

PJD-SGS-010-2011

07 de junio de 2011

Señor

Javier Cascante E, *Superintendente*

Superintendencia General de Seguros

Estimado Señor:

En atención a su consulta sobre la naturaleza jurídica de los seguros que deben ser registrados ante esta Superintendencia, a la luz de la clasificación de los contratos comerciales entre consensuales o de libre discusión, y de adhesión, se procede a emitir criterio en los siguientes términos.

I. LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO DE SEGUROS

Los contratos son convenciones entre dos o más personas físicas o jurídicas cuyo fin es constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico, siendo uno de sus elementos esenciales el consentimiento entre éstas (artículos 1007 y 1008 del Código Civil).

Existen contratos diseñados y escritos especialmente para regular una relación entre dos o más partes, que han negociado el convenio que las une. Estos convenios se les conocen con el nombre de contratos de libre discusión.¹

En contraposición a los anteriores, existen relaciones en las que una de las partes, generalmente una persona jurídica que provee al mercado de consumo diversos bienes o servicios, requiere del otro contratante aceptar un clausulado que regirá las relaciones entre aquélla y sus consumidores, globalmente considerada. Este conjunto de normas ha sido denominado condiciones generales de contratación, las cuales están contenidas en un contrato tipo o contrato de adhesión.

a) Contratos de adhesión

Las condiciones generales de contratación son un instituto destacable en el mercado asegurador pues dadas sus características y considerando la organización y funcionamiento

¹ La doctrina también les denomina paritarios o paritéticos. Mendoza Palacios. Contratos de adhesión, MENDOZA, PALACIOS, ACEDO, BORJAS, PÁEZ PUMAR & CÍA, ABOGADOS, 2007, p.3

de las entidades aseguradoras, resultan necesarias para el desenvolvimiento de las contrataciones en masa, pues desde la óptica de la organización y gobierno de la entidad aseguradora, ellas conllevan predisponer por medio de modelos y formularios, un esquema contractual que se repetirá de forma uniforme para una serie de contratos iguales. De esta forma, las condiciones generales de contratación del contrato de seguros, se caracterizan por su homogeneidad con base en que esa consonancia en el clausulado lleve a la estandarización del instrumento contractual que a la vez facilite su comercialización.

El nombre de “*condiciones generales*”² tiene fundamento en que se predisponen una serie de cláusulas no para un determinado contratante o para un contrato específico, sino para todas las personas que puedan llegar a contratar el seguro. Están concebidas para una pluralidad indefinida de contrataciones. La razón por la cual se utiliza el término “*generales*”, radica en que ellas son aplicables, con carácter uniforme, a todos los sujetos que celebran con la aseguradora contratos de la misma especie.

Éstas carecen por sí solas de eficacia jurídica. Su fuerza vinculante se genera únicamente cuando las partes – expresa o tácitamente – contratan que las condiciones generales propuestas constituyen el contenido del contrato de seguro en particular.

La doctrina moderna del Derecho Comercial³ enumera seis ventajas para el agente económico al utilizar esta clase de condiciones:

1. Celeridad en las contrataciones
2. Facilitar la racionalización de la empresa
3. Seguridad Jurídica
4. Ahorro de costos
5. Posibilitar y facilitar los cálculos
6. Otorgar sensación de trato igualitario a la clientela

En el caso específico de los contratos de seguros de adhesión, éstos se caracterizan porque tienen tanto condiciones generales, como condiciones especiales; siendo, tanto las unas como las otras, un conjunto de cláusulas que el adherente debe aceptar o rechazar, sin discutirlos. Por ello, en la práctica, las pólizas de seguro suelen tener un documento denominado condiciones generales y otras denominadas condiciones especiales, cuyo

² Son cláusulas preformuladas e impuestas por el estipulante sin previa negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción y uniformidad para ser aplicables a un número indeterminado de relaciones contractuales. Para ampliar puede consultarse a Rezzónico, Juan Carlos, “*Principios fundamentales de los contratos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

³ Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, 2da edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p.72.

contenido son cláusulas estandarizadas que el tomador del seguro es libre de acoger o no, sin modificarlas; quedando las particularidades de cada caso concreto establecidas en un tercer documento, denominado condiciones particulares.⁴

El artículo 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, define el contrato de adhesión como un convenio “...cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante....”

El Tribunal Contencioso Administrativo tuvo la oportunidad de describir los contratos de adhesión, en los siguientes términos:

“...En los contratos de adhesión estos elementos -que determinan contenido esencial del principio de libertad de contratación-, sufren una serie de limitaciones, pues el contratante se limita a aceptar o no las condiciones que previamente ha estipulado una de las partes, “decisión” que usualmente está determinada por dos aspectos: que sólo se le ofrezca esa opción y que se encuentre en un estado de necesidad tal que debe recurrir a esa única posibilidad que le brinda el mercado, a efecto de cubrir el requerimiento que lo obliga a suscribir el contrato. Es precisamente en protección de la seguridad y los intereses económicos y sociales del consumidor –establecidos como derechos fundamentales por el párrafo último de la Constitución Política- que se hace necesario tutelar de forma efectiva esos derechos frente las cláusulas abusivas que podrían contener los contratos de adhesión, a fin de garantizar en última instancia la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación. En ese sentido, el artículo 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece que –en lo que interesa- que:

“...En los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o la posibilidad de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria. Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que: a) Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto. b) Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente. c) Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente. d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora (...) f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato...”;

Voto N° 1194-2010. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN SEXTA CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO A. Goicoechea, a las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de marzo del dos mil diez.

