

PJD-017-2009

3 de agosto de 2009

Señor

Javier Cascante E., *Superintendente*

Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

En atención a las diversas consultas planteadas con el propósito de determinar si las actividades derivadas de contratos por servicios de asistencia, constituyen o no actividad aseguradora conforme la Ley Reguladora del Mercado de Seguros N°8653, se procede a emitir el siguiente criterio jurídico.

I. EL CONSUMIDOR DE SEGUROS Y EL CONTRATO REALIDAD

Como acotación preliminar es importante destacar que independientemente del nombre o denominación que las partes le den a un contrato, en aplicación del principio de la realidad de las formas jurídicas, esta Superintendencia analiza su contenido y prestaciones atendiendo la realidad y no a la forma jurídica, en atención a lo preceptuado por la Ley N°8653.

Cuando las empresas de asistencia empiezan a asumir riesgos técnicamente asegurables, se plantea la necesidad de que sean consideradas por los poderes públicos, como aseguradoras. Lo anterior, a efectos de que, y puesto que se comprometen a una prestación futura e incierta, se les exijan ciertas garantías de que si esa incertidumbre se hace real, el consumidor tenga avalado que la entidad puede cumplir con lo prometido contractualmente.

En este sentido, el artículo 57 de la Ley N°7523 - de aplicación conforme lo preceptuado por el numeral 29 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros - reza:

Artículo 57. - Formas jurídicas. Las formas jurídicas adoptadas por los entes regulados no obligan a la Superintendencia, para efectos de sus potestades de fiscalización y sanción previstas en esta ley. La Superintendencia podrá atribuirles a las situaciones y los actos ocurridos una significación acorde con los hechos, atendiendo la realidad y no la forma jurídica.

Para establecer esa realidad, es esencial analizar la forma en que se ejecuta la relación negocial pactada, lo que resulta trascendental en cuanto a actividad aseguradora se refiere, pues la Ley

“Valor del mes: Trabajo en Equipo”

SUPEN

Teléfono 2243-44-46 2243-44-45

Fax 2243-44-44

supen@supen.fi.cr

Reguladora del Mercado de Seguros (LRMS) es proteccionista a favor del consumidor de seguros, aspecto que no puede dejarse de observar.

Esta es precisamente una de las reglas que en materia de protección al consumidor establece la LRMS en su artículo 4 cuando indica que “...*Se garantiza al consumidor de seguros, el derecho a la protección de sus intereses económicos...*”.

Por lo anterior, el legislador, considerando un afán proteccionista a favor del consumidor de seguros, recurrió a dotar a la Superintendencia, con las potestades suficientes para aplicar la teoría del contrato realidad, según la cual impera la realidad de la relación contractual, aún incluso contra lo expresamente dispuesto por el pacto.

II. SOBRE LOS CONTRATOS DE ASISTENCIA

En lo que respecta a la naturaleza del contrato de asistencia, es necesario realizar un análisis del objeto y la causa como elementos esenciales, es decir, indispensables para la existencia y para la validez del contrato.

Es significativa la postura de Barahona Arcas, quien afirma que la asistencia es un seguro peculiar, ya que la indemnización en caso de siniestro consiste en una prestación de servicios por parte del asegurador, pero en definitiva “...*desde el punto de vista jurídico, el contrato de asistencia en viaje, es un contrato de seguro que reúne todas las características que la doctrina ha señalado para configurarse como tal: sinalagmático, oneroso, aleatorio, de adhesión, de buena fe, de tracto sucesivo...*”¹

En relación al objeto del contrato, éste debe reunir las características de ser lícito (no contrario al ordenamiento jurídico), posible (susceptible de ser realizado materialmente), determinado o determinable (que su contenido se encuentre perfectamente establecido y delimitado, o bien existan medios a través de los cuales pueda llegar a determinarse).

El contrato de asistencia es bilateral o sinalagmático perfecto, es decir, se establecen claramente desde el inicio del mismo obligaciones para ambas partes; para la empresa se establece una obligación de hacer frente al contratante, que consiste en la realización de una actividad orientada a garantizar la prestación del servicio.

Es evidente que la obligación de la empresa de asistencia (la prestataria) frente al contratante, se encuentra sometida a una condición o evento futuro, como lo es el hecho de que el afiliado requiera o no de la atención o asistencia de que se trate.

¹ BARAHONA ARCAS (María Dolores). La adaptación del seguro al progreso. La Asistencia: ¿Seguro? Conferencia pronunciada en Madrid el 5 de Mayo de 1987, pp 5-8.

En lo que concierne a las obligaciones del contratante, es claro que se trata de una obligación de dar, cuyo contenido es el pago de una cierta cantidad de dinero como prestación del servicio que le sería prestado a futuro si llegare a ocurrir un siniestro u evento súbito o imprevisible.

En cuanto al elemento causa del contrato, lo podemos definir como la finalidad que han perseguido las partes al contratar, la cual debe ser lícita. En el contrato de asistencia, la causa o finalidad perseguida por el contratante es obtener la prestación de una actividad, que consiste en la prestación de la asistencia por parte de entidades distintas a la empresa prestataria. Por otra parte, la causa del contrato para la empresa prestataria, es la obtención de un lucro (representado por un porcentaje del monto que paga por adelantado el cliente) como consecuencia de la actividad desplegada por ella.

Una vez establecidos los elementos esenciales del contrato de asistencia, es necesario definir esos mismos elementos en el contrato de seguro, con el propósito de determinar si existe similitud entre ambos tipos de contratos, pero primeramente pasaremos a pormenorizar las características propias del **seguro de asistencia**.

III. CARACTERISTICAS DE SEGURO DE ASISTENCIA

a) Contrato Aleatorio

Se trata de un contrato aleatorio pues una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

La aleatoriedad implica que las partes ignoran en el momento del perfeccionamiento del contrato, si se verificará el siniestro, así como el beneficio que cada una de ellas podrá obtener del contrato:

"...Sobre el tema del contrato de seguro, la jurisprudencia de este tribunal ha indicado en ocasiones anteriores: "...que el contrato de póliza de seguro es de naturaleza privada, en virtud que la actividad de seguros se rige por el Derecho Mercantil (Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, números 903 de las 9:25 horas del 21 de octubre del 2004 y la número 153-F-05 de las diez horas treinta minutos del 17 de marzo del año dos mil cinco). Acorde al numeral 1022 del Código Civil, tiene fuerza de ley entre las partes, y le es aplicable en forma supletoria, la Ley de Seguros, número 11 del 2 de octubre de 1922, la cual establece en su numeral cuatro, que esta convención se regula por las estipulaciones lícitas de la póliza respectiva y en su defecto por las disposiciones de dicha ley. A su vez este pacto aleatorio, se encuentra conformado por diversas estipulaciones las cuales delimitan el régimen obligacional de los contratantes, y se compone de variadas cláusulas en las que se establecen las obligaciones y deberes de las partes, los ámbitos de cobertura, así como los riesgos excluidos. En ese mismo sentido, esta Sección estableció, mediante la sentencia número 22-2001 de las 11:45 horas del 26 de enero del año 2001, que " en los contratos de seguro, que son de diversa naturaleza, el asegurador –

*Instituto Nacional de Seguros -, se obliga, mediante la percepción del pago de una prima, a resarcir un daño o cumplir una prestación si ocurre lo previsto dentro de su clausulado.". Igualmente, se ha dicho que: "... el seguro es un contrato por el cual el asegurador, contra la percepción de una prima, se obliga a indemnizar o a reparar al asegurado, dentro de los límites convenidos, el daño producido por un siniestro, o a pagar un capital o una renta a la realización de un evento o suceso que afecte a la vida humana." (Ver Manual de Derecho Mercantil. Manuel Broseta Pont. Editorial Tecnos S. A., 3a. edición, 1977, Madrid. Pág. 474)." **Sentencia de la sección segunda del Tribunal Contencioso Administrativo número 285-2006 de las 15:00 horas del 30 de junio del año 2006.***

