CCom. En otros términos, la creatividad de las partes en la construcción de los supuestos adicionales en que podría tener lugar el pago de la indemnización no podría presentarse de manera desvinculada de la noción que hemos tratado respecto al incumplimiento de la obligación –base de la definición prevista en el artículo 579 CCom– sin considerar que hay una infracción al diseño típico del seguro de crédito. De no ser de este modo, la definición que confiere el ordenamiento jurídico chileno de esta clase de seguros sería inútil, admitiendo una expansión

inusitada de la autonomía privada en el contexto de esta normativa, al no poder delimitar los contornos de una figura al que el propio sistema jurídico ha decidido conferir una cierta tipología, especialmente para la configuración de ciertas entidades aseguradoras especiales que puedan proveerlos.

En el contexto del Derecho español, la mayor duda resulta de la denominada “mora prolongada”, entendida como la falta de pago de la deuda dentro de un plazo de carencia previamente pactado. De este modo, en el caso de la legislación española, la pregunta no se centrará en el hecho de si se entiende ocasionado el siniestro producto del mero incumplimiento, lo que, por cierto, parece improcedente, sino si acaso las partes –haciendo uso de la voluntad de pactos– pueden ampliar el listado previsto en el artículo 70 LCS precisamente a dicho incumplimiento, sin provocar la desnaturalización del seguro de crédito. En este sentido, el debate proviene especialmente de la ampliación de la cobertura a situaciones de “mora prolongada” que, por sí, no siempre son indicativas de un estado de insolvencia definitiva, pero que parecen admitirse en la práctica aseguradora española, especialmente a fin de conceder una mejor protección del crédito (Candelario, 2008, p. 87).

En el ordenamiento chileno, la admisibilidad de esta figura resulta menos controversial, puesto que ofrece un mejor encuadre con la descripción del seguro de crédito sobre la base del incumplimiento de la obligación. La falta de referencia a un escenario de insolvencia, como describe Molina (2015) la particularidad de esta causal (p. 699), admite que se trate de un supuesto admisible en el marco de la regulación chilena. A nuestro juicio, bien podría sostenerse que la indicación de un periodo de carencia consigue una delimitación del riesgo, mas no la consagración de uno diverso⁴⁴. Al respecto, Molina (2013) advierte la

⁴⁴ En otros términos, si pensamos que habitualmente el crédito estará configurado sobre la base de un plazo expreso para su cumplimiento (artículo 1553.1 CC), el solo hecho de su vencimiento producirá un supuesto de incumplimiento que debería dar lugar al pago de la indemnización por parte de la aseguradora, de conformidad con el artículo 579 CCom. No obstante, la interpretación sistemática de dicha norma con el artículo 580 CCom permite sostener la posibilidad que las partes concreten dicho riesgo en ciertos supuestos de hecho que no se satisfacen en el mero incumplimiento, sino que lo califican ante ciertas circunstancias que dan lugar a la efectiva producción del siniestro.

admisibilidad del pago de la indemnización en casos de “mora prolongada”, al amparo del artículo 580.e CCom, que permite que las partes acuerden algún supuesto para el cobro de la correspondiente indemnización (p. 93), lo cual, creemos, solo resulta admisible en la medida que nos distanciamos de la propuesta del citado autor en el sentido que el riesgo está dado por la insolvencia del deudor, y asumamos la conceptualización del seguro de crédito dispuesta en el artículo 579 CCom.

CONCLUSIONES

La adecuada construcción de la noción del riesgo cubierto en el seguro de crédito constituye un imperativo si se comprende que este se incardinará como elemento causal del contrato, delimitando también la oportunidad y extensión del deber indemnizatorio de la aseguradora. Así también, en el contexto de una regulación del contrato de seguros en una formulación que se fundamenta en un eventual desequilibrio de las partes contratantes, la correcta concreción de dicho riesgo formará parte de los deberes precontractuales de información de la aseguradora a favor del tomador, para asegurar la comprensión de la cobertura y la necesidad de contratación del seguro en comento.

En la configuración del riesgo cubierto en el seguro de crédito que, en razón del diseño institucional del ordenamiento chileno, circunscribe a un tipo específico de entidad aseguradora del primer grupo, la técnica empleada por el legislador se ha presentado de manera dispar a lo largo de las diversas normativas aplicables al caso. En este contexto, la doctrina chilena ha interpretado la citada normativa haciendo un uso expansivo de los antecedentes comparados y de la lógica de las normas que han servido de base para la redacción de las leyes chilenas, con una menor dedicación en observar las divergencias estructurales con los modelos extranjeros.