⁴ Melich Orsini, José: Las Particularidades del Contrato con Consumidores, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 93.

En la medida en que las condiciones generales de contratación propuestas por una de las partes sean aceptadas por la otra parte, tales condiciones devienen un contrato de adhesión. Quedan a salvo, claro está, las condiciones particulares que son cláusulas no uniformes sujetas a la disciplina de cada contrato, en relación con el fin que las partes persiguen y al resultado de cada negociación. Complementan e integran aquellos puntos del contrato sujeto a condiciones generales, en los aspectos que pueden o deben ser negociados o establecidos individualmente.

La existencia de condiciones generales siempre implican un contrato de adhesión, éste se celebra sobre la base de las condiciones generales de contratación pues a ellas se adhiere la otra parte (consumidor de seguros).

b) Sobre los llamados contratos tipo

Los contratos tipo, (que el Reglamento sobre Autorizaciones, Registros y Requisitos de funcionamiento de entidades supervisadas por la Superintendencia General de Seguros denomina como de no adhesión⁵), se caracterizan por la existencia de cláusulas muy específicas negociadas por la entidad aseguradora con uno o más grupos de agentes económicos con intereses particulares, que buscan trasladar sus riesgos específicos. Ejemplo: compañías constructoras. De esta forma ambas partes pre-redactan un contrato tipo. Se genera un equilibrio en los poderes negociadores pero el mismo será ofertado masivamente con cláusulas predisuestas que permiten un margen de negociación suficiente para definir las características de los riesgos a asumir. Estos contratos tipo son una modalidad de los contratos de adhesión dada su vocación de ser negociados masivamente. En la doctrina norteamericana⁶ se les denomina “*pólizas manuscritas*”, las cuales consisten en una ordenanza de términos, condiciones y exclusiones predisuestas y utilizadas por la aseguradora. La naturaleza “*manuscrita*” de esta clase de pólizas puede derivar, por ejemplo, por la decisión de la entidad de estandarizar determinados términos contractuales tomados de otras pólizas, conjuntándolos en un solo documento o póliza para un cliente o grupo de clientes muy específicos.

De conformidad con el citado Reglamento de Autorizaciones, las entidades deben registrar dichos contratos, para ello pueden solicitar un número de registro único y remitir los modelos generales que utilizarán y colocaran en el mercado.⁷

⁵ Es frecuente que los contratos de adhesión se plasmen en un contrato tipo, pero no todos los contratos tipo son contratos de adhesión.

⁶ Mathias, John H y otros. *Insurance Coverage Dispute*, Law Journal Press, 2006, p.16

⁷ Reglamento sobre Autorizaciones, Registros y Requisitos de funcionamiento de entidades supervisadas por la Superintendencia General de Seguros, Anexo 15, parte III, inciso 5.

II. REGISTRO DE LOS CONTRATOS TIPO Y DE ADHESIÓN

De conformidad con lo que establece el artículo 25 inciso k) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros (LRMS), los contratos de adhesión empleados en la actividad aseguradora están sujetos a un control a priori de la Superintendencia, quien ha de registrar los tipos de pólizas documentos relacionados (incluyendo la nota técnica) antes de que las aseguradoras los propongan a los tomadores de seguros.

Esos tipos de pólizas, que menciona la LRMS, se refieren a aquellos que son predeterminados por la entidad aseguradora y cuya comercialización es masiva y estandarizada dirigida como oferta de seguros al público consumidor. Por ello se consideran que son contratos tipo o de adhesión, los cuales han sido definidos como aquellos que son pre-redactados y por ello llamados formulario. Son contratos en que una o varias partes, establecen o acuerdan con miras a contrataciones o negociaciones futuras, **igual que en los contratos de adhesión**, estos contratos cobran sentido en las contrataciones masivas.⁸

a) Justificación del Registro

De esta forma, el legislador y la jurisprudencia han sido claros en indicar que los contratos de seguro que son objeto de registro público, son aquellos contratos caracterizados por ser vendidos masivamente dada su estandarización de cláusulas dirigidas al público consumidor, como se pasa a explicar.

Las condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por la entidad aseguradora y deben ser adheridas en su totalidad por el tomador. La naturaleza jurídica del contrato de seguros ya ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

"El convenio de seguro, es aquel mediante el cual una persona (asegurador), se obliga a cambio de una suma de dinero (prima), a indemnizar a otra (asegurado) o a un tercero designado, del daño o perjuicio derivado de un suceso incierto y futuro, o bien cierto pero que no se sabe cuando va a acontecer, como es el caso de la muerte. Se caracteriza por ser un negocio comercial, solemne (su

⁸ Alvarez Cárcamo, Patricio. De los contratos por adhesión o prefabricados. Asesoría Legal para Pymes y Personas Naturales, en <http://legaltrust.blogspot.com/2009/01/capitulo-6-de-los-contratos-por-adhesin.html>

perfeccionamiento se produce a partir del momento en que el asegurador suscribe la póliza), bilateral (genera derechos y obligaciones para cada uno de los sujetos contratantes), oneroso (para las partes existe un enriquecimiento y empobrecimiento correlativos), aleatorio (tanto el asegurado como el asegurador están sometidos a una contingencia que puede representar para uno una utilidad y para el otro una pérdida; la contingencia consiste en la posibilidad de que se produzca el siniestro), de ejecución continuada (los derechos de las partes o los deberes asignados a ellas se van desarrollando en forma continua, a partir de la celebración del contrato hasta su finalización por cualquier causa), y de adhesión (el seguro no es un contrato de libre discusión sino de adhesión, donde las cláusulas son establecidas por el asegurador, no pudiendo el asegurado discutir su contenido, tan sólo aceptar o rechazar el contrato)...". Destacado no es del original. Sentencia Nº03557 del 21 de setiembre de 2010 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI.