Por tanto, en el seguro de asistencia existe esa promesa futura por parte del asegurador, de prestar el auxilio prometido en el contrato, y en la forma prevista en el mismo, siempre que se verifique la dificultad ya sea en el hogar o en el curso de un viaje, desconociendo ambas partes en el momento de su conclusión, si tal dificultad se producirá y, de hacerlo, cuál será el coste de su solución. En consecuencia, ignorando si el seguro les habrá compensado en términos económicos.

b) Aplicación del principio de buena fe

No hay nada más claro que demuestre la buena fe, que un negocio jurídico con la base exclusiva de aquello que declara la otra parte² pues se trata de confiar en esa declaración para suscribir un contrato que se prolongará en el tiempo y que puede conllevar a la entidad aseguradora a desembolsar importantes cantidades o a realizar grandes prestaciones en concepto de indemnización.³

Además, la buena fe no es unilateral, pues implica también una confianza que el tomador ha de tener en la entidad con la que contrata pues en el caso de que el evento dañoso llegue a producirse, la obligación indemnizatoria del asegurador llegue a materializarse. Por ello encontramos también un acto de confianza de parte del consumidor de seguros al esperar que ante la producción del evento cubierto, la entidad aseguradora cuente con los recursos técnicos, materiales y económicos, que le permitan atender la necesidad contractualmente resguardada.

c) Onerosidad

Hay una interdependencia esencial entre la obligación del tomador de pagar la prima y la del asegurador de dar cobertura y eventualmente, cumplir su prestación.

La onerosidad implica que el contrato de seguro es gravoso para ambos contratantes. Producido el evento cubierto por el seguro, la entidad deberá indemnizar, en ocasiones con un coste muy superior a la prima recibida, por lo que ese seguro, aisladamente⁴, habrá sido más costoso para él.

² Declaración del tomador sobre las circunstancias que inciden en la valoración del riesgo.

³ Ver artículos 6 y 7 párrafo primero de la Ley de Seguros N°11 del 02 de octubre de 1922.

⁴ Aisladamente porque la cartera de seguros supone que compensará sus pérdidas con el resto de los seguros que cubran esos riesgos donde no haya acaecido incidente alguno indemnizable que provoquen la actuación de la aseguradora.

d) Sinalagmático

Como ya se reseñó, se trata de un contrato bilateral donde las prestaciones de las partes son correlativas, prueba de ello es la regla general contenida en el artículo 12 de la Ley de Seguros N°11 de 1922, según la cual si el pago de la prima, como obligación principal del tomador, no se ha efectuado antes del siniestro, no existe obligación de indemnizar.

e) De adhesión

El seguro es un contrato en masa pre-redactado dada la rapidez con la que hoy en día se realizan muchas transacciones comerciales.

IV. LOS CONTRATOS DE ASISTENCIA Y SUS DISTINTAS CLASES DE PRESTACIONES

A nivel internacional podemos diferenciar claramente tres tipos de contratos de asistencia:

- a.** Asistencia en Viaje
- b.** Asistencia en carretera
- c.** Asistencia en el hogar

La asistencia en viaje

En los contratos de asistencia en viaje, lo que asume el asegurador es el pago de las prestaciones convenidas con el tomador. No se trata estrictamente de un seguro de servicios, pues no solo se incluyen coberturas asistenciales, ni de un seguro indemnizatorio, aunque prevea indemnizaciones, sino que en él coexisten ambos tipos de prestaciones, además de una tercera⁵: reintegro de gastos, esto es gastos que son inicialmente soportados por el viajero en aras de agilizar el procedimiento; derivados por ayudas económicas in situ o por la propia indemnización económica en el sentido asegurativo del término.⁶

Dentro de las coberturas por reembolso de gastos, estarían todos los que el viajero abona anticipadamente cuando se produce un siniestro que está amparado por una cantidad de dinero, con una suma asegurada o un límite. La idea que subyace en esta clase de coberturas es su

⁵ Aunque se podría hablar de una cuarta, compuesta por aquellas coberturas en las que el asegurador se obliga a realizar pagos o abonos pero con cargo al asegurado. Es decir, anticipa fondos que habrán de ser devueltos cuando termine la dificultad.

⁶ SEBASTIAN (Víctor). La Organización de la Empresa de Asistencia en Viaje. Revista Previsión y Seguro, No. 30, octubre de 1993, p.93, se afirma que en el producto de asistencia subyace el elemento indemnizatorio, como en todo producto asegurador, pero hay que “...enfaticar en el componente de servicio, que de forma natural aparece como rasgo distintivo en los productos y compañías de asistencia...”

operatividad y rapidez, pues es el propio viajero el que solventa, con su propio patrimonio, la dificultad por ser un mecanismo más ágil que la espera del pago de la aseguradora.

Se incluyen en esta cobertura:

- Retraso en la entrega de equipajes facturados, en vuelo o en otro medio de transporte, que le ocasione al viajero ciertos costos como abonos, comidas, alojamientos, que tras ser pagados y justificados, le serán reintegrados por el asegurador.
- Reembolso de gastos por cancelación justificada del viaje. La Aseguradora cancelaría a posteriori las cantidades que ha abonado el viajero a la agencia de viajes en concepto de penalización.
- Gastos incurridos por demora en la salida del medio de transporte contratado o por pérdida de conexión aérea (alojamiento, manutención).
- Reintegro por pagos abonados por el viajero en casos de interrupción del viaje. El asegurado ha pagado un viaje que no llega a buen término. En este caso el asegurador le abona parte de lo que él previamente pagó y no disfrutó.
- Prestaciones relativas al vehículo, propias de los seguros de viaje accesorios al seguro de automóvil, pueden ser reembolsadas cuando la Aseguradora impone al conductor la carga de solucionar él mismo el problema, abonando posteriormente los gastos.

En el caso de indemnizaciones, en el sentido asegurativo del concepto, son las cantidades abonadas por el Asegurador en caso de accidente que produce lesiones o muerte del viajero.⁷ También se incluyen indemnizaciones por pérdida o destrucción del equipaje, abonos por responsabilidad civil cuando el asegurado es civilmente responsable satisfaciendo a la aseguradora la indemnización aunque sea, en este caso, al perjudicado y no al viajero. Y finalmente, son indemnizaciones las cantidades abonadas cuando el motivo del viaje fue uno concreto y se vio truncado a consecuencia de un accidente o enfermedad, cuando no se pueda realizar.

En cuanto al tema de las garantías o prestaciones asistenciales, son todas aquellas coberturas en las que el asegurador usualmente define en sus contratos con expresiones tales como “se hará

⁷ En este caso tiene sentido la figura del beneficiario como persona distinta del viajero amparado y con derecho a indemnización.

cargo”, “sufragará”, “pondrá a disposición” o “garantizará”⁸ son asistenciales o de hacer por ser ayuda in situ de reparación y no de indemnización ni reintegro. Ejemplos de éstas son:

- La repatriación del asegurado fallecido
- Desplazamientos de familiares en caso de fallecimiento
- Localización y envío de equipajes extraviados
- Servicios de información (legal o turística)
- Envío de conductor profesional cuando el asegurado por enfermedad o accidente no pueda regresar conduciendo el mismo, entre muchos otros

La asistencia en carretera

Este seguro tiene su origen en la idea de ofrecer, tanto al vehículo como a las personas y bienes que en él viajan, un variado paquete de asistencias en el caso de que, bien por avería mecánica, o por accidente, no puedan continuar el viaje.

Su fin es que el usuario se asegure que la entidad aseguradora pondrá los medios adecuados para que en el caso de accidente o avería, tanto su vehículo como las personas y bienes que en él viajan, sean atendidos y queden solucionadas las contingencias imprevisibles.

El objetivo de la asistencia en viaje es cubrir las contingencias en un primer momento, con independencia de si lo que ha pasado es avería o accidente, e independientemente de la búsqueda de culpabilidad.⁹

En el análisis de la asistencia en viaje, cabe distinguir dos clases:

- Asistencia al vehículo: remolque, rescate, reparación in situ.¹⁰
- Asistencia a las personas.

