



PJD-SGS-005-2010

13 de abril de 2010

Señor
Javier Cascante Elizondo - Superintendente
Superintendencia General de Seguros

Estimado señor:

Esta Superintendencia recibió oficio del día 03 de marzo de 2010, mediante el cual el Licenciado Carlos Barrantes P., Asesor Legal de PriceWaterhouseCoopers, consulta en nombre de la sociedad Caja de Seguros Reunidos S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros (Caser), una serie de interrogantes relativas a la comercialización de productos de seguros en Costa Rica, conforme el marco jurídico actual.

Sobre el particular, se rinde el presente dictamen jurídico, a partir del análisis de los supuestos hipotéticos informados en el escrito de petición, sin que ello posteriormente impida que frente a nuevos elementos o un caso real, se efectúen consideraciones adicionales o más puntuales para atenderlos en su especificidad.

I. INTRODUCCIÓN

Adjunta el consultante, el dictamen legal que esta Superintendencia requiere en los casos de evacuación de consultas generales, como la presente.

Manifiesta que debido a la reciente apertura del mercado de seguros en Costa Rica, su representada (CASER) ha asumido un *"...creciente interés en invertir en negocios de seguros en el país..."*

Con el fin de determinar la viabilidad de incursionar en el mercado costarricense, agrega que CASER viene trabajando en un proyecto de análisis que incluye un estudio de la legislación y regulación de seguros.

Por último, explica que cómo producto de ese estudio, han surgido varias interrogantes sobre temas específicos de la legislación.

De seguido se procede al análisis conforme el orden de las preguntas en el escrito de consulta.

II. SOBRE LAS CONSULTAS

A. *¿Puede CASER establecer diferentes sistemas de retribución para sus agentes vinculados y/o exclusivos, sociedades agencia y operadores de autoexpedibles, adicionales al pago de comisiones por la venta de sus productos, excluyendo de este sistema de retribución a las sociedades de correduría y sus corredores?*

Para efectos de responder de forma completa la interrogante del consultante, se hace necesario abordar el tema de los alcances de la intermediación de seguros en el derecho costarricense. Específicamente, conviene diferenciar los distintos agentes económicos que participan en el ejercicio de actos de comercio en el mercado asegurador, bajo la figura de agentes o corredores.

La actividad de la intermediación de seguros está definida en la *Ley Reguladora del Mercado de Seguros N°8653 (LRMS)*. Esta Ley ha establecido las bases para la armonización de la actividad de intermediación de seguros en el país, en respuesta a la necesidad de establecer un marco legal para el ejercicio de la actividad de comercialización de seguros.

La LRMS tiene por objeto regular las condiciones en las que deben ordenarse y desarrollarse las actividades mercantiles de seguros, establece las normas sobre el acceso y ejercicio por parte de las personas físicas y jurídicas que las realicen y el régimen de supervisión y disciplina administrativa que les resulte de aplicación.

El Artículo 19 la LRMS define la intermediación de seguros como aquella que:

“...comprende la promoción, oferta y, en general, los actos dirigidos a la celebración de un contrato de seguros, su renovación o modificación, la ejecución de los trámites de reclamos y el asesoramiento que se preste en relación con esas contrataciones. La intermediación de seguros no incluye actividades propias de la actividad aseguradora o reaseguradora...”

De acuerdo con la citada LRMS (artículo 22), la intermediación de seguros puede ser ejercida por agentes de seguros (personas físicas o jurídicas) o por corredores de seguros (personas físicas o jurídicas).

Estas funciones son incompatibles entre sí, lo cual no obstan para que cualquier intermediario modifique su condición de inscripción en el registro administrativo

de la Superintendencia, a efecto de ejercer otra clase de intermediación, siempre que cumpla los requisitos para ello.

En el caso de los corredores, la obligación que pesa sobre ellos, es la de prestar un asesoramiento profesional e independiente. Esta obligación está reconocida a lo largo de la LRMS. Por ejemplo, el artículo 26, en sus incisos m) y n) disponen:

“...m) En el caso de sociedades corredoras de seguros y sus corredores, asesorar con imparcialidad a la persona que desea asegurarse por su intermedio, ofreciendo la cobertura más conveniente a sus necesidades e intereses.

n) En los casos de sociedades corredoras, mantener las garantías o la cobertura de responsabilidad civil que exija el reglamento para responder por sus actuaciones como intermediario de seguros y las de sus corredores acreditados.(...)”

De esta forma, los corredores de seguros deberán informar a quien trate de concertar el seguro sobre las condiciones del contrato que a su juicio conviene suscribir y ofrecer la cobertura que, de acuerdo a su criterio profesional, mejor se adapte a las necesidades de aquél; asimismo, velarán por la concurrencia de los requisitos que ha de reunir la póliza de seguro para su eficacia y plenitud de efectos.