De esta forma, se está en presencia de un contrato de adhesión, lo que significa que se trata de un contrato con condiciones generales, es decir, cuyo clausulado en su mayoría está pre-redactado por el predisponente, en este caso el Asegurador; y en el que prácticamente no interviene la voluntad del consumidor, más que para adherirse al documento que le es presentado. Son contratos comercializados masivamente como indica el Tribunal Primero Civil en su voto 00646-2001 del 30 de mayo de 2001:

"...Son contratos masivos o redactados en forma genérica, donde el tarjetahabiente únicamente lo suscribe sin poder discutir su contenido. En estos casos, la autonomía de la voluntad se limita a la firma o no del contrato..."

En busca de evitar que ante tal circunstancia la parte predisponente abuse de su posición en esta relación contractual, el Ordenamiento Jurídico ha concedido una serie de mecanismos, que van más allá incluso que el control de cláusulas leoninas establecido en el artículo 1023 del Código Civil, ya que el artículo 42 de la Ley 7472 "*Ley de la Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor*" establece la posibilidad para los órganos jurisdiccionales de ejercer los mecanismos de control de inclusión y de control de contenido sobre las denominadas cláusulas generales en los contratos de adhesión, tal y como lo ha señalado el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, voto número 227-2008, de las ocho horas de 28 de marzo de 2008.

Esa posición instaurada por los tribunales, sostiene que es necesario tutelar de forma efectiva los derechos del consumidor frente a las cláusulas abusivas que podrían contener los contratos de adhesión, -entre ellos el de seguros-, a fin de garantizar en última instancia la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación. En ese sentido, el artículo 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece que -en lo que interesa- que:

“...En los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o la posibilidad de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria. Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que: a) Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto. b) Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente. c) Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente. d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora (...) f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato...”

De lo anterior se colige la relevancia de poner a disposición del consumidor la información que le permita establecer su decisión de consumo con el conocimiento absoluto de los alcances del contrato y sus condiciones generales, para lo cual, acorde a la máxima de la buena fe, la entidad aseguradora debe transmitir al tomador/asegurado los datos relevantes y precisiones que le permitan conocer los límites de sus derechos y además, los alcances económicos de la contratación. Del artículo 29 incisos m) y ñ) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros (LRMS) puede derivarse vía interpretación, la obligación de la Superintendencia de poner a disposición del consumidor los datos relevantes de los contratos de adhesión de seguros:

“...m) Poner a disposición del público información relevante sobre la actividad de seguros y de las entidades aseguradoras.

(...)

ñ) Mantener actualizados los registros de acceso público establecidos en esta Ley o los que reglamentariamente defina el Consejo Nacional. (...)”

El artículo 22 del Código Civil expresa que todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. De esta forma, los contratos, incluyendo el seguro, no pueden contrariar el orden público o las buenas costumbres. Se puede decir, entonces, que una de las atribuciones de la Superintendencia, al momento de registrar algún contrato de seguros, es, justamente, velar por que no existan cláusulas que contradigan disposiciones de orden público.

Todo obliga a suponer que una entidad aseguradora que oferta en el mercado un contrato de seguros sobre la base una ejecución de actividad aseguradora autorizada y supervisada, lo hace con pleno sentido de idoneidad y responsabilidad, por lo que no resultan aceptables

clausulas predispuestas en virtud de las cuales se pretenda burlar la plena confianza que el público consumidor necesita tener en la idoneidad y responsabilidad de la Aseguradora.

Hay dos cuestiones fundamentales que plantea el contrato de adhesión y que son revisadas por la Superintendencia en el proceso de registro:

1. Determinar que el asegurado que entra en relación con la empresa de seguros y se adhiere a las condiciones generales prefijadas, tenga suficientes mecanismos de información para tener conocimiento de esas condiciones y así otorgar, respecto de su contenido, un verdadero consentimiento y en consecuencia celebrar un genuino contrato.
2. Existencia de medios jurídicos que repriman abusos derivados de esa desigual posición por parte de la entidad aseguradora y aminorar la posibilidad de que esas entidades dicten omnipotentemente la ley del contrato.

La justificación de este registro creado por el legislador se fundamenta en procurar eliminar de los contratos de adhesión las cláusulas abusivas, pues para la protección de la parte débil (consumidor de seguros)⁹ en el mercado de seguros se hace necesario este control administrativo. Partiendo del principio general de la buena fe y de los principios de conmutatividad del comercio jurídico, se procuran establecer líneas generales sobre el tratamiento de los contratos de seguros por adhesión que impidan el abuso, el autoritarismo, el aprovechamiento desmedido y la impunidad por parte de las entidades aseguradoras predisponentes. Ello porque, conforme el Anexo 15 del Reglamento sobre Autorizaciones, Registros y Requisitos de funcionamiento de entidades supervisadas por la Superintendencia General de Seguros, se deben cumplir unos requisitos de índole formal (concreción, claridad y sencillez en la redacción), que aseguran el control sobre el consentimiento. Además, a la luz de la Ley N°7472, debe verificarse que sobre el fondo las cláusulas predispuestas se oponen o no a los principios de buena fe y del justo equilibrio de las contraprestaciones (artículo 42 de dicha norma).