Es habitual en la mayoría de las entidades aseguradoras que ofertan este seguro, que definan la asistencia en viaje para el vehículo desde el kilómetro 0, es decir, desde el mismo domicilio que

⁸ PÉREZ ALBUQUERQUE (María de los Ángeles). Naturaleza Jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. Fundación Mapfre. Instituto de Ciencias del Seguro, 2006, p.183

⁹ Algunas entidades aseguradoras ofrecen diferentes niveles de asistencia en viaje, ofreciendo más o menos coberturas en función de lo que cada cliente esté dispuesto a pagar.

¹⁰ Algunas compañías de automóviles ofrecen asistencia en viaje durante el periodo de garantía del carro. Normalmente dicha asistencia es de características bastante básicas, ya que suelen ofrecer llevar el vehículo al “taller oficial de la marca” y no al que quiera el asegurado, pues se supone que es una asistencia de la propia marca. Esta asistencia podría NO SER SEGURO en el tanto sea gratuita y la empresa tenga la infraestructura necesaria para dar el servicio. O podría tratarse de un seguro por cuenta ajena entre el concesionario y una entidad aseguradora cuyos asegurados sean los compradores de vehículos nuevos.

el cliente declare en la póliza¹¹ hasta cualquier punto del país por vías de circulación y carreteras.¹²

Es importante destacar también que algunas compañías consideran que a partir de determinada antigüedad del vehículo, no ofrecen asistencia en viaje. Lo anterior bajo el entendido que un carro más o menos nuevo, salvo accidente, no va a necesitar de la asistencia en viaje, caso distinto en vehículos que cuenten con varios años cuya probabilidad de requerir asistencia es más alta. Algunas entidades querrían evitar esos casos, y así, ahorrar los costes correspondientes.

En referencia a la cobertura “personas”, es habitual en muchas de las entidades que ofrecen asistencia en viaje, cubran a todas las personas que viajen en el vehículo en el momento de la avería o accidente. No obstante, hay compañías en las que sólo se ofrece asistencia al conductor del vehículo, dejando de lado al resto de ocupantes.

Otra interesante prestación es la referida a los casos donde no haya secuelas físicas. El vehículo no puede continuar el viaje y se necesita una alternativa. En tal caso, la aseguradora pondrá a disposición del asegurado un taxi, pagará servicios de transporte público o un vehículo de alquiler para ello.¹³

En los casos en que haya secuelas físicas, muchas compañías pagan el alojamiento en un hotel para una persona para que acompañe al herido durante su estancia en el hospital, e incluso algunas aseguradoras incluyen pago de dinero en efectivo diario para que dicho acompañante pueda disponer de sus gastos corrientes.¹⁴

Una vez que el herido se ha recuperado, volverá a su domicilio, y en algunas ocasiones las compañías cubren la contingencia de este traslado.

Por último, en casos de muerte, podría haber prestaciones referidas a traslado funerario y atención de trámites legales.

¹¹ Aunque se pueden encontrar casos en los que la asistencia se ofrece desde varios kilómetros desde la puerta de la casa, con ello la compañía lo que está intentando evitar es dar asistencia para los casos típicos de fallo en el arranque en las mañanas o en los alrededores del propio lugar de residencia.

¹² En algunos casos no incluye campo traviesa ni vías alternas que no estén asfaltadas.

¹³ Otras compañías sólo pagan una parte de ese trayecto, en concreto la mitad del recorrido entre el origen y el destino.

¹⁴ Ahora bien, siempre con un máximo de días y un límite máximo de presupuesto al día.

La Asistencia en el hogar

Esta clase de asistencia suele ser incorporada como una cobertura adicional en los contratos de seguros de incendio¹⁵ aunque hay ejemplos de productos específicos tales como las pólizas de seguro para riesgos de asistencia domiciliaria.¹⁶ La asistencia domiciliaria son diversos servicios de asistencia, dirigidos a solucionar las urgencias e imprevistos que normalmente suceden en el hogar.

En consideración al pago de la prima correspondiente, este seguro se extiende a cubrir de la manera y por los montos indicados en las Condiciones Particulares, los servicios de asistencia domiciliaria de urgencia que requiera la vivienda o inmueble asegurado especificado en dichas Condiciones Particulares siempre que se relacionen con alguno de los siguientes eventos que origine la necesidad de reparar la rotura o avería en forma inmediata.

Los gastos que superen los topes designados para cada servicio serán a cargo del asegurado, en tales casos, el prestador suele presentar un presupuesto al cliente, que de ser aceptado, deberá ser autorizado con carácter previo al inicio de la reparación.

La asistencia en el hogar contempla servicios como los siguientes:

- Envío de profesionales: en caso de siniestro la compañía organiza el envío urgente de los profesionales necesarios para reparar los daños cubiertos por la póliza o su contención hasta la intervención del perito.
- Búsqueda y gastos de hotel: cuando la vivienda resulte inhabitable como consecuencia del siniestro de daños materiales asegurados en la póliza.
- Gastos de mudanza y guardamuebles: en caso de inhabitabilidad de la vivienda como consecuencia de un siniestro cubierto por la póliza, la compañía organizará y tomará a su cargo los gastos de mudanza del mobiliario y enseres que designe el asegurado hasta una vivienda provisional.
- Vigilancia de la vivienda: si por causa de los daños materiales producidos por un siniestro cubierto en la póliza la vivienda fuera fácilmente accesible desde el exterior, la compañía organizará y tomará a su cargo los servicios de un vigilante

¹⁵ Por ejemplo en el caso de Costa Rica el Instituto Nacional de Seguros presta los servicios de Asistencia Domiciliaria como un servicio gratuito para todas las personas que tienen sus viviendas protegidas con las pólizas Hogar Seguro 2000 (con todas las coberturas) y Hogar Comprensivo (coberturas básicas). En ambos casos con un monto mínimo asegurado de \$5.000.000,00, según ofertan en su website <http://portal.ins-cr.com/General/AttUsuario/asidomicil.htm>

¹⁶ Por ejemplo las ofertadas por empresas a nivel internacional como RSA Seguros Chile S.A., Pacífico Seguros (Perú), La Perseverancia Seguros (Argentina), entre otras.

jurado hasta que se produzca el traslado de los muebles o se restablezca la seguridad de la vivienda.

- Sustitución de televisión o vídeo: si a consecuencia del siniestro cubierto por la póliza cualquiera de estos dos electrodomésticos quedara inutilizado y sin posibilidad de reparación.
- Retorno anticipado por siniestro grave: en caso de que el asegurado deba retornar de un viaje ante un siniestro cubierto por la póliza la compañía organizará su traslado desde el lugar en el que se encuentre.
- Transmisión de mensajes urgentes: la compañía se encargará de transmitir a los familiares del asegurado cualquier mensaje urgente cuya necesidad venga determinada por un siniestro cubierto por la póliza.
- Plomería: pérdidas de agua producidas por avería o rotura de cañerías a la vista, conexiones externas de agua y llaves de paso que provoquen inundación total o parcial en la vivienda.
- Electricidad: cortes de luz total o parcial provocados por cortocircuito dentro de la vivienda.
- Gas: fugas o escapes de gas de instalaciones externas o a la vista.
- Cerrajería: casos en que la única puerta de acceso a la vivienda tenga trabada la cerradura y no sea posible el ingreso o egreso de la misma, los casos de hurto, robo o extravío de llaves, quedando imposibilitado el acceso a la vivienda, los casos en que por bloqueo de cerradura quede encerrada una persona dentro de un ambiente de la vivienda, los casos de robo o intento de robo al domicilio, y que como consecuencia del mismo quede inutilizada la cerradura de acceso a la vivienda.
- Cristales: en caso de roturas de cristales y/ o vidrios verticales de puertas y ventanas que formen parte del cerramiento exterior de la vivienda, que impliquen inseguridad y desprotección para la vivienda.