La práctica habitual¹ de remuneración de la actividad de los corredores es precisamente la remuneración exclusivamente mediante comisiones mercantiles. Por ejemplo en el caso de España, la retribución que perciben los corredores se regula en el artículo 29.2 de la Ley 26/2006, el cual enlista diversas opciones de remuneración: honorarios profesionales y comisiones mercantiles. De acuerdo con la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de ese país, en la práctica, la forma más habitual de retribución al corredor es mediante el cobro de comisiones de la entidad aseguradora.²

¹ Por ejemplo el Título XIV del Código de Comercio de Colombia, señala en sus artículos 1341 y 13431 las reglas relativas a la remuneración de los corredores, entre otras, la referida al momento en que nace para el corredor el derecho a la remuneración correspondiente a la actividad de que trata el artículo 1347 de esa codificación. Superintendencia Financiera de Colombia. Corredores de Seguros, Concepto 2002042007-4 del 11 de septiembre de 2002. En sentido similar sobre el tema de la remuneración de corredores de seguros, puede consultarse la jurisprudencia argentina Noriega, Marcos H. c/ Remington Rand Sudamericana. Del 14 de julio de 1961, Fallo plenario N° 78. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en <http://ar.vlex.com/vid/noriega-remington-rand-sudamericana-35128684#ixzz0kLq4zvr7>. En el caso de España puede consultarse el artículo de Fernando Zunzunegui publicado en la Revista de Derecho del Mercado Financiero RDMF ¿Qué son los mediadores de seguros? del 6 de Noviembre 2006.

² Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Subdirección General de Ordenación del Mercado de Seguros. Oficio 827/2009 del 12 de febrero de 2009.

Como antecedente, la Comisión Europea, analizó este punto en una investigación sectorial con arreglo al artículo 17 del Reglamento Comunitario (CE) N° 1/2003 sobre seguros de empresas, donde precisamente puso de manifiesto la existencia de un problema de incentivos en la actividad de los corredores. En el punto 19 del informe señala textualmente:

“...Los corredores actúan como asesores de sus clientes y como canal de distribución para la aseguradora, a menudo con capacidad para suscribir pólizas y carácter vinculante. Este papel dual es una fuente potencial de conflicto de intereses entre la objetividad del asesoramiento que prestan a sus clientes y sus propios intereses comerciales. Tales conflictos pueden también surgir de aspectos ligados a su remuneración, incluidas las comisiones sobre el beneficio efectivo...”³

La figura del contrato de intermediación de seguros, propia del Derecho Comercial, corresponde a las actividades ejercidas por los corredores y agentes de seguros, cuya principal función es la de estudiar los requerimientos que en esta materia tiene su cliente - futuro tomador- y ponerlo en contacto con una compañía aseguradora que le expida la respectiva póliza. Dependiendo del tipo de intermediación, así será el tipo de contrato puntual que se suscriba, sea un contrato de agencia⁴ o de correduría⁵.

La actuación del corredor de seguros supone la celebración previa de un contrato de corretaje por parte de éste con el tomador del seguro (pues actúa en nombre propio y por cuenta propia), y si bien éste último, no está obligado a pagarle honorario alguno que no esté previamente autorizado, conforme lo indica el inciso e) del artículo 26 de la LRMS, adquiere otra serie de obligaciones en relación con él, como lo es la de poner a su disposición oportunamente la información que requiera para el cabal ejercicio de sus funciones. A su vez, los corredores pueden comprometer su responsabilidad ante el tomador, por no cumplir debidamente y de buena fe la labor de intermediación.

Por tanto, conforme lo expuesto, se considera jurídicamente viable que una entidad aseguradora aplique diferentes sistemas de retribución para sus agentes y

³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Investigación sectorial con arreglo al artículo 17 del Reglamento (CE) N° 1/2003 sobre seguros de empresas (informe final), Bruselas, 25.9.2007 COM(2007) 556 final.

⁴ El agente actúa a nombre y cuenta de la Entidad Aseguradora o en nombre propio pero por cuenta ajena.

⁵ El corredor no actúa en nombre ni por cuenta de ninguna aseguradora, en otras palabras, actúa frente a su cliente en nombre propio y por cuenta propia ofreciendo seguros, promoviendo su celebración y obtener su renovación a título de intermediario entre el asegurado y cualquier aseguradora (y no respecto de una o algunas compañías aseguradoras como lo hacen los agentes exclusivos o vinculados).

sociedades agencia excluyendo a las sociedades corredoras y sus corredores. Debe tenerse presente, que la labor de intermediación se puede llevar a cabo mediante contratos de corretaje o agencia, cuyos alcances, incluyendo la definición de comisiones y remuneraciones, lo cual corresponde a las partes como en cualquier negociación contractual, salvo el caso de los corredores de seguros, que solamente pueden percibir comisiones de las aseguradoras y honorarios de los clientes que asesoran, únicamente cuando así ha sido pactado previamente entre las partes, lo cual incluso se prevé de esta forma en el proyecto de reglamento para regular la comercialización de seguros.