En general, los criterios mediante los cuales la Superintendencia puede contribuir a evitar abusos en la contratación de seguros por adhesión se resumen en:

- Aplicación de una regla objetiva de interpretación a fin de compatibilizar la finalidad objetiva del seguro desde el punto de vista del interés socioeconómico del mercado y

⁹ Entendida como el tomador/asegurado compelido por las circunstancias a obtener un amparo a sus riesgos cuya provisión se encuentra predeterminada por las condiciones contractuales predeterminadas, se encuentra colocada en la necesidad de contratar, aceptando las condiciones de las empresas aseguradoras.

bajo las reglas de la buena fe, ello conlleva a aplicar el principio general de Derecho de “...*interpretatio contra stipulatorem*...”, o sea interpretar las condiciones generales a favor del consumidor – como parte débil de la relación- y en detrimento del predisponente.

- El principio de la integración del contenido contractual consagrado en el artículo 22 del Código Civil es también un elemento a destacar en el análisis. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Ello permite limitar a la parte más poderosa en el ejercicio de los derechos que, a su favor, derivan del contrato, a fin de que tal ejercicio se amolde a las exigencias de la buena y la equidad.
- Por último deben ser aplicados los principios generales que imponen límites a la autonomía contractual y los que exigen cierto equilibrio entre las contraprestaciones. En esta línea de razonamiento, deben considerarse nulas las cláusulas que sean contrarias al orden público, las que impongan a la parte contractual más débil obligaciones que carezcan de justificación o causa, o que exoneren a la parte más fuerte de responsabilidades, todo según las pautas establecidas por el artículo 1023 del Código Civil y 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

En esta línea de razonamiento, la doctrina¹⁰ explica que el contrato de adhesión existe debido a una situación inicial de disparidad entre las partes, determinada por la presencia de una que, dotada de una particular fuerza contractual impone su esquema a la otra en el sentido de “*lo tomas o lo dejas*”, sin otra posibilidad para ésta que aceptarlo puramente o rechazarlo.

b) Casos de cuando el tomador no es consumidor sino un gran agente económico

En la aplicación de los Principios Fundamentales de Seguros, el PBS25 reconoce que, para ciertos tipos de transacciones, los requerimientos de protección al consumidor deben ser diferentes. El párrafo 25.5 señala que los requerimientos de los supervisores: “... *deben distinguir entre los tipos particulares de clientes. En particular, una conducta detallada de las reglas*

¹⁰ Messineo, *Il contratto in genere*, T.I, p.422. Citado por Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, p.81.

de negocios puede no ser apropiada para las transacciones de reaseguro o con respecto a clientes profesionales.”¹¹

Las relaciones contractuales que una compañía de seguros a través de un contrato tipo o paritario, que realiza con un agente económico de alto estándar financiero, deben analizarse bajo otra óptica. Los criterios de PBS25 se vuelven de aplicabilidad limitada en este aspecto, ya que los requerimientos para un trato justo de los clientes, evaluación de las necesidades de seguro antes de aconsejar a los clientes y tratamiento de las quejas, son menos pertinentes para un cliente que es una empresa de grandes utilidades económicas, que **no pueda ser calificada** como pequeña o mediana empresa según los criterios establecidos en el artículo 3 inciso g)) del Reglamento General a la Ley N°8262 de Fortalecimiento a Pequeñas y Medianas Empresas, Decreto N° 33111 del 06 de abril de 2006, inciso reformado por el Decreto Ejecutivo N° 35585 del 18 de setiembre de 2009.¹²

¹¹ Asociación Internacional de Supervisores de Seguros. *Principios Básicos de Seguros y su Metodología*, octubre 2003, principio PBS 25.

¹² (*)g) PYME: Unidad productiva de carácter permanente que dispone de recursos físicos estables y de recursos humanos; los maneja y opera, bajo la figura de persona física o persona jurídica, en actividades industriales, comerciales o de servicios.

La diferenciación entre micro, pequeña o mediana empresa se determinará a partir de los resultados de las siguientes fórmulas, para los sectores que se especifican:

Para el Sector Industrial:

$$P = ((0,6 \times pe/100) + (0,3 \times van/¢1.210.000.000) + (0,1 \times afe/¢760.000.000)) \times 100.$$

Para los Sectores de Comercio y Servicios:

$$P = [(0,6 \times pe/30) + (0,3 \times van/¢2.420.000.000) + (0,1 \times ate/¢760.000.000)] \times 100.$$

(*)(Así reformado el inciso anterior por artículo 1° del decreto ejecutivo N° 35585 del 18 de setiembre de 2009).

Donde:

P: Puntaje obtenido por la empresa.

pe: Personal promedio empleado por la empresa durante el último período fiscal.

van: Valor de las ventas anuales netas de la empresa en el último período fiscal.

afe: Valor de los activos fijos netos de la empresa en el último período fiscal.

ate: Valor de los activos totales netos de la empresa en el último período fiscal.