V. EL CONTRATO DE ASISTENCIA COMO CONTRATO DE SEGURO

Para poder determinar si los contratos de asistencia en viaje se pueden considerar seguros sujetos a las reglas de supervisión, debemos analizar lo reseñado tanto en el artículo 57 de la Ley N°7523

- ya examinado en el aparte I - así como lo preceptuado en el artículo 2 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros (LRMS). Dicho numeral señala los elementos esenciales del contrato de seguro derivados de la actividad aseguradora, entre los cuales se encuentra el riesgo asegurable:

*“...La actividad aseguradora consiste en aceptar, a cambio de una prima, la **transferencia de riesgos asegurables** a los que estén expuestas terceras personas, con el fin de dispersar en un colectivo la carga económica que pueda generar su ocurrencia. La entidad aseguradora que acepte esta transferencia se obliga contractualmente, ante el acaecimiento del riesgo, a indemnizar al beneficiario de la cobertura por las pérdidas económicas sufridas o a compensar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas...” Destacado es nuestro.*

El Diccionario MAPFRE de Seguros¹⁷, conceptualiza esta figura como “...el documento o póliza suscrito con una entidad de seguros en el que se establecen las normas que han de regular la relación contractual de aseguramiento entre ambas partes (asegurador y asegurado), especificándose sus derechos y obligaciones respectivos...”

En opinión del profesor español Garrigues¹⁸, el contrato de seguro “... es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona – el asegurador – asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto, al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro..”.

De esta forma, en el contrato de seguro la entidad aseguradora se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que llegare a producirse el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas en el contrato.

El interés ha sido considerado como la causa de los contratos de seguros¹⁹, el cual debe existir en el momento en que se contrate y subsistir junto con el contrato.

Nuestro ordenamiento mercantil no define de manera concreta el concepto de interés asegurable; sin embargo, el artículo 1 de la Ley de Seguros N°11 del 02 de octubre de 1922 define que el seguro “...puede tener por objeto todo interés estimable en dinero y toda clase de riesgos, no mediando prohibición expresa de la ley...”

De esta forma, el riesgo asegurable es un suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.

¹⁷ <http://www.mapfre.com/wdiccionario/general/diccionario-mapfre-seguros.shtml>

¹⁸ Garrigues (Joaquín). "Curso de Derecho Mercantil" Tomo IV. Editorial Temis. Bogota, 1987.

¹⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Derecho Mercantil, Edit. Porrúa, 1978, Tomo 11, pág. 162, citado por López Blanco, Hernán Fabio en Comentarios al Contrato de Seguro, Dupre Editores, Bogotá, 3ª. Edición, pág. 62.

No obstante la ausencia de definición legal, se destaca como nota característica de la anterior cita normativa, la afectación económica que sobre un patrimonio puede ocasionar la realización del riesgo, para que se pueda predicar el interés asegurable por parte de su titular.²⁰

Para el asegurador el interés consiste en la realización de un negocio lucrativo, encontrándose que tanto en el contrato de seguro como en el de asistencia, la causa es igual tanto para la empresa de seguros como para la de asistencia.

En el contrato de seguro el interés para el tomador es el de precaverse de un riesgo, específicamente en cuanto al monto que implicaría la prestación de los servicios al momento de ser requerido por el asegurado, mientras que en el contrato de asistencia, el interés para el contratante, es la obtención de una prestación que consiste en la actividad desplegada por la empresa para que el cliente pueda hacer uso de los servicios que requiera ante **un imprevisto**.

En definitiva, la actividad que realizan tanto las entidades de seguros como la de asistencia se asimilan, en el sentido de que ambas tienden a garantizarle al contratante la prestación del servicio sin que tenga que erogar cantidades de dinero.

En cuanto al objeto de la obligación del contrato de seguro, Broseta Pont²¹ señala que este elemento está representado por el conjunto de obligaciones que genera su perfección y entre ellas, el pago de la prima por parte del tomador y la del asegurador de asumir el riesgo (cobertura del riesgo).

Al analizar el objeto de las obligaciones del contratante en el contrato de asistencia, observamos que consiste en una obligación de dar, traducida en el pago de una suma de dinero en forma anticipada, como contraprestación al deber de la empresa prestataria. Dicha obligación se asimila a la prima, ya que lo que debe pagar el cliente durante la vigencia del contrato, equivale al servicio que debe garantizar la empresa prestataria, existiendo la posibilidad de que durante la vigencia del contrato no se requiera de ninguna asistencia por no materializarse el imprevisto, accidente, siniestro o situación que genere la necesidad utilización del servicio de asistencia, sin que exista el compromiso por parte de la empresa prestataria de restituir una fracción del pago, lo que nos evidencia que en definitiva la verdadera obligación de tales empresas, más que prestar el servicio, es correr con el riesgo de que no se produzca la situación que suscite la prestación del servicio de asistencia requerido por el contratante.

El objeto de la obligación de la empresa aseguradora en el contrato de seguro es la cobertura del riesgo, el cual se define como el grado de probabilidad existente de que el siniestro llegue a

²⁰ Rodríguez Rodríguez coincide en este aspecto al definir el elemento en mención como el "(...) vínculo económico en virtud del cual la necesidad económica que provoca la producción del riesgo repercute desfavorablemente en un determinado patrimonio". Ibid.

²¹ Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Edit. Tecnos, Madrid, 10ª Edición, 1994, p.566

ocurrir, y una vez ocurrido éste, se hace exigible una obligación consistente en el pago de la indemnización o de la prestación debida.

En conclusión, la actividad realizada por las empresas de asistencia es similar a la desplegada por las empresas de seguros, por lo que constituye una actividad propia del mercado asegurador, en vista de que cumple con los requisitos para ser una actividad de seguros, por cuanto en ella encontramos estas características:

1. El correcto funcionamiento del sistema de asistencia descansa en la compensación y neutralización de los riesgos mediante la distribución de la carga económica entre un número significativo de personas sometidas a los mismos riesgos. Como consecuencia, estas empresas administran una fuerte masa de capital constituida por los aportes percibidos por cada contrato celebrado.
2. Las empresas de asistencia utilizan tarifas cuyo cálculo obedece a postulados de la teoría matemática del riesgo, basadas en estadísticas. En muchos casos estas tarifas están calculadas por actuarios, lo cual trae como consecuencia que las mismas se obtengan en forma muy semejante a las empleadas por las compañías de seguros. La asegurabilidad, según Chuliá, *"...dependerá de un juicio de oportunidad fundado en la maximización de la utilidad colectiva de la cobertura mutualística, basado en el cálculo de tales eventos, dañosos o no..."*²²
3. El riesgo implica que en unos casos la prima no se consumirá por el asegurado, al no necesitar la asistencia en su hogar o en algún momento de su viaje. Pareciera que el negocio le habrá resultado gravoso, no obstante no es así dado que pagó por obtener seguridad y confianza que de haberlo necesitado, hubiera sido asistido.
4. Por otra parte, el costo total de los servicios que necesite un asegurado será muy superior a lo que pagó como prima. En este caso la pérdida aparece del lado del asegurador pero precisamente en eso se basa la técnica actuarial y el funcionamiento del seguro como institución, pues la entidad aseguradora compensará esa posible pérdida sufrida con cargo a los contratos de seguro (mismo objeto y causa) de otros asegurados que no llegaron a consumir su prima.

A pesar de que el tema se desarrollará en otro acápite, vale adelantar que adicionalmente, el contrato de asistencia suele tener coberturas por hospitalización y cirugía, las cuales son estipulaciones comunes a las pólizas de seguros de viaje o gastos médicos pues:

²² VICENT CHULIA (Francisco). Compendio crítico de Derecho Mercantil. Tomo II. Editorial Bosch, tercera edición, Barcelona, 1990, p.4987.

1. El objeto del seguro es cubrir los gastos incurridos como consecuencia de una enfermedad o accidente, mismos que cubre un contrato de asistencia.
2. Los beneficios ofrecidos en ambos contratos generalmente son: hospitalización (bajo este beneficio se indemnizan los posibles gastos de internación en una institución médica, incluyendo alojamiento o habitación, alimentos, cuidados del personal paramédico, uso de salas de operaciones, anestesia, oxígeno, transfusiones de sangre, radiografías, exámenes de laboratorio, medicinas y material de cura, diagnósticos especiales y servicios especiales), quirúrgicos (bajo este beneficio se indemnizan los posibles gastos de las diferentes intervenciones quirúrgicas).
3. En ambos se establecen una serie de exclusiones debido a la exigencia de que la pérdida sea la consecuencia de una contingencia eventual o de un hecho imprevisto, que es la característica principal de un contrato de seguro, es decir, ser aleatorio, (que debe existir incertidumbre en cuanto a la pérdida), de otro modo no habría riesgo.

