

PJD-SGS-008-2015

21 de agosto de 2015

Señor

Tomás Soley Pérez

Superintendente

Superintendencia General de Seguros.

Estimado señor:

Se procede a emitir criterio legal en torno a las características de los fondos mutuales, que de conformidad con lo establecido en la Ley Reguladora del Mercado de Seguros N° 8653 deben ser considerados actividad aseguradora.

I. Marco legal y fáctico.

El artículo 29, inciso k) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, N°8653 (en adelante LRMS) define que una de las funciones de la Superintendencia General de Seguros, es la de *"k) Definir cuando exista duda, de oficio o a instancia de parte, por resolución razonada de carácter general, si una actividad se considera actividad aseguradora para los efectos de esta Ley y bajo los parámetros establecidos en el artículo 2 de esta Ley."*

El artículo 2 de la LRMS define la actividad aseguradora como: ***"...aceptar, a cambio de una prima, la transferencia de riesgos asegurables a los que estén expuestas terceras personas, con el fin de dispersar en un colectivo la carga económica que pueda generar su ocurrencia. La entidad aseguradora que acepte esta transferencia se obliga contractualmente, ante el acaecimiento del riesgo, a indemnizar al beneficiario de la cobertura por las pérdidas económicas sufridas o a compensar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas."*** (El resaltado no es propio del original)

El mismo artículo 2 de la LRMS establece que: *"...La actividad aseguradora y la actividad reaseguradora solo podrán desarrollarse en el país por parte de entidades que cuenten con la respectiva autorización administrativa emitida por la Superintendencia General de Seguros, en adelante Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley."* Adicionalmente, el cuarto párrafo de ese artículo dispone que *"... Estarán sometidas al ámbito de aplicación de esta Ley, todas las personas físicas o jurídicas, que participen, en forma directa o indirecta, en el desarrollo o realicen en cualquier forma la actividad aseguradora, reaseguradora, su intermediación y servicios auxiliares de seguros..."*

Por su parte el artículo 4 de ese mismo cuerpo normativo establece que: *“Se garantiza al consumidor de seguros, el derecho a la protección de sus intereses económicos, así como el derecho a un trato equitativo...”*.

El artículo 156 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica al que remite el 29 de la LRMS para su aplicación en lo concerniente a materia de seguros, establece la función y consecuente obligación de la Superintendencia, de velar porque en el territorio nacional no operen personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio legal o lugar de operación que de manera habitual y a cualquier título, realicen actividad aseguradora, oferta pública de seguros o negocios de seguros, sin la debida autorización de esta autoridad administrativa.

Tomando en consideración las anteriores disposiciones, esta Superintendencia ha recibido varias consultas e inclusive denuncias asociadas con la operación de distintos fondos mutuales, razón por la cual resulta pertinente determinar a la luz de los parámetros definidos por el legislador en la LRMS, la naturaleza jurídica de los fondos mutuales que operan en nuestro país.

Si bien son varios los elementos que deben estar presentes en una operación comercial, para poder ser considerada actividad aseguradora, lo cierto es que el elemento de la mutualidad es una de las principales características de los seguros, por lo que la existencia de estos fondos mutuales generan un indicio importante respecto a la posible existencia de ejercicio de actividad aseguradora, desarrollada –aparentemente de buena fe– por entidades de hecho o de derecho, no autorizadas para ello por la Superintendencia.

Teniendo como norte la defensa de los intereses y derechos de los consumidores que