El valor de referencia de los parámetros utilizados está sujeto a la revisión y actualización anual por parte del MEIC. Las empresas se clasificarán con base en el puntaje P obtenido, con el siguiente criterio:

Microempresa $P \leq 10$

Pequeña Empresa $10 < P \leq 35$

Mediana Empresa $35 < P \leq 100$

Para efectos de clasificar las actividades empresariales como industriales, comerciales o de servicios, se utilizarán las categorías indicadas en la más reciente actualización de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las Actividades Económicas (CIIU).

Para determinar cómo limitar el contenido de las condiciones generales a fin de evitar la persecución de un interés unilateral a costa del sacrificio del tomador del seguro cuando éste no es un consumidor¹³, sino un comerciante o agente económico - utiliza el seguro como parte de su incorporación al giro comercial de la empresa-, hay que ir más allá de los principios jurídicos en que se apoyan los contratos individuales. La equidad y buena fe, exigibles en toda contratación, incluyendo el seguro, tiene su sustento en los artículos 21 y 22 del Código Civil:

“...ARTÍCULO 21. Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe...”

“...ARTÍCULO 22. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso...”

La preparación de las condiciones generales de aseguramiento parte del principio de la autonomía privada propia del Derecho Privado Mercantil. No obstante, es de destacar que la misma encuentra límites dispuestos en el ordenamiento jurídico, como por ejemplo el establecido en el artículo 19 del Código Civil “...Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención...”

No habría transgresión de la autonomía privada cuando las condiciones generales formuladas por la entidad aseguradora tratan objetivamente, con disposiciones razonables, el contenido de los negocios de seguros derivados de la actividad aseguradora. Habrá en cambio transgresión de dicha autonomía, cuando mediante las condiciones generales de la contratación se persiga sin justificación alguna un interés unilateral a costa del sacrificio patrimonial del tomador/asegurado, poniéndolo en una posición a merced del predisponente asegurador.

Para determinar cuando ocurre esta transgresión, hay que analizar el contrato a la luz de las normas dispositivas y coactivas dictadas por las leyes que informan los contratos y según la cualidad del tomador o asegurado, si es o no consumidor en los términos ya vistos:

- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

¹³ Entendido como “...Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello...”, al tenor del artículo 2 de la Ley N°7472.

- Código de Comercio
- Código Civil
- Ley Reguladora del Mercado de Seguros y normativa conexa
- Ley de Seguros, N° 11 del 2 de Octubre de 1922 y sus reformas

La doctrina, asimismo, ha sido clara en este tema:

“...mientras la cláusula predispuesta es siempre un acto de voluntad del empresario predisponente (dentro del marco legal), las condiciones generales también pueden ser establecidas por la autoridad administrativa (caso de las pólizas de seguro), aún prescindiendo de la voluntad del empresario...”¹⁴

De esta forma, se recomienda normar un procedimiento de registro diferenciado de contratos tipo y paritarios, siempre que sean dirigidos no a consumidores, sino a agentes económicos que utilizaran el seguro como parte integrante de su giro comercial y no como destinatarios finales del mismo.

c) Derecho Comparado sobre el tratamiento de los contratos de adhesión

En el siguiente cuadro comparativo se puede apreciar el tratamiento de los contratos de seguros de adhesión en otras latitudes:

País	Norma	Tratamiento
Estados Unidos – Estado de California	Fair Claims Settlement Practices Regulations California Code of Regulations, title 10. Chapter 5	Ex post. No hay registro previo de las condiciones generales, solo de los corredores.
Estados Unidos – Estado de Washington	Insurance Fair Conduct Act	Ex post. No hay registro previo de las condiciones generales. La Ley contiene una acción directa para demandar en tribunales daños y perjuicios cuando un reclamo ha sido declinado por la aseguradora o ésta ha violado normas gubernamentales de protección al consumidor. Con base en esta ley, la demanda antes de ser presentada, debe ser presentada previamente

¹⁴ Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos, op.cit p.72*

País	Norma	Tratamiento
		ante la entidad y ante la Office of the Insurance Commissioner, con una antelación de al menos 20 días de su presentación ante la Corte.
Estados Unidos – Estado de Nueva York	Regulation No. 60 11 NYCRR 51 replacement of life insurance policies and annuity contracts.	Ex post. No hay registro previo de las condiciones generales.
Canadá	General Insurance OmbudService and Canadian Life and Health Insurance OmbudService	Cualquier consumidor que se sienta perjudicado, puede acudir a dos organismos, según sea la categoría de seguro (personales o daños) llamados el Defensor del Asegurado. No existe registro previo de condiciones generales.
Unión Europea	-Reglamento (CE) nº 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos. -Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. -Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (refundición). -Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22	No existe registro previo de condiciones generales. Se regulan las condiciones jurídicas generales que deben contener los contratos de seguros. Se hace una diferenciación entre los grandes riesgos y los riesgos de masa. Los seguros de grandes riesgos están sujetos a controles menos rigurosos que los seguros de riesgos de masa, tanto en régimen de establecimiento como en régimen de prestación de servicios (por ejemplo, no es necesaria la aprobación previa de las condiciones de las pólizas de seguros, de las tarifas y de los formularios y demás impresos que la empresa se proponga utilizar en sus relaciones con los