VI. FORMAS EN LAS QUE SE PUEDE DESARROLLAR Y PRESTAR LA ASISTENCIA

La entidad aseguradora se compromete a *garantizar* la asistencia o ayuda inmediata, no a prestarla directamente.

Se estipula cual es el riesgo asegurable, el evento que de suceder, genera la obligación de garantía del asegurador. Este riesgo lo podemos conceptualizar como *dificultades*²³, en las que puede encontrarse el tomador o asegurado, como consecuencia de un evento fortuito ya sea en su domicilio habitual o fuera de él por encontrarse en el curso de un viaje.

La asistencia alude a dos conceptos: la materialidad y la inmediatez. No basta con proporcionarle al cliente tranquilidad psicológica ante una dificultad, sino que debe traducirse en actuaciones materiales para solventarla de forma pronta y cumplida.

En relación al contenido de la asistencia, la misma puede consistir en una prestación de dar (prestación económica), o de hacer (prestación de un servicio).

En este sentido el artículo 4 de la LRMS establece que:

“...cuando corresponda el pago o la indemnización, este deberá efectuarse dentro del plazo antes indicado, contado a partir de la notificación de la respuesta oportuna. Sin embargo, cuando corresponda

²³ Los alcances de este concepto se establecen en las condiciones particulares de la póliza donde se determinan si se ha verificado el riesgo y por tanto si hay o no siniestro.

la prestación de un servicio o una renta periódica, este deberá brindarse de conformidad a lo establecido en el contrato respectivo y en esta Ley o, en su defecto, en un plazo prudencial acordado por las partes o fijado por la Comisión Nacional del Consumidor...” Destacado es nuestro.

De esta forma, la propia LRMS reconoce los dos tipos de prestaciones que se pueden derivar de un contrato de asistencia.

La asistencia la puede prestar la propia entidad aseguradora²⁴ (suele ser poco probable²⁵), quien realiza materialmente todas las actividades integrantes de la asistencia. La entidad aseguradora en forma directa se encarga de organizar la prestación del servicio con medios propios o bien, contratándolos pero gestionados por ella y tramitando directamente el siniestro. En este caso la entidad aseguradora no solo garantiza, sino que ejecuta el auxilio al asegurado.

Una segunda forma de prestar la asistencia es mediante un contrato de arrendamiento de servicios en la que una empresa especializada corra con la ejecución material del servicio (contrato inter empresarial). En este caso la asistencia será prestada por una entidad no aseguradora. Este contrato no afecta en nada la relación del asegurador con el asegurado. La empresa de asistencia, al ser la que preste el servicio, va a ser la “cara de la entidad aseguradora”. En esta asistencia “indirecta”, la aseguradora garantiza pero no ejecuta la asistencia.

Ahora bien, el responsable directo frente al cliente es la aseguradora aunque se haya producido una cesión de la gestión material de las operaciones asistenciales.²⁶

VII. DEFINICIÓN DE LA ASISTENCIA EN LAS CATEGORÍAS, RAMOS Y LÍNEAS DE SEGURO: ANEXO 1 REGLAMENTO DE AUTORIZACIONES

El seguro de asistencia se caracteriza por cubrir riesgos propios de otros seguros enlazados por un nexo consistente en que el siniestro se produzca en el domicilio habitual o fuera de él o durante el curso de un viaje.

Tómese por ejemplo el caso de un seguro de viaje estándar y que tiene como fin proporcionar la necesaria tranquilidad al turista. Éste no conseguiría su objetivo si junto a las coberturas propias

²⁴ Ver BILBATUA (Luis). La Ordenación del Seguro de Asistencia en Viaje en España. Revista Previsión y Seguro, número 30, Octubre de 1993.

²⁵ Demanda mucha infraestructura y una extensa red de proveedores.

²⁶ El nexo en común es la entidad aseguradora que cobra la prima al asegurado y se compromete a pagar a la empresa de asistencia sin que el tomador y la empresa prestataria de servicios, al no estar unidos por vínculo contractual alguno, puedan reclamarse ni ejercitar acción alguna entre sí.

de los seguros de daños, no incorpora otras propias de los seguros de personas (principalmente asistencia médica y atención de enfermedad).

El seguro de asistencia no introduce un riesgo nuevo sino que lo que se hace es aglutinar en un producto, *multiriesgo*, varios riesgos contemplados en otros tantos ramos para el supuesto de que el siniestro se verifique ya sea en el hogar (asistencia hogar) o fuera del domicilio habitual (asistencia en viaje). En consecuencia no sólo es aplicable la categoría de seguros generales que regulan los seguros de daños, sino la de seguros personales, pues se trata de un seguro multiriesgo que agrupa riesgos propios de otros seguros.

El anexo 1 del *Reglamento sobre Autorizaciones, Registros y Requisitos de Funcionamiento de Entidades Supervisadas por SUGESE*, establece que “...En un solo producto podrá agruparse varias líneas y ramos autorizados incluso de diferentes categorías...”

Las especiales características de este seguro, fundamentalmente la coexistencia de riesgos de daños y de otros relativos a las personas y de prestaciones indemnizatorias con otras de servicios o de hacer y el que éstas últimas se caractericen por su inmediatez, le imprimen un carácter peculiar previsto por dicho anexo cuando indica:

“...La autorización para ofrecer un riesgo principal perteneciente a un ramo podrá asimismo cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo sin necesidad de obtener autorización específica, siempre que:

- a) Se encuentren vinculados al riesgo principal.*
- b) Se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal.*
- c) Se encuentren cubiertos por el contrato que cubra el riesgo principal.*

No obstante, los riesgos comprendidos en el ramo crédito y caución de la categoría de seguros generales no podrán ser considerados accesorios de otros ramos...”

De esta forma, este seguro goza de un carácter mixto puesto que comprende coberturas propias de los seguros de daños y los de personas.

VIII. EN PARTICULAR: EL CONTRATO DE ASISTENCIA EN VIAJE

En esta sección, se analizan los elementos de los contratos de asistencia en viaje tomando en consideración las condiciones generales de tres productos comercializados por las empresas *Servicios de Asistencia al Viajero Internacional S.A. (Assist Card)*, *Qualitas Assistance* y *Travel Ace Internacional*.

Las condiciones generales de la tarjeta de asistencia de Assist Card indican²⁷:

“...C.1.2 Se deja expresa constancia, y así lo acepta el Titular de la tarjeta, que los servicios ASSIST-CARD no constituyen un seguro médico, ni una extensión o sustituto de programas de seguridad social ni de medicina prepaga. Los servicios y prestaciones de ASSIST-CARD están exclusivamente orientados a la asistencia en viaje de eventos súbitos e imprevisibles que impidan la normal continuación del mismo...”

Las condiciones generales del contrato de asistencia comercializada por Travel Ace rezan:

“...1.- Generalidades y Definiciones:

*a) Las presentes Condiciones Generales rigen la prestación del servicio de asistencia al viajero que brinda la prestadora durante los viajes que realice su Titular, con el **alcance** que se define en este voucher y **hasta los límites** y con las características que correspondan según el tipo de servicio contratado y que se informan en el cuadro de prestaciones (punto 45.- de las presentes Condiciones).*

*b) Se deja expresa constancia, y así lo acepta el Titular, que la prestación que se otorga no constituye un seguro médico ni de cualquier otro tipo, ni una extensión o sustituto de programas de seguridad social ni de medicina prepaga. Los servicios y prestaciones aquí instrumentados están exclusivamente orientados a la asistencia en viaje en caso de **eventos súbitos e imprevisibles** que impidan la normal continuación del mismo...”²⁸ **Destacado es nuestro.***

Y en el caso de la tarjeta de asistencia comercializada por Qualitas se menciona que:

*“...Es claramente entendido y aceptado por el Beneficiario que los Planes de QUALITAS ASSISTANCE, incluyendo éste, **no constituyen un seguro médico** o afín, como tampoco un programa de seguridad social o de medicina prepagada; por tanto no tienen como objeto ni la sanidad ni el tratamiento definitivo, los servicios de asistencia médica a ser brindados por QUALITAS ASSISTANCE se limitan a tratamientos de urgencia de cuadros agudos y están orientados a la asistencia en viaje, de **eventos súbitos e imprevisibles** donde se haya diagnosticado una enfermedad clara, comprobable y aguda que impida la normal continuación de un viaje y por la misma razón no están diseñados ni se contratan ni se prestan para procedimientos electivos o para adelantar tratamientos o procedimientos de larga duración sino para garantizar la recuperación inicial y las condiciones físicas que permitan la normal continuación del viaje. Toda asistencia o tratamiento cesará y no será responsabilidad de QUALITAS ASSISTANCE una vez que el Beneficiario regrese a su país de residencia o expire el período de validez del plan elegido...” **Destacado es nuestro.***

²⁷ CONDICIONES GENERALES DE LOS SERVICIOS ASSIST-CARD. CONTRATO DE ASISTENCIA EN VIAJE. Descargada del website <http://www.assist-card.com/index.php?lang=es§ion=8> el día 06 de mayo de 2009

²⁸ Condiciones Generales válidas para los vouchers Exclusive Plus, Maximum, Embajadas, Europa, Master, Value, Turista, Regional, College, Europa College, Master Corporate y First. Descargadas de la dirección http://www.travel-ace.com/espanol/costa_rica/viajeros/index.html el 06 de mayo 2009.

Este es el llamado contrato de Asistencia Integral del Viajero, caracterizado por la ayuda técnica que, prestada por especialistas en la materia, actúa como complementaria de un riesgo o actividad principal y tiende a solventar contingencias que pueden sobrevenir en dicha actividad. Involucra a las personas que contratan una cobertura en un viaje por lesiones, enfermedades, asistencia médica, accidentes, etc.

El Diccionario MAPFRE de Seguros define a los contratos de asistencia al viajero como una:

“...Póliza de seguro de salud y otras coberturas como accidente, robo, pérdidas, etc., hecha especialmente para cubrir a un asegurado de estos eventos mientras viaja. La cobertura puede hacerse para un solo viaje o para un tipo especial de viajes o incluso cubrir los viajes a realizar durante un año o más tiempo. Los hay para toda la vida, como el seguro permanente de vuelo...”²⁹

Vemos que la entrega del denominado "voucher" por parte de la agencia de viajes o similar, es el instrumento privado fundamental portador de las condiciones contractuales que permiten analizar la conformación de este contrato comercial:

“...Voucher

El documento que se entrega al Titular antes de su viaje y que contiene -entre otras constancias- sus datos personales, el número y tipo de tarjeta ASSIST-CARD contratada, así como las Condiciones Particulares, especificaciones y límites de la misma...”³⁰

“...1. VOUCHER: Es el instrumento del contrato de Prestación de Servicios al Viajero entregado a éste último, que especifica el producto adquirido, determina las condiciones bajo las cuales las partes del contrato han convenido cumplir sus obligaciones y que contiene el nombre, edad, domicilio del viajero, plazo de validez de la prestación, duración del viaje y fecha de emisión y el nombre de la agencia de turismo o ente emisor...”³¹

“...III.- VIGENCIA / VALIDEZ

El lapso de tiempo durante el que pueden ser obtenidos los beneficios indicados en los Planes QUALITAS ASSISTANCE, incluyendo éste, es el que transcurre desde las cero horas del día de comienzo de validez de dicho Plan, hasta las 24 horas del día del fin de dicha validez, ambas fechas reflejadas en el Comprobante de Compra (voucher), y siempre y cuando el Beneficiario se encuentre en el extranjero...”³²

²⁹ <http://www.mapfre.com/wdiccionario/general/diccionario-mapfre-seguros.shtml>

³⁰ CONDICIONES GENERALES DE LOS SERVICIOS ASSIST-CARD, op.cit.

³¹ Condiciones Generales válidas para los vouchers Exclusive Plus, Maximum, Embajadas, Europa, Master, Value, Turista, Regional, College, Europa College, Master Corporate y First. Descargadas de la dirección http://www.travel-ace.com/espanol/costa_rica/viajeros/index.html el 06 de mayo 2009.

³² Condiciones Generales Qualitas Assistance

Así mismo, es usual que en el voucher se regule el tema de los efectos que genera la finalización de la vigencia del seguro:

“...C.5.7 FINALIZACIÓN DE LA VIGENCIA

La finalización de la vigencia de la tarjeta ASSIST-CARD implicará automáticamente el cese de todos los servicios detallados en estas Condiciones Generales, incluyendo aquellas asistencias iniciadas y en curso al momento del fin de la vigencia, salvo el supuesto de internación hospitalaria detallado en la Cláusula C.4.1.7. Los servicios de ASSIST-CARD dejarán de tener validez a partir del instante que el Titular interrumpa en forma imprevista su viaje, cualquiera sea la razón, y regrese a su lugar de residencia habitual o al país de emisión de la tarjeta. En tal caso el Titular no tendrá derecho a reclamar reembolso alguno por el período de tiempo no utilizado de su tarjeta ASSIST-CARD...”³³

En el caso de Travel Ace:

“...c) La finalización de la vigencia implicará automáticamente el cese de todos los servicios incluyendo aquellos casos iniciados y en curso al momento del fin de vigencia. Cuando el Titular interrumpa imprevistamente su viaje, cualquiera sea la razón, y regrese al país de su residencia, el voucher dejará de tener validez a partir de ese instante. En tal caso, su Titular no podrá reclamar reembolso alguno por el período de tiempo no transcurrido ni utilizado...”

Y en relación a Qualitas Assistance:

*“...Como regla general para cualquier Plan de Asistencia, una vez comenzado el viaje no se aceptarán modificaciones, resoluciones de manera unilateral, anulaciones o ampliaciones en la vigencia temporal de los Planes de Asistencia. Los planes anuales no podrán ser anulados. Cuando el Beneficiario interrumpa en forma imprevista su viaje, cualquiera sea la razón, y regrese al país de su residencia habitual, los beneficios y correspondientes servicios de QUALITAS ASSISTANCE **dejarán de tener validez a partir de ese instante, para esta persona y para este viaje. En tal caso el Beneficiario no podrá reclamar reembolso alguno por el período de tiempo no utilizado.** Los beneficios y prestaciones descritas en las Condiciones Generales tendrán validez solamente durante la vigencia indicada en el voucher. **La finalización de la vigencia, implicará el cese automático de todas los beneficios, prestaciones, beneficios, o servicios en curso o no, incluyendo aquellos casos iniciados al momento o antes del término de la vigencia...** Destacado es nuestro.*

En estas circunstancias nos encontramos con coberturas de "asistencia médica" dentro de los límites contractuales, que por accidentes y enfermedades pudiera sufrir el pasajero. Su ubicación en el marco de los principios generales del derecho de seguros, es perfectamente encuadrada en el denominado seguro de personas, que garantiza el pago de un capital o una renta cuando se produce un hecho que afecta la vida y salud del asegurado.

³³ Condiciones Generales Assist Card

En el "voucher" que se le entrega al pasajero, Assist Card al referirse a accidente señala que es *"...El evento generativo de un daño corporal que sufre el Titular, causado por agentes extraños, fuera de control y en movimiento, externos, violentos y visibles. Siempre que se mencione el término "accidente" se entenderá que la lesión o dolencia resultante fue provocada directamente por tales agentes e independientemente de cualquier otra causa..."*

En términos generales el accidente se caracteriza por provenir de un factor externo, súbito y violento, siendo limitado por el dolo o culpa grave del asegurado, en cuyo caso el asegurador se libera de responder.³⁴

El contrato de seguro, además del riesgo que protege, tiene una serie de *exclusiones*, es decir hipótesis o circunstancias que son dejadas fuera del amparo del seguro, pese a corresponder en principio al riesgo cubierto, teniendo su razón de ser en la configuración del riesgo asegurado, cuyo diseño final se efectúa en función de la probabilidad e intensidad siniestrales:

"...C.5.12 EVENTOS Y GASTOS EXCLUIDOS

Quedan expresamente excluidos del sistema de asistencia ASSIST-CARD los siguientes eventos:

C.5.12.1 Enfermedades crónicas y/o preexistentes

(...)