Ante todo, es responsabilidad de la entidad velar para que esos esquemas remunerativos no aparezcan distorsiones en el mercado y no trasladen al consumidor de seguros una carga económica adicional no contemplada ni autorizada.

B. ¿Es viable un esquema de colaboración entre sociedades agencia, sociedades corredoras y/u operadores autoexpedibles?

Se trata de una pregunta muy general pues no define a qué esquemas de “colaboración” puntualmente se refiere. En ese sentido, se debe proceder a resaltar dos aspectos que interesan especialmente a los efectos del análisis de estos contratos de intermediación, desde la óptica del Derecho de la Competencia.

En primer lugar, y de acuerdo con la pregunta, se estaría en presencia de contratos de colaboración celebrados entre empresarios independientes, una aseguradora y varios comerciantes/intermediarios para el establecimiento de una red de venta o distribución de los productos del primero. En segundo lugar, dichos contratos pareciera que se utilizarían como una técnica de integración empresarial en la medida en que, a través de ellos, se cede una parte de la capacidad de decisión de los intermediarios a cambio de una actuación coordinada de todos ellos, lo que permite aumentar la eficiencia del sistema.

Debe considerar el consultante que de acuerdo con la legislación de competencia costarricense, se denominan acuerdos horizontales aquellos celebrados entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado. Su objetivo puede ser diverso, y obedecer a motivos ligados con la eficiencia económica o a causas relacionadas con el ejercicio del poder de mercado. Además, existen los acuerdos verticales que se celebran entre operadores económicos que no se encuentran situados en el mismo escalón del proceso productivo, es decir, entre operadores que generalmente no compiten directamente entre sí.

Dicho en otros términos, el establecimiento mediante pacto o contrato de un sistema de colaboración que fije las comisiones, limite el número de intermediarios según el mercado en zonas o no permita la existencia de otros operadores que vendan el producto en una zona determinada, podría suponer una restricción de competencia⁶ y resulta, por tanto, prohibido y, en su caso, eventualmente sancionado conforme la Ley N°7472 a instancia de esta Superintendencia al tenor de su artículo 27bis y el inciso o) del artículo 29 de la LRMS.

Se debe tener presente que los contratos de agencia **puros** donde el agente se constituye en un mero intermediario que actúa siempre por cuenta ajena sin asumir el riesgo de las operaciones en que interviene, se considera, desde una perspectiva económica, que no puede hablarse de acuerdo entre partes o de concurso de voluntades que deriven en prácticas monopolísticas.

C. ¿Puede un banco público constituir más de una sociedad comercializadora (de agencia o correduría)?

Una vez analizada la respuesta aportada por el consultante, la misma se centra en el estudio del numeral 23 de la LRMS desde una óptica primordialmente gramatical, indicando que si el legislador hubiera querido limitar el número de sociedades a constituir por un banco público, hubiera recurrido a una redacción idéntica a la recogida en el numeral 47 inciso b), el cual cita *“una única sociedad anónima”*. Sin embargo, lo anterior omite considerar aspectos jurídicos en torno a la naturaleza de las entidades que constituirían esos intermediarios, la constitución de esas sociedades en un conglomerado financiero, el espíritu del legislador reflejado en la discusión de la LRMS, entre otros.

De seguido se procederá a analizar los alcances del numeral 23, específicamente en cuanto al aspecto consultado.

En Costa Rica, desde hace ya varios años opera el llamado *“esquema de multibanca”*, el cual de conformidad con la Procuraduría General de la República (de ahora en adelante PGR), no es otra cosa que *“...un banco al cual le está permitido ofrecer una amplia gama de productos o servicios de índole financiero. La banca ya no solo puede realizar las operaciones “conexas” por su objeto o por razón de la actividad o bien, compatibles con la naturaleza técnica de los bancos y que no se encuentren prohibidas, según la cláusula abierta que resulta de la relación de los artículos 61 y 54 de la Ley Orgánica del*

⁶ Si se trata de una restricción vertical, queda sujeta a comprobar la existencia o no de poder sustancial dentro del mercado relevante

Sistema Bancario Nacional, sino que puede realizar otros servicios en el ámbito de la inversión o del sistema de pensiones...”⁷

El numeral 23 de la LRMS parte de la anterior premisa en los siguientes términos:

“...ARTÍCULO 23.- Autorización a entidades financieras

Los grupos o conglomerados financieros regulados por el Consejo Nacional, podrán constituir o mantener sociedades que se dediquen a la intermediación de seguros, siempre que cumplan lo dispuesto en esta Ley.