País	Norma	Tratamiento
	de junio de 1988, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE.	tomadores).
Chile	D.L. N° 3.538 NORMA DE CARÁCTER GENERAL N° 124 DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 251, DE 1931	Establecen un registro previo de pólizas.
Perú	Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.	Establece un registro previo de pólizas.

d) Contratos Paritarios

Normalmente es el consumidor aislado quien se encuentra sometido a las cláusulas predispuestas y a las condiciones generales de contratación en los seguros, pero también son utilizables por las mismas empresas (agentes económicos) en sus mutuas transacciones con aseguradoras, ello por cuanto constituyen un instrumento que no limita su posibilidad de aplicación en la esfera del consumidor. Por eso, hay situaciones en que ambos contratantes son agentes económicos con potencial económico, notándose una ausencia de una parte débil (consumidor) en ese esquema.

De lo anterior se pueden derivar dos situaciones concretas. En primer lugar, las condiciones generales de contratación pueden servir en ese esquema paritario como un instrumento de técnica jurídica dentro de un mercado muy técnico pero a la vez muy estandarizado, donde

los grados de poder de negociación aparecen revestidos “...de coloraciones diversas según las oportunidades...”¹⁵

En los contratos de libre discusión (no adhesión), hay un acuerdo paritario entre iguales para crear obligaciones, basado en la libre discusión entre las partes. No se está en presencia de un contrato masificado de adhesión, por ello se trata de un documento personalísimo entre dos partes en igualdad de condiciones donde necesariamente ha de reflejarse en el clausulado los frutos de una negociación de condiciones. A diferencia de las condiciones generales de contratación que constituyen declaraciones dirigidas al público, **sin relación con un sujeto individualizado**, de donde generalidad equivale a uniformidad o fijeza de su contenido.¹⁶

A la luz del numeral 25 inciso k) de la LRMS, el registro de estos contratos debe ser diferenciado al establecido para los contratos de adhesión, pues no existe predisposición de condiciones que pongan en peligro abusos de derechos dado que existe un equilibrio negocial entre los contratantes donde ambos modelaron sus intereses de común acuerdo. Este registro diferenciado consiste en registrar el contrato paritario una vez negociado y firmado, ello atendiendo a su naturaleza particular de convenio de libre discusión.

Lo anterior, sin perjuicio: i- del deber de cumplir con las funciones en materia actuarial establecidas en el artículo 63 del Reglamento sobre autorizaciones, registro y requisitos de funcionamiento de entidades Supervisadas por la Superintendencia de Seguros, lo cual debe quedar debidamente documentado en el expediente de cada uno de los contratos de este tipo que se celebren; ii- de las obligaciones de información que puedan ser requeridas por la Superintendencia para atender sus funciones de supervisión prudencial, conforme a las potestades otorgadas por Ley a éste Órgano de Supervisión.

e) Requisitos recomendados para el tratamiento del registro de contratos paritarios y tipo

El reglamento es una expresión de la facultad normativa atribuida por el Ordenamiento Jurídico al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. El Reglamento es una disposición administrativa de carácter general y de rango inferior a la Ley Reguladora del Mercado de Seguros (LRMS). Por el rigor técnico que es necesario para realizar regulaciones de materias concretas de supervisión prudencial, al legislador le resulta imposible por su propio modus operandi, entrar en tantos detalles de una materia. Por ello siempre existirá una necesidad de desarrollar y completar la tarea del legislador y de las leyes. Esta potestad reglamentaria se atribuye al CONASSIF por la Ley Reguladora del

¹⁵ Rezzónico, Juan Carlos, “Contratos con cláusulas predispuestas”, p. 31

¹⁶ Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, op.cit p.120

Mercado de Valores, en el artículo 171 inciso 6). De esta forma, y considerando además lo preceptuado en el artículo 7 de la LRMS, resulta importante considerar introducir una reforma al Reglamento sobre Autorizaciones, Registros y Requisitos de funcionamiento de entidades supervisadas por la Superintendencia General de Seguros, en el sentido de normar un procedimiento de registro de contratos paritarios y tipo con requisitos que sean precisamente atinentes a su naturaleza y de esta forma prevenir que una aseguradora utilice la figura de un contrato de libre discusión o paritario, para evitar el registro de un contrato de adhesión o en masa.

Dentro de los requisitos que podrían ser considerados se encuentran:

- Ser suscrito únicamente con agentes económicos personas jurídicas, quienes no podrían actuar como consumidores (destinatarios finales) de los beneficios derivados del seguro, sino que la suscripción del mismo debe obedecer a su integración efectiva como parte de su giro comercial o industrial. Por las mismas razones, igualmente serían solamente agentes económicos personas jurídicas, quienes podrían intervenir en el contrato como asegurados.
- Cuando el tomador y asegurado ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.
- El tomador y asegurado (agente económico) deberá contar con un mínimo de volumen de negocios y un número mínimo de empleados contratados.
- Establecer un mínimo de prima comercial anual.
- Estén relacionados con los siguientes ramos y líneas de seguros:
 - ◆ Riesgos de transporte
 - ◆ Riesgos de crédito y de caución vinculados a una actividad comercial
 - ◆ Incendios y otros daños a los bienes
 - ◆ Responsabilidad civil general y pérdidas pecuniarias
- Para que la aseguradora pueda perfeccionar un contrato paritario, deberá previamente tener registrados en la Superintendencia contratos de adhesión en dichas ramas y líneas.

f) Un registro diferenciado de contratos paritarios y tipo no significa que deba haber ausencia de supervisión

El artículo 25 de la LRMS en sus incisos h) y j), establece como obligación de las entidades aseguradoras el determinar y revisar, periódicamente, el contenido de sus contratos de seguros y los fundamentos técnicos y actuariales utilizados en ellos, asimismo tener a disposición de la Superintendencia, en todo momento, las bases técnicas que utilicen para la fijación de tarifas y la nota técnica del producto.