C.5.12.2 Enfermedades endémicas o epidémicas

(...)

C.5.12.3 Riña, huelga o tumulto. Actos ilegales o dolosos

(...)

C.5.12.4 Suicidio

(...)

C.5.12.5 Drogas, narcóticos y/o afines

*(...)"*³⁵

En el caso de Travel Ace:

"...8.- Alcances de la prestación:

*a) Las obligaciones asumidas por la prestadora sólo regirán para accidentes y/o enfermedades repentinas y agudas contraídas con posterioridad a la fecha de inicio de vigencia del voucher o a la fecha de inicio del viaje, la que sea posterior. Quedan **expresamente excluidas** todas las enfermedades o **síntomas pre-existentes o congénitas**, crónicas o no, conocidas o no por el Titular, las enfermedades en curso de tratamiento así como sus consecuencias y agudizaciones, aún cuando las mismas aparezcan por primera vez durante el viaje. En estos casos la prestadora sólo reconocerá, si a su exclusivo juicio correspondiese, la primer atención por la que se determine la preexistencia de la enfermedad..."***Destacado es nuestro.**

³⁴ Qualitas lo define como *"...El evento generativo de un daño corporal que sufre el Beneficiario, causado por agentes extraños, fuera de control y en movimiento, externos, violentos y visibles. Siempre que se mencione el término "accidente" se entenderá que la lesión o dolencia resultante fue provocada directamente por tales agentes e independientemente de cualquier otra causa..."*

³⁵ CONDICIONES GENERALES, Assist Card.

El contrato de asistencia integral al viajero incorpora limitaciones³⁶ de cobertura, que son contempladas en el contrato de seguros y que limitan el lapso durante el cual regirá la cobertura (*exclusiones temporales*), las que limitan los bienes o las cosas comprendidas (*exclusiones objetivas*), las que limitan el quantum de la prestación (*exclusiones cuantitativas*):

“...C.5.13 LIMITACIONES Y EXCLUSIONES ESPECIALES POR EDAD

LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS A CONTINUACION APLICAN A ALGUNOS PRODUCTOS ASSIST-CARD. VERIFIQUE EN SU VOUCHER SI EL PRODUCTO ASSIST-CARD ADQUIRIDO POR UD. INCLUYE LIMITACIONES Y EXCLUSIONES POR EDAD (LA EDAD A CONSIDERAR SERA LA QUE UD. TENGA AL MOMENTO DE SOLICITAR LA ASISTENCIA)...”

“...C.4. SERVICIOS ASSIST-CARD

La siguiente es una enunciación taxativa de los servicios que ASSIST-CARD brinda al Titular beneficiario del producto ASSIST-CARD adquirido.

RESULTA INDISPENSABLE REVISAR EN EL VOUCHER LOS LIMITES Y TOPES MONETARIOS Y POR EDAD APLICABLES AL PRODUCTO ASSIST-CARD ADQUIRIDO POR UD...”

“...C.5.2 VALIDEZ TERRITORIAL

C.5.2.1 Internacional

Los servicios asistenciales se brindarán únicamente en los países donde ASSIST-CARD presta sus servicios (ver Nómina de Países, Cláusula C.3. de estas Condiciones Generales de los Servicios ASSIST-CARD). Salvo que las Condiciones Particulares lo autoricen expresamente, la prestación de dichos servicios en ningún caso será llevada a cabo en el país de residencia habitual del Titular y/o en el país de emisión de la tarjeta ASSIST-CARD y/o en el país donde se encuentre el Titular en el momento de adquirir el producto ASSIST-CARD.

Los gastos incurridos por asistencias en países que no figuran en la Nómina de Países en la Cláusula C.3. a excepción del país de residencia del Titular, serán reembolsados sólo si corresponden y según los términos de las Instrucciones de Utilización y de las Condiciones Generales de los Servicios ASSIST-CARD...”

“...C.5.3 VALIDEZ TEMPORAL

ANTES DE VIAJAR VERIFIQUE EN SU VOUCHER LAS FECHAS DE VIGENCIA DEL PRODUCTO ASSIST-CARD ADQUIRIDO POR UD.

Los servicios asistenciales a ser brindados por ASSIST-CARD tendrán validez única y exclusivamente durante la vigencia indicada en la tarjeta y/o voucher ASSIST-CARD. La vigencia se iniciará a partir de la cero hora de la fecha indicada como inicio del período de validez del servicio en el voucher de ASSIST-CARD y se extenderá por los días efectivamente abonados a la tarifa establecida por ASSIST-CARD para el producto adquirido en la fecha de la emisión del mismo.

La validez temporal de los servicios ASSIST-CARD indicada en el párrafo precedente estará limitada en todos los casos en forma complementaria a:

- 1. la cantidad máxima de días consecutivos por viaje establecidos en el voucher ASSIST-CARD, y/o**
- 2. a los días de vigencia indicados en su voucher ASSIST-CARD, y/o**

³⁶ Ibid

3. al período máximo de estadía turística autorizado por las autoridades migratorias del país de destino del Titular, independientemente de la cantidad de países que visite durante la vigencia de la tarjeta...”

“...C.5.6 LIMITES APLICABLES

Los límites monetarios indicados en el voucher ASSIST-CARD serán aplicables por el periodo total de vigencia de la tarjeta ASSIST-CARD adquirida. Dicho período total de vigencia será considerado como único y absoluto, sin perjuicio que dentro del plazo comprendido durante mismo, el Titular realizara más de un viaje...”

“...C.5.7 FINALIZACIÓN DE LA VIGENCIA

La finalización de la vigencia de la tarjeta ASSIST-CARD implicará automáticamente el cese de todos los servicios detallados en estas Condiciones Generales, incluyendo aquellas asistencias iniciadas y en curso al momento del fin de la vigencia, salvo el supuesto de internación hospitalaria detallado en la Cláusula C.4.1.7. Los servicios de ASSIST-CARD dejarán de tener validez a partir del instante que el Titular interrumpa en forma imprevista su viaje, cualquiera sea la razón, y regrese a su lugar de residencia habitual o al país de emisión de la tarjeta. En tal caso el Titular no tendrá derecho a reclamar reembolso alguno por el período de tiempo no utilizado de su tarjeta ASSIST-CARD...”

Sobre este mismo particular, las condiciones generales de Qualitas indican:

“...El límite de edad establecida en la Tabla de Beneficios para cada Plan de Asistencia en particular, determina la aplicabilidad o procedencia de la cobertura para el Beneficiario. En todo caso, de adquirirse un Plan de Asistencia por una persona cuya edad sobrepase los límites establecidos en dicha Tabla de Beneficios, resultará en la anulación inmediata de dicha compra, por tanto no podrán ser opuestos derechos en contra de QUALITAS ASSISTANCE por el adquirente...”

“...VII.- TABLA DE BENEFICIOS

Los beneficios ofrecidos por QUALITAS ASSISTANCE son las que siguen y sus límites de cobertura máximos están reflejados en dólares norteamericanos (US\$) con excepción de los beneficios específicamente ofrecidos en Euros (€) en los Planes EUROPA y EURO manteniéndose en dicho Plan de Asistencia el resto de beneficios ofrecidos en dólares norteamericanos (US\$)...”

“...(3) Medicamentos:

En los límites de cobertura, QUALITAS ASSISTANCE se hará cargo de los gastos de medicamentos recetados por el Departamento Médico de la Central de Asistencia...”

Cuando hablamos de cobertura de carácter temporal, nos referimos a aquella que establece la vigencia del "voucher" cuando señala que comienza desde las cero horas de la fecha consignada en el mismo y se extiende por los días en él indicados en la medida que se encuentren efectivamente abonados. Esto significa que no habrá cobertura, por ejemplo, en el supuesto de cambio del período de viaje a realizar por el pasajero. También encontramos limitaciones de tipo espacial, la misma se refiere al ámbito territorial, en este caso el contrato de asistencia delimita

que el servicio asistencial se prestará únicamente fuera del país de emisión del voucher, y conforme las limitaciones de cada tipo de voucher adquirido.