*Los **bancos públicos** podrán participar en la actividad de seguros como intermediarios, mediante la constitución de **una sociedad anónima** que deberá tener como fin exclusivo realizar las actividades indicadas en el presente capítulo, y podrán constituirla como **únicos accionistas**.*

Las entidades supervisadas por la Sugef no podrán exigir que los contratos de seguros que requieran de sus clientes sean contratados con determinadas entidades aseguradoras o intermediarios de seguros. Lo anterior se considerará para todos los efectos prácticas monopolísticas relativas, en los términos de la Ley N.º 7472, Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, de 20 de diciembre de 1995, y sus reformas...” Destacado no es del original

En la discusión legislativa de este artículo, se consideró desde la prohibición absoluta de que los bancos participaran en el mercado asegurador, hasta su absoluta libertad de empresa a fin de que pudieran realizar actos de comercio en plena igualdad con la banca privada. Al final se estableció una línea ecléctica pues en cuanto a su participación en la actividad aseguradora, solamente la pueden ejercer en forma conjunta con el Instituto Nacional de Seguros en una única sociedad anónima. Sobre el particular, ilustra la posición del diputado Pérez González:

“...DIPUTADO PÉREZ GONZÁLEZ:

Gracias, señora Presidenta.

En estos proyectos se viene viendo cada vez, cómo se maneja al antojo el principio de igualdad, se trata de aplicarlo únicamente cuando conviene, a ciertos grupos.

En este caso, sí pueden participar en la actividad aseguradora los bancos, ¿por qué no pueden participar en la intermediación? El requisito para ello es la constitución de una sociedad anónima cuyo único fin sea la actividad de intermediación.

Tampoco pueden participar en la actividad aseguradora o de intermediación, entidades cuyo capital social sea propiedad de otra entidad dedicada a la intermediación financiera, ¿por qué quitarle la posibilidad a los bancos públicos del Estado de que participen en la actividad aseguradora? ¿Por qué se va a discriminar entre bancos públicos y bancos privados? ¿La competencia no es

⁷ Dictamen C-093-2006 del 6 de marzo de 2006.

precisamente tener la mayor cantidad de entidades en el mercado? Si los privados obtienen grandes beneficios si eventualmente participaran en la actividad aseguradora o de intermediación. ¿Por qué se va a privar de esa posibilidad a los públicos? Dejar por fuera a los bancos públicos del Estado de la actividad de intermediación, va en contra del principio de igualdad establecido constitucionalmente. Dicho principio se maneja y adapta según los criterios políticos que se tengan al momento.

Esta actividad, no sería peligrosa porque los bancos ya tienen suficientes recursos y garantías para realizar la actividad de intermediación. No se trata de una competencia peligrosa o innecesaria entre el mismo Estado, como una vez se dijo aquí, sino, es una competencia leal más que se da a favor de los consumidores...”

ACTA DE SESIÓN N° 83 (11 de Abril de 2007). DEPARTAMENTO DE COMISIONES, COMISIÓN PERMANENTE DE ASUNTOS ECONÓMICOS

En cuanto al tema de la intermediación, se discutió si deberían limitarse a ser “comercializadores” exclusivos del INS⁸, prohibírseles expresamente su ejercicio o ser agentes directos del INS sin necesidad de constituir sociedad alguna⁹. En ese sentido, la diputada Antillón Guerrero indicó:

“...DIPUTADA ANTILLÓN GUERRERO:

El Estado debe fortalecer los canales de comercialización de su actividad aseguradora, por lo tanto son cosas diferentes, pero no pueden participar los bancos poniéndole la competencia al INS, pero sí deben los bancos estatales prestar los servicios de esa infraestructura, como bien decía la diputada Ballesterero para la comercialización de estos seguros....” ACTA DE SESIÓN N° 83 (11 de Abril de 2007). DEPARTAMENTO DE COMISIONES, COMISIÓN PERMANENTE DE ASUNTOS ECONÓMICOS

Como bien se aprecia de la lectura del transcrito numeral 23, la entidad bancaria pública no realiza en forma directa la intermediación, (como se plantea en concepción clásica de la multibanca), sino que se acude a la creación de una

⁸ La diputada Zamora Chaves indicó en ese sentido lo siguiente: “...Tampoco consideraría conveniente ni sano, ni tendría ninguna razonabilidad para los intereses del Estado, que los bancos comerciales del Estado comercialicen seguros de una empresa que sea competencia del INS. Realmente he mantenido la tesis de que no es sano que los bancos participen como aseguradoras, pero que sí considero que es fundamental que se dé la alianza entre los bancos y el INS, a fin de tener mayores y mejores canales de comercialización en materia de seguros....” ACTA DE SESIÓN N° 83 (11 de Abril de 2007). DEPARTAMENTO DE COMISIONES, COMISIÓN PERMANENTE DE ASUNTOS ECONÓMICOS

⁹ En ese sentido indicó la diputada Zamora Chaves: “...Curiosamente, se le exige a los bancos públicos para comercializar, óigase bien, únicamente para comercializar, que tienen que crear una sociedad anónima, cuando para la comercialización como ya lo están haciendo hoy en día podrían hacerlo de manera directa como un canal superior de distribución del INS, tal y como ya lo están haciendo algunos en este momento...” ACTA DE LA SESIÓN PLENARIA EXTRAORDINARIA N.º 039 (Miércoles 2 de abril de 2008)

sociedad anónima para que ésta preste los servicios financieros propios del intermediario.