Con base en dichos numerales, la Superintendencia ostenta competencia suficiente para examinar los fundamentos técnicos de los contratos de seguros paritarios sobre los que se cimienta la operación jurídico-económica a fin de controlar y vigilar la observancia de los principios en que se fundamenta el seguro, a fin de preservar la estabilidad del contrato, especialmente en cuanto a la conformación de un fondo suficiente de primas que pueda financiar los compromisos del asegurador, cuyo destino concreto lo constituye el pago de los siniestros. Por ello, el legislador previó un mecanismo de supervisión prudencial basado en un control de gestión que preserve la situación financiera de la entidad en orden a los compromisos contraídos. Lo anterior, presupone la constitución de provisiones que importan la garantía esencial de asegurados y terceros cuya finalidad principal es preservar la solvencia del regulado a fin de que, a través de una gestión eficaz de los capitales que les son confiados por los asegurados, estén siempre en condiciones de afrontar sus obligaciones de pago de siniestros y beneficios.

Con base en lo expuesto, es recomendable implementar un instrumento normativo por parte de la Superintendencia, al tenor de la facultad establecida en el último párrafo del artículo 25 y el inciso j) del 29, ambos de la LRMS¹⁷, que permita ordenar el envío periódico de información concerniente a los contratos calificados como paritarios suscritos por la entidad supervisada, a fin de ejercer un monitoreo efectivo, que permita identificar problemas y riesgos potenciales, particularmente en el intervalo entre las visitas de inspección, con ello se provee una detección temprana y una acción correctiva oportuna antes que esos problemas y riesgos se vuelvan más neurálgicos. La información a notificar debe ser tanto actual como de naturaleza prospectiva.

Ello en concordancia con lo señalado en el inciso r) del artículo 25 de la LRMS, donde se tipifica como obligación de la entidad:

"...r) Informar de la manera y por los medios definidos por la Superintendencia de los hechos relevantes de la entidad..."

¹⁷ *"...ARTÍCULO 25.- Obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (...) Para las obligaciones señaladas en este artículo, el Consejo Nacional y la Superintendencia, según corresponda, podrán emitir la normativa necesaria que determine el contenido de las obligaciones, la periodicidad, las condiciones, los formatos, los términos, la operatividad y, en general, cualquier aspecto necesario para su efectivo cumplimiento, supervisión, verificación y sanción en caso de inobservancia..."*

"...ARTÍCULO 29.- Objetivos y funciones de la Superintendencia General de Seguros (...)J) Dictar las demás normas y directrices de carácter técnico u operativo..."

Los requerimientos de información son un reflejo de las necesidades de supervisión a fin de conocer la situación de los supervisados y la forma en que éstos controlan sus riesgos a la hora de suscribir contratos paritarios.

Asimismo, se considera importante al establecer estos requerimientos, distinguir entre los estándares aplicados a la información preparada para ser divulgada públicamente al mercado y aquella que aplica de un resguardo de confidencialidad.¹⁸

Como consecuencia de lo expuesto, cabe señalar que dicho acuerdo iría en concordancia con lo expresado por la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros¹⁹ al expresar en sus principios PBS 12 y PBS 26, la necesidad de requerir información actual de la gestión de la aseguradora y valorar poner a disposición del mercado, aquellos hechos relevantes que se consideren adecuados a fin de facilitar el entendimiento de la posición financiera de la entidad y de los riesgos a los cuales está afecta:

“...PBS 12 Informes a los supervisores y monitoreo de escritorio

La autoridad supervisora recibe la información necesaria para llevar a cabo un monitoreo de escritorio efectivo, y para evaluar la condición de cada aseguradora así como del mercado asegurador...”

“...PBS 26 Información, divulgación y transparencia hacia el mercado.

La autoridad supervisora requiere que las aseguradoras divulguen información relevante sobre una base oportuna a efecto de proporcionar a los interesados una visión clara de sus actividades del negocio y de su posición financiera y para facilitar el entendimiento de los riesgos a los que se encuentran expuestos...”

Cuando se revela información relevante y adecuada, se facilita la eficiencia del mercado, *“...premiando aquellas aseguradoras que operan de manera eficiente y penalizando aquellas que no lo hacen...”*²⁰, siendo este punto crucial dentro del ámbito de la disciplina del mercado asegurador nacional.

g) El fenómeno del “fronting” o la suplantación del asegurador

¹⁸ Para esos efectos puede consultarse el Dictamen de esta División Jurídica PJD-025-2009 del 13 de octubre de 2009.

¹⁹ Asociación Internacional de Supervisores de Seguros. *Principios Básicos de Seguros y su Metodología*, octubre 2003.

²⁰ Asociación Internacional de Supervisores de Seguros. *Principios Básicos de Seguros y su Metodología*, octubre 2003, principio PBS 26.