De igual forma en materia aseguradora el contrato de seguro incorpora limitaciones, pues se exige la mención del riesgo cubierto como elemento esencial del acuerdo, sin las cuales sería imposible brindar cobertura.

El contrato de *Asistencia Integral al Viajero* establece limitaciones además, por medio de topes a los gastos reconocidos en el contrato. De esta manera el "voucher" de la empresa prestataria del servicio incorpora los topes por viaje y beneficiario para el servicio de atención médica en caso de accidente, en caso de enfermedad, por medicamentos ambulatorios, por medicamentos por internación, por odontología, por compensación por pérdida de equipaje, por gastos por vuelo demorado, gastos de hotel por convalecencia, por asistencia legal en caso de accidente, a modo de ejemplo.

IX. EXCLUSIONES

Analizados los elementos que caracterizan a una operación de asistencia como un contrato de seguro, de seguido podemos referirnos a actividades que aunque sean típicas prestaciones de asistencia, **no constituirían operaciones de seguro** amparables a la LRMS:

1. Contratos de servicios de reparación, mantenimiento o conservación, siempre que la obligación que asuman las partes no sea un riesgo asegurable.
2. Servicios de asistencia en carretera en el tanto la cuota por la prestación recibida que pague el cliente, no encaje en el concepto de prima (no sea calculada bajo términos actuariales) o el servicio sea gratuito y la empresa tenga la infraestructura necesaria para dar o prestar esta asistencia.
3. Las empresas que con infraestructura para prestar todos o algunos de los servicios que comprende la asistencia en viaje, presten solo la asistencia solicitada cobrando exclusivamente e individualmente cada uno de los servicios prestados al usuario o bien, a la entidad aseguradora³⁷ que asume el riesgo (ausencia de prima).

³⁷ Existen entidades aseguradoras que cuentan con su propia infraestructura para prestar los servicios que comprende por ejemplo la asistencia en viajes, pero también se da el caso de aseguradoras que tienen contratos con empresas dedicadas a la asistencia en viaje o al hogar, en éste último caso, el contrato de asistencia entre el prestador de los servicios y la entidad aseguradora deberá ser registrado como lo indica el artículo 18 de la LRMS en el tanto estén vinculados a la póliza. En este caso, hay dos relaciones jurídicas independientes claramente diferenciadas: 1. El contrato entre la entidad aseguradora y el prestador de servicios en el que el cliente no es parte y que genera para la aseguradora la obligación de pagar a la empresa cuando ésta preste algún servicio. En este caso el tomador puede hasta desconocer cuál será la empresa de asistencia que de producirse el evento, cubrirá sus necesidades. Pero lo que

4. Cualquier servicio de asistencia en general en el que el cliente contrate los servicios de la empresa prestataria que le cobrará en función del tipo de servicio que le preste.
5. Los servicios de asistencia en viaje gratuitos para clientes de tarjetas de crédito, compradores de vehículos, clientes de agencias de viajes, etc, en el tanto sean cancelados por el contratante (ej: concesionario automotriz o emisor de la tarjeta) a las empresas prestatarias, cuyo pago verse en función del tipo de servicio que se preste, sin que medie una prima calculada con base en la frecuencia de los siniestros y del coste medio de los mismos. Quedan definitivamente excluidos de esta excepción, los seguros por cuenta ajena³⁸ donde exista un tomador que abone una prima a favor de un grupo de usuarios/consumidores/clientes, que luego repercuta el pago de la prima entre los miembros del grupo asegurado, caso en el cual estamos ante operaciones de seguro de asistencia cubiertos por la LRMS.³⁹
6. En general, servicios de asistencia caracterizados por ser cancelados a través de pagos anticipados o cuotas en el tanto no estén calculados en función de la frecuencia de los siniestros y del coste medio de los mismos. Será un seguro cuando el riesgo pueda cubrirse mediante una prima, calculada en función de la frecuencia de los siniestros y del coste medio de los mismos.

En cualquier otro caso, y dada la reserva de actividad a las empresas aseguradoras (artículo 2 LRMS), el contrato tendrá que hacerse a través de una entidad aseguradora.

X. CONCLUSIONES

1. El correcto funcionamiento del sistema de asistencia descansa en la compensación y neutralización de los riesgos mediante la distribución de la carga económica entre un número significativo de personas sometidas a los mismos riesgos. Como consecuencia, estas empresas administran una fuerte masa de capital constituida por los aportes percibidos por cada contrato celebrado.
2. Las empresas de asistencia utilizan tarifas cuyo cálculo obedece a postulados de la teoría matemática del riesgo, basadas en estadísticas. En muchos casos estas tarifas

sí tiene claro éste tomador, es la entidad aseguradora a la que ha de notificar el siniestro y reclamar su satisfacción. 2. El contrato de seguro entre el tomador y la aseguradora.

³⁸ El tomador abona la prima de un seguro que, para el asegurado aparece como un regalo.

³⁹ Son tipos de seguro accesorios o dependientes de otro negocio jurídico, asegurativo o no. Son prohibidas las actividades que el tomador de un seguro colectivo desempeñe cuando las mismas sean propias de un intermediario de seguros (agente-corredor).

están calculadas por actuarios, lo cual trae como consecuencia que las mismas se obtengan en forma muy semejante a las empleadas por las compañías de seguros.

3. Cuando las prestaciones del contrato de asistencia reúnan las características que marca el artículo 2 de la LRMS, estamos frente a una operación asegurable. De esta forma, tenemos que las características de un contrato de seguro son la existencia de un evento incierto adverso a los intereses del asegurado, la asunción del riesgo por parte de la empresa derivado de ese evento incierto, la cantidad a pagar es calculada considerando la probabilidad (alta o baja) de la ocurrencia del evento incierto, los compromisos de la empresa constituyen obligaciones que procuran responderle a un asegurado ante la ocurrencia de un siniestro (transferencia del riesgo), todos ellos reflejados en el artículo 2 de la LRMS.
4. En aplicación del principio de la realidad de las formas jurídicas, con vista en las condiciones generales de los contratos de asistencia al viajero, éstos reúnen las características de un seguro combinado al comprender conjuntamente el seguro de personas (accidentes personales), con otras coberturas como son la pérdida y/o extravío y/o demora de equipaje, los gastos por honorarios de asistencia legal en los supuestos establecidos en el voucher.
5. En este sentido, los servicios de asistencia, bajo sus distintas modalidades, implican la transferencia a una persona jurídica (empresa prestataria) de las consecuencias dañosas para la hipótesis de realización del hecho (siniestro) y gracias a la técnica actuarial y el funcionamiento del seguro como institución, la entidad aseguradora compensará esa posible pérdida sufrida con cargo a los contratos de seguro (mismo objeto y causa) de otros asegurados que no llegaron a consumir su prima.
6. Es preciso que dichos fondos, que tienen como propósito el resarcimiento o reparación de un daño o el cumplimiento de una prestación convenida si ocurre el suceso, no sean desviados del fin específico a que están destinados, de allí que la Administración Pública deba supervisar dicha actividad, todo en consideración a la protección que requiere la colectividad de consumidores, con el objeto de que se les garantice el debido cumplimiento de las obligaciones contraídas por la empresa prestataria, que se concreta en el cumplimiento de los servicios convenidos. En efecto, se trata de que dichas compañías cumplan una serie de obligaciones con relación a la Superintendencia General de Seguros a fin de que pueda verificarse su capacidad patrimonial para atender los compromisos adquiridos.
7. En ello consiste la razón esencial que justifica la vigilancia estatal de la vida de la empresa de seguros, desde la aprobación para operar hasta su disolución; de manera que el control de la Superintendencia General de Seguros debe extenderse sobre

PJD-017

Página No.26

aquellas empresas que pudieren estar realizando operaciones de seguros sin su autorización y es la razón por la cual consideramos que las empresas que prestan servicios de asistencia (hogar, carretera, viaje), bajo los términos y condiciones aquí desarrollados, deben estar sometidas al ámbito de aplicación subjetivo de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros N°8653.

Cordialmente,

DIVISIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA



Guillermo Rojas G.
Abogado Encargado



Silvia Canales C.
Directora