De conformidad con lo estudiado en las actas legislativas, la flexibilidad en el accionar, para poder competir con las entidades financieras privadas, llevó al legislador a autorizar la constitución de sociedades anónimas por parte de los bancos públicos:

“...DIPUTADO ECHANDI MEZA:

Dejar el negocio de seguros en las manos exclusivas de los grupos financieros privados equivaldría a condenar a los costarricenses a prescindir de la opción que han privilegiado históricamente, la banca comercial del estado.

Por ello, dentro del papel que se le encomienda a este sector, cual es de canales de comercialización de las empresas aseguradoras. Por ello, para asegurar que puedan jugar un papel relevante en un mercado competitivo de seguros, es que debemos dotarlos de las condiciones y capacidades para poderes administrativas, técnicas y de servicios, que les permitan ofrecerle a todos los clientes de las instituciones bancarias estatales seguros en condiciones y precios adecuados. Con lo cual se podrá cumplir con el objetivo de lograr una mayor profundidad y cobertura del seguro en el país.

Esta propuesta reforma el párrafo segundo del artículo 41 del proyecto en discusión para dotar a los bancos estatales de prerrogativas que le permitan poner a disposición de sus clientes los mejores productos y servicios...” ACTA DE SESIÓN N° 06 (06 de Junio de 2007) DEPARTAMENTO DE COMISIONES, COMISIÓN PERMANENTE DE ASUNTOS ECONÓMICOS

De esta forma, la sociedad anónima se presenta como el mecanismo elegido por el legislador como vehículo de participación de los bancos públicos en el mercado asegurador, como intermedios¹⁰, pero siempre en el entendido de que se trata de empresas públicas, sujetas a controles de naturaleza pública, dada la presencia de fondos públicos. Lo cual necesariamente conlleva a una interpretación restrictiva del numeral 23.

La Procuraduría General de la República ha analizado la naturaleza jurídica de esas sociedades anónimas, concluyendo que se trata de empresas públicas, dado el carácter público de los fondos con los que son constituidas y el control que ejercen los entes propietarios. Así, en el dictamen N° C-366-2003 de 20 de noviembre de 2003, dicho órgano indicó al respecto:

¹⁰ Como antecedentes se puede citar el artículo 55 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley N° 7732 del 17 de diciembre de 1997, el cual autoriza al Instituto Nacional de Seguros y a cada uno de los bancos públicos para constituir sociedades, con el fin único de operar su propio puesto de bolsa y realizar exclusivamente, las actividades indicadas en el artículo 56 de ese cuerpo legal.

Teléfonos: 2243-5108, 2243-5103 • Fax: 2243-5151

Dirección: Edificio Torre del Este, Piso 8

sugese@sugese.fi.cr

“...Ahora bien, la ley autoriza a determinados entes públicos a constituir operadoras de pensiones, organizadas como sociedades anónimas, para permitir a la Administración Pública participar en un determinado tipo de actividad empresarial (en este caso, la venta de servicios respecto de los sistemas de pensión complementaria) sin la rigidez propia del Derecho Público; se postula que como sociedad anónima el ente que se crea puede actuar en forma más eficiente, flexible y permitiendo la competencia con los agentes económicos privados, cuando la concurrencia es posible. El acudir a una forma societaria da un mayor margen de flexibilidad y eficacia en el accionar empresarial, motivado en el hecho de que estas sociedades rigen su organización y el aspecto de toma de decisiones por disposiciones de Derecho Privado y no de Derecho Público. Según los ordenamientos, esa flexibilidad podrá ser mucho mayor, incluso respecto de los recursos con que cuente y los procedimientos para gestionarlos. En ese sentido, los recursos podrían no ser considerados como públicos y la entidad podría gestionarlos sin respeto de las diversas normas que regulan el manejo y disposición de los fondos públicos. Situación que no se presenta en nuestro país.

El carácter instrumental de las diversas empresas públicas mercantiles es general, pero se hace más evidente cuando estas empresas son constituidas con derogación de las disposiciones comunes de Derecho Comercial, que es el supuesto de las sociedades que nos ocupan. Esta instrumentalidad se muestra en la Ley Reguladora del Mercado de Valores en dos hechos fundamentales: para que los bancos y el INS puedan participar en el sistema de pensiones complementarias deben constituir una sociedad anónima. En el fondo, la norma está autorizando para que participe el ente público en una determinada actividad, pero se le impide hacerlo directamente; debe recurrir, por el contrario, a crear una sociedad. Luego, se autoriza la constitución de una sociedad con un socio único. Lo que se explica por el hecho de que esa creación tiene un único objeto, cual es la participación en el mercado en un plano de igualdad con otras operadoras de pensiones. De esta forma, el patrimonio y contabilidad del ente propietario y de la operadora de pensiones no deben ser confundidos. Mecanismo que se logra con la creación de una persona jurídica formalmente independiente, con patrimonio propio pero regida estrictamente por el principio de especialidad: la operadora se constituye exclusivamente para administrar fondos de pensiones, los planes de pensión y los fondos de capitalización laboral (artículo 30 de la Ley N° 7983). Es decir, el carácter instrumental de las operadoras justifica la derogación al principio asociativo insito en las formas societarias. (...).

Por consiguiente, la existencia de una personalidad jurídica no autoriza realizar un deslinde entre la entidad propietaria y la operadora de pensiones que se crea. Como dijimos en la Opinión Jurídica N° OJ-126-99 de 5 de noviembre de 1999, en la realidad quien interviene en el mercado realizando las operaciones correspondientes es el propio ente público, que lo hace a través de la sociedad anónima. Lo que remarca el carácter instrumental de estas sociedades, respecto de las cuales se ha afirmado que constituyen "bienes" del ente público, uno más de sus activos.

Dado el carácter instrumental de estas sociedades, se sigue que existe una identidad de intereses entre el ente público que es autorizado a constituir la

operadora de pensiones y ésta misma. Es con base en esa identidad de intereses, que la Procuraduría ha considerado que los puestos de directivo de un Banco estatal y de directivo de la sociedad anónima de su propiedad no son incompatibles entre sí...”¹¹

La creación de una persona jurídica independiente del ente propietario de la empresa permite separar el patrimonio y contabilidad de la sociedad y la de su propietario, a fin de mantener una gestión transparente de los recursos, transparencia indispensable en un mercado abierto a la competencia.

En línea con lo anterior, esas sociedades se engloban dentro del término “conglomerados financieros”. Término que ha sido definido (Acuerdo SUGEF 5-04 Reglamento sobre Grupos de Interés Económico) como la “...entidad económica resultante de la consolidación contable de los estados financieros de todas las subsidiarias de una entidad financiera del sector público...”

El artículo 23 señala que los bancos públicos pueden participar en la actividad de seguros como intermediarios, mediante la constitución de “...una sociedad anónima que deberá tener como fin exclusivo realizar las actividades indicadas en el presente capítulo, y podrán constituirla como únicos accionistas...”. Esas sociedades son organizadas en función de un fin, que es definido por el fundador del banco público, en este caso la Administración Pública. El gobierno y administración del banco están a cargo de órganos nombrados por la Administración Pública y supeditados a ésta, por el principio de tutela administrativa.

Las sociedades constituidas con base en el artículo 23 transcrito, constituyen empresas públicas según los criterios expuestos de la Procuraduría y que esta Superintendencia comparte, pues la naturaleza pública de la sociedad se deriva en razón de que el 100% de su capital social es público.

Los bancos públicos, conforme la LRMS, - autorizados para constituir dichas sociedades intermediarias de seguros - utilizan fondos públicos para formar tanto el capital mínimo de constitución como el de funcionamiento de esas sociedades. Son empresas públicas constituidas como sociedades anónimas en virtud de una autorización expresa de ley y cuya particularidad es que están constituidas por un único socio.

El consultante no debe perder de vista que, a diferencia de otras empresas públicas organizadas como sociedades anónimas, las que nos ocupan se encuentran sujetas

¹¹ Dictamen N° C-070-2001 de 13 de marzo de 2001 y reiterado en los dictámenes C-129-2004 de 3 de mayo de 2004, C-224-2004 de 6 de julio de 2004, C-058-2005 de 11 de febrero de 2005 y en la Opinión Jurídica OJ-084-2005 de 20 de junio de 2005.

a una estricta regulación dirigida a mantener la solvencia, estabilidad y liquidez del sistema financiero asegurador en su conjunto, base de la confianza del consumidor de seguros.

Con vista en las actas legislativas y considerando que el legislador no hizo referencia alguna a que el espíritu de la norma fuera que cada banco público pudiera constituir un número ilimitado de sociedades anónimas dedicadas a la intermediación de seguros, más bien por el contrario, una lectura literal de la norma habla de “...una sociedad anónima...”, y especialmente considerando que esas sociedades anónimas intermediarias de seguros son subsidiarias de los bancos públicos, - aunque formalmente estas empresas constituyen personas jurídicas independientes de esos bancos -, lo cierto es que en el plano de la realidad, son los bancos públicos quienes intervienen en esas operaciones de intermediación a través de las sociedades que han creado con fondos públicos, lo que determina una interpretación de carácter restrictivo en aras de proteger el erario público destinado a la constitución de esas empresas sujetas a supervisión, se considera que la interpretación más ajustada a derecho es que los bancos públicos pueden participar como intermediarios de seguros pero cada uno de ellos podrá constituir **solamente una** (1) sociedad anónima a esos efectos.

A pesar de que esas sociedades cuentan con un patrimonio propio, éste ha sido suministrado por el banco público, que en último término consolida el balance contable por lo que tanto el capital social como el patrimonio que disponen esas sociedades anónimas, son fondos públicos.

El resultado financiero de esas sociedades tiene una clara incidencia positiva o negativa en la situación financiera de los bancos que las constituyen, por ello, el legislador previó, en aras de no arriesgar su patrimonio público, una limitación cuantitativa en el número de intermediarios que cada conglomerado puede consolidar.

D. Respecto de la naturaleza de los productos autoexpedibles: (i) ¿alteraría la misma el hecho de que la entidad aseguradora diseñe productos para diferentes colectivos homogéneos, que puedan comercializarse de forma masiva y sin necesidad de realizar un análisis y selección del riesgo en el momento de su suscripción?, (ii) ¿puede un seguro autoexpedible tener un plazo de vigencia superior a la anual, cuando el interés asegurado así lo requiera?

En cuando al punto (i), no se altera la naturaleza del seguro autoexpedible en el tanto el producto que se pretenda registrar para su comercialización, no solo cumpla con la característica de que su expedición no requiere un proceso previo de análisis y selección de riesgo, sino que además cumpla con el resto de los requisitos normados en el artículo 24 de la LRMS y cumplan con entregarle al consumidor información clara y veraz al momento del aseguramiento, a fin de que el tomador tenga suficientes elementos objetivos que incidan en su decisión de consumo y de esta forma evitar vicios en el consentimiento.

En cuando al punto (ii), efectivamente la LRMS no establece un plazo de duración de esta clase de productos. El legislador se limitó a establecer que no deben ser susceptibles de renovación. No obstante lo anterior, existen razones técnicas que no permiten que los seguros autoexpedibles tengan vigencias superiores al año. Dado que estamos ante productos en los cuales no hay una valoración previa de riesgo, si una entidad aseguradora asumiera un riesgo de largo plazo, queda más expuesta a que ese riesgo amparado pueda aumentar conforme pasa el tiempo sin un ajuste de la prima pues no hubo una valoración previa del mismo. Tómese por ejemplo el caso de un seguro de vida en el que la prima suele ser calculada considerando la exposición del riesgo por parte del asegurado. En un autoexpedible de “largo plazo” (superior al año), al no existir una valoración previa de riesgo, la entidad expone su solvencia pues no puede adecuar las tarifas ni sus provisiones matemáticas ante cambios súbitos de siniestralidad que aumenten la posibilidad de muerte del asegurado y por ende la respectiva indemnización.

E. ¿Cabría la posibilidad de que una sociedad agencia vinculada pueda comercializar productos pertenecientes a un mismo ramo y a una misma línea con dos entidades aseguradoras distintas, cuando los mismos estén diseñados para dar cobertura a diferentes tipologías de riesgos como, a modo de ejemplo, un producto de incendio para una vivienda o un producto de incendio para una industria?

El Anexo 1 del Reglamento de Autorizaciones establece las categorías, ramos y líneas de seguros. Las categorías definidas por ley son seguros generales y seguros personales. Los ramos de seguros que conforman cada categoría se conforman por agrupaciones más específicas de riesgos de similar naturaleza, y se subdividen en líneas que son un conjunto de sub-ramos de seguro relativas a riesgos de características o naturaleza semejantes.

La clasificación de los riesgos en ramos y líneas es un instrumento fundamental para establecer la homogeneidad cualitativa de los mismos.

La LRMS en su artículo 25, referido a las obligaciones de los intermediarios, establece en el inciso k) que en los casos de agentes de seguros y de las sociedades agencias de seguros, tienen la limitación de que **sólo** pueden representar únicamente a **una aseguradora** en relación con la intermediación de líneas de seguros que compitan entre sí.

En otras palabras, y específicamente en cuanto a la pregunta, una sociedad agencia puede actuar representando a una aseguradora (exclusiva) o a varias entidades aseguradoras (no exclusiva). En este último caso, solo puede comercializar productos cuya línea no sea igual a la de los productos de las otras aseguradoras con las cuales tiene suscrito un contrato de agencia.

Valga aclarar que cada producto que esta Superintendencia registra, conforme el Anexo 15 en relación al 1, antes de ser comercializado queda debidamente clasificado en su debida categoría, ramo y línea. A manera de ejemplo, conforme el Anexo 1, un producto de la categoría de seguros generales, cuyo ramo sea “automóvil” se subdivide en dos líneas:

- Daños sufridos por vehículos motorizados
- Daños sufridos por vehículos no motorizados

En ese sentido una sociedad agencia puede válidamente comercializar con la aseguradora “A” el seguro de daños a automóviles de la línea “vehículos motorizados” y con la aseguradora “B” la línea de “vehículos no motorizados”, pero es prohibido conforme la LRMS, comercializar el producto de la línea “vehículos motorizados” de ambas aseguradoras.

III. CONCLUSIONES

- 1.** La labor de intermediación se puede llevar a cabo contractualmente a través de al menos dos tipos de contrato según sea el intermediario: corretaje o agencia, cuyos alcances, incluyendo la definición de comisiones y remuneraciones, corresponde a las partes como en cualquier negociación contractual, salvo el caso de los corredores de seguros, que solamente pueden percibir comisiones de las aseguradoras y honorarios de los clientes que asesoran, únicamente cuando así ha sido pactado previamente entre las partes. Es responsabilidad de la entidad velar para que esos esquemas remunerativos no aparezcan distorsiones en el mercado y no trasladen al consumidor de seguros una carga económica adicional no contemplada ni autorizada.

2. Se considera jurídicamente viable que una entidad aseguradora aplique diferentes sistemas de retribución para sus agentes y sociedades agencia excluyendo a las sociedades corredoras y sus corredores.
3. El establecimiento mediante pacto o contrato, de un sistema de colaboración que fije las comisiones, limite el número de intermediarios según el mercado en zonas o no permita la existencia de otros operadores que vendan el producto en una zona determinada, supone una restricción de competencia y resulta, por tanto, prohibido y, en su caso, sancionado conforme la Ley N°7472 a instancia de esta Superintendencia al tenor de su artículo 27bis y el inciso o) del artículo 29 de la LRMS. Si se trata de una restricción vertical, queda sujeta a comprobar la existencia o no de poder sustancial dentro del mercado relevante al tenor de los artículo 12, 13 y 14 de la Ley N°7472.
4. Se debe tener presente que los contratos de agencia **puros** en los cuales el agente se constituye en un mero intermediario que actúa siempre por cuenta ajena, sin asumir el riesgo de las operaciones en que interviene, se considera, desde una perspectiva económica, que no configura acuerdo entre partes o de concurso de voluntades que deriven en prácticas monopolísticas.
5. Con vista en las actas legislativas se concluye que el legislador no hizo referencia alguna a que el espíritu de la norma fuera que cada banco público pudiera constituir un número ilimitado de sociedades anónimas dedicadas a la intermediación de seguros. Considerando que esas sociedades anónimas intermediarias de seguros son subsidiarias de los bancos públicos, son éstos quienes intervienen en esas operaciones de intermediación a través de las sociedades que han creado con fondos públicos, lo cual determina una interpretación de carácter restrictivo en aras de proteger el erario público destinado a la constitución de esas empresas sujetas a supervisión. Se considera que la interpretación más ajustada a derecho es que los bancos públicos pueden participar como intermediarios de seguros pero cada uno de ellos podrá constituir solamente una sociedad anónima para tales esos efectos.
6. No se altera la naturaleza del seguro autoexpedible en el tanto el producto que se pretenda registrar para su comercialización, cumpla con la característica de que su expedición no requiere un proceso previo de análisis y selección de riesgo y además cumpla con el resto de los requisitos normados en el artículo 24 de la LRMS. De igual forma se debe entregar al

consumidor información clara y veraz al momento del aseguramiento, a fin de que el tomador tenga suficientes elementos objetivos que incidan en su decisión de consumo y de esta forma evitar vicios en el consentimiento.

7. Aunque la LRMS no establece un plazo de duración de los seguros autoexpedibles, existen razones técnicas que no permiten que tengan vigencias superiores al año. Dado que se trata de productos en los cuales no hay una valoración previa de riesgo, si una entidad aseguradora asumiera un riesgo de largo plazo, queda más expuesta a que ese riesgo amparado pueda aumentar conforme pasa el tiempo sin un ajuste de la prima pues no hubo una valoración previa del mismo, lo cual expone su solvencia.
8. Una sociedad agencia puede actuar representando a una aseguradora (exclusiva) o a varias entidades aseguradoras (no exclusiva). En este último caso, solo puede comercializar productos cuya línea no sea igual a la de los productos de las otras aseguradoras con las cuales tiene suscrito un contrato de agencia.

Cordialmente,

DIVISIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA

Guillermo Rojas G.
Abogado Encargado

Silvia Canales C.
Directora



PJD-SGS-005-2010
Página | 17