Las pólizas del tipo “fronting” son aquellas en las cuales grandes asegurados contratan indirectamente el reaseguro y el asegurador es un emisor o vendedor del papel donde la póliza se escribe. Es decir, la aseguradora emite la póliza de seguros, en nombre de una reaseguradora sin la intención de correr riesgos. El riesgo de pérdida se transfiere a la reaseguradora.

Para Jaramillo, el fronting, “...en líneas generales, es la operación que realizan asegurador directo y reasegurador, con miras a ceder y, por consiguiente a aceptar, en su orden, la mayor proporción y, preferiblemente, la totalidad de las consecuencias desfavorables emergentes de la materialización de uno o varios riesgos que, con antelación o en forma concomitante, han sido “asumidos” – a nivel contractual – por aquél – en sentido figurativo...”²¹

Para Castelo Matran y Guardiola, el fronting se emplea para designar a la entidad aseguradora que asume un riesgo pero transfiere realmente su cobertura íntegra o gran parte de ella, a otros aseguradores o reaseguradores.²²

El fronting no puede eximir de responsabilidad contractual al asegurador directo, por más que acuda a la justificante de que su papel era nominal, pues debe responder íntegramente, en razón de la independencia que caracteriza a ambos negocios jurídicos. El asegurado no puede ser privado de su derecho respecto del asegurador directo.

El asegurador directo es jurídicamente responsable de las consecuencias derivadas de la realización del riesgo que asume en virtud del contrato de seguro celebrado con el tomador, contrato que es el antecedente causal de la relación reasegurativa. El contrato de reaseguro, respecto del seguro originario, son totalmente independientes precisamente porque el asegurador directo está en mejores condiciones de administrar el segundo por haberlo acepto con antelación (ex contractu) y especialmente, por haberlo valorado a la luz técnico comercial.

En atención a lo anterior, se recomienda reglamentar el control del fronting, con suscripciones prudenciales y convenios de seguridad adecuados que pueden mitigar un perjuicio a la integridad patrimonial de la entidad.

III. CONCLUSIONES

²¹ Jaramillo, Carlos Ignacio. *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, colección ensayos N°7, primera reimpresión setiembre 2005, p.214

²² Citados por Jaramillo, Carlos Ignacio, op.cit., p.214

1. El artículo 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, define el contrato de adhesión como un convenio *“...cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante....”*
2. De conformidad con lo que establece el artículo 25 inciso k) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros (LRMS), los contratos de adhesión empleados en la actividad aseguradora están sujetos a un control a priori de la Superintendencia, quien ha de registrar los contratos de adhesión predeterminados por la entidad aseguradora y comercializados masivamente y documentos relacionados (incluyendo la nota técnica) antes de que las aseguradoras los propongan a los tomadores de seguros.
3. La justificación de este registro creado por el legislador se fundamenta en procurar eliminar de los contratos de adhesión las cláusulas abusivas, pues para la protección de la parte débil (consumidor de seguros) en el mercado de seguros se hace necesario este control administrativo.
4. En los contratos paritarios o de libre discusión (no adhesión), se justifica un registro diferenciado consistente en presentar a registro ante esta Superintendencia los contratos una vez negociados y perfeccionados, ello atendiendo a la naturaleza particular de esta clase de convenios donde no existe predisposición de condiciones que pongan en peligro abusos de derechos, dado que existe un equilibrio negocial entre los contratantes donde ambos modelaron sus intereses de común acuerdo.
5. En el caso de los contratos tipo, de conformidad con el Reglamento de Autorizaciones, se recomienda establecer un registro diferenciado, al igual que en los contratos de libre discusión, siempre que el mismo sea un agente económico el tomador y no un consumidor de seguros, en los términos del artículo 2 de la Ley N°7472. Se hace la salvedad que el término utilizado en el Reglamento como *“contratos de no adhesión”* no guarda relación técnica con el concepto de *contratos tipo*, que más bien son una modalidad de los contratos de adhesión, cuyas características básicamente se refieren a su estandarización y comercialización masiva
6. Se recomienda implementar una reforma al Reglamento sobre Autorizaciones, Registros y Requisitos de funcionamiento de entidades supervisadas por la Superintendencia General de Seguros, que permita ordenar el envío periódico de

PJD-SGS-007-2011

Página | 21

información concerniente a los contratos calificados como paritarios suscritos por la entidad supervisada, a fin de ejercer un monitoreo efectivo, que permita identificar problemas y riesgos potenciales, particularmente en el intervalo entre las visitas de inspección, con ello se provee una detección temprana y una acción correctiva oportuna antes que esos problemas y riesgos se vuelvan más neurálgicos. La información a notificar debe ser tanto actual como de naturaleza prospectiva. Asimismo considerar reformar el término “no adhesión” al referirse a los contratos tipo, los cuales más bien constituyen una modalidad de un contrato de adhesión.

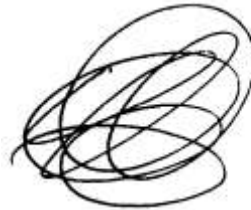
7. Se recomienda reglamentar el control del fronting, con suscripciones prudenciales y convenios de seguridad adecuados que pueden mitigar un perjuicio a la integridad patrimonial de la entidad.

Cordialmente,

DIVISIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA



Guillermo Rojas G.
Abogado Encargado



Harlams Ocampo Ch.
Director A.I.