Situados en el contexto de la legislación vigente, en razón de la completa reelaboración normativa del contrato de seguro en el ordenamiento chileno por medio de la Ley n° 20.667, la comprensión del texto legal parece adoptar una nueva dimensión. En este sentido, la alusión efectuada expresamente por el artículo 579 CCom al incumplimiento de la

obligación, parece no ajustarse al tenor de los antecedentes comparados y a las disposiciones previamente contempladas en el sistema chileno. Respecto al nuevo texto legal, la doctrina chilena ha reconducido la cuestión al fenómeno de la “insolvencia definitiva”, al que la regla no hace referencia, o ha intentado construir un concepto que, confrontado con las causales de pago previstas en el artículo 580 CCom, llevan a la idea de una cesación de pagos.

No obstante, nos parece que dichas soluciones resultan insatisfactorias. No resulta posible una reconducción a una situación de insolvencia del deudor, puesto que no es posible argumentar una sinonimia entre “insolvencia” e “incumplimiento”. Tampoco resulta admisible que las causales indicadas en el artículo 580 CCom sean alusivas a una situación de insolvencia, puesto que, en razón de la normativa concursal vigente a partir de la Ley n° 20.720, ninguno de los supuestos ahí contemplados se estructura sobre la base de la insolvencia definitiva del deudor. Por ello, nos parece que la noción de incumplimiento considerada en el artículo 579 CCom para describir el riesgo cubierto no puede ser tomada en sentido técnico (como suele ser interpretado en razón de los artículos 1545, 1556 y 1568 CC), sino a partir de la idea de “falta de pago”, como término flexible indicativo de la improbabilidad que el acreedor pueda obtener una recuperación efectiva del dinero, sea total o parcial, a consecuencia de un riesgo propio del comercio.

Ahora bien, situados en el contexto de la posibilidad de crear un verdadero “seguro de insolvencia” en el marco del ordenamiento chileno, la cuestión debe resolverse desde la tensión entre una normativa eminentemente imperativa del contrato de seguro (artículo 542 CCom), con la admisibilidad de configurar nuevas causales para el pago por parte de la empresa de seguro en los términos del artículo 580.e CCom. Respecto a la imperatividad, cabe señalar que ella se ha integrado en el ordenamiento chileno como pieza clave de un sistema de protección de la parte débil en el contrato de seguros, asumiendo que ya no existe una igualdad fáctica entre los contratantes, restringiendo, por tanto, el campo de acción de la autonomía privada hasta situarla en una lógica residual y excepcional. A nuestro juicio, en consecuencia, un “seguro de insolvencia” solo sería admisible en cuanto no se produzca una

alteración de la configuración típica del seguro de crédito propuesta por el artículo 579 CCom, recordando, asimismo, que el artículo 11 del DFL 251 ha pretendido la configuración de entidades aseguradoras de objeto restringido.

BIBLIOGRAFÍA

- Achurra Larraín, J. (2005). *Derecho de Seguros*, t. II (Colección Jurídica n° 7). Santiago: Universidad de Los Andes.
- Alemán Monterreal, A. (2010). *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*. Santiago de Compostela: Andavira Editora.
- Alonso Soto, R. (2009). Lección 33: Los contratos de seguro. En A. Menéndez (Dir.), *Lecciones de Derecho mercantil* (pp. 825-849). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Arellano Iturriaga, S. (2013). *La ley del seguro*. Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters.
- Barrientos Zamorano, M. (2015a). Nuevos deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y en la propuesta del contrato de seguro. *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 22 (1), 65-104.
- Barrientos Zamorano, M. (2015b). El deber precontractual de información en el contrato de seguro, un producto financiero y de consumo. Estudio de sus fuentes. *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 423-451.
- Bastin, J. (1993). *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*. Madrid: Fundación Mapfre.
- Beltrán Sánchez, E. (2008). Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada. En A. Sarcina & J. A. García-Cruces (Dirs.), *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto* (pp. 51-71). Bari: Cacucci Editore.
- Caballero Germain, G. (2013). Declaración de quiebra de un deudor calificado. Carácter siempre mercantil de una sociedad anónima. Sentencia Corte Suprema, de 29 de agosto de 2013, rol 3309-2013, cita CL/JUR/1919/2013; sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de abril de 2013, rol 3392-2012, y sentencia Décimo Juzgado Civil de Santiago, de 10 de mayo de 2012, rol C-5659-2012. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21, 447-457.
- Candelario Macías, M. I. (2008). *Gestión de riesgos: impacto de la Ley Concursal en la compañía aseguradora y el seguro de crédito*. Madrid: La Ley.

- Castillo Faurá, X. (2013). Comentario. Una mirada desde la práctica a la protección del consumidor de seguros. *Boletín de la Academia de Derecho y Consumo*, agosto - septiembre de 2013, 8-11.
- Contreras Strauch, O. (2010). *Insolvencia y quiebra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Contreras Strauch, O. (2014). *Derecho de seguros*. Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters.
- De La Maza Gazmuri, Í. (2012). El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 629-663.
- Donati, A. (1960). *Los seguros privados* (traducción y notas de Arturo Vidal Solá). Barcelona: Librería Bosch.
- Garrigues, J. (1973). *Contrato de seguro terrestre*. Madrid: Imprenta Aguirre.
- Garrigues, J. (1993). *Curso de Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa.
- Goldenberg Serrano, J. L. (2013). Bases para la privatización del Derecho concursal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 20, 9-49.
- Goldenberg Serrano, J. L. (2015). *La visión privatista del Derecho concursal*. Santiago: Thomson Reuters-La Ley.
- Lagos Villarreal, O. (2014). La relación entre el derecho del contrato de seguros y el derecho de protección a los derechos de los consumidores, en E. Jequier (Ed.), *Estudios de Derecho Comercial. Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, 5 y 6 de noviembre de 2013 (pp.61-79). Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- Macías Muñoz, O. (2014). *Seguros de caución y de crédito en Chile, XI Seminario Técnico de Fianzas y Crédito*. Superintendencia de Valores y Seguros. Disponible en: www.svs.cl/portal/prensa/604/articles-17584_doc_pdf.pdf
- Marimón Durá, R. (2002a). Seguro de crédito. En J. Boquera Matarredona, J. Bataller Grau & J. Olavarria Iglesia (coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (pp. 779-792). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Marimón Durá, R. (2002b). La insolvencia definitiva como riesgo asegurado. En J. Boquera Matarredona, J. Bataller Grau & J. Olavarria Iglesia (coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (pp. 793-803). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Zaldívar, C. (2010). *El seguro de crédito en Chile*. Madrid: Fundación Mapfre.
- Molina Zaldívar, C. (2013). Modificaciones al seguro de crédito bajo la nueva normativa aseguradora. *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, 15 (22), 87-95.

- Molina Zaldívar, C. (2015). Artículo 579. En R. Ríos (Dir.), *El contrato de seguro. Comentarios al Título VII, Libro II del Código de Comercio* (pp. 695-701). Santiago: Thomson Reuters-La Ley.
- Morral Soldevila, R. (2002). *El seguro de crédito*. Madrid: Civitas.
- Pizarro Wilson, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 255-265.
- Puga Vial, J. E. (2014). *Derecho concursal. Del procedimiento concursal de liquidación*. Ley N° 20.720. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ríos Ossa, R. (2014a). *El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños*. Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- Ríos Ossa, R. (2014b). La imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro en el ordenamiento jurídico chileno y el control de contenido del contrato: ¿cambio radical en el sistema de aseguramiento? En E. Jequier (Ed.), *Estudios de Derecho Comercial. Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial 5 y 6 de noviembre de 2013* (pp. 43-60). Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- Ríos Ossa, R. (2015a). Artículo 513 x). En R. Ríos (Dir.), *El contrato de seguro. Comentarios al Título VII, Libro II del Código de Comercio* (pp.183-186). Santiago: Thomson Reuters La Ley.
- Ríos Ossa, R. (2015b). Artículo 513 t). En R. Ríos (Dir.), *El contrato de seguro. Comentarios al Título VII, Libro II del Código de Comercio* (pp.150-167). Santiago: Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Calero, F. & Sánchez-Calero Guilarte, J. (2008). *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Sandoval López, R. (2007). *Derecho comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Sandoval López, R. (2014). *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tapia Hermida, A. J. (2008). El seguro de grados riesgos, en *Temas relevantes del Derecho de Seguros Contemporáneo* (pp. 437-449). Madrid: Fundación Mapfre.
- Tirado Suárez, F. J. (2010). Artículo 69. El seguro de crédito en sentido estricto. En F. Sánchez Calero (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones* (pp. 1.501-1.527). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.

- Tirado Suárez, F. J. (2010). Artículo 70. La insolvencia definitiva como riesgo asegurado. En F. Sánchez Calero (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones* (pp. 1.528-1.552). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Urrejola Santa María, S. (2011). El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 17, 27-69.
- Vanard, R. (1933). L'insolvabilité au sens de l'assurance-crédit. *Revue Générale des Assurances Terrestre*, IV, 770-792.
- Veiga Copo, A.B. (2009). *Tratado del Contrato de Seguro*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Vidal Olivares, Á. (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 41-59.
- Vidal Olivares, Á. (2011). El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del Derecho de las obligaciones y contratos español. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16, 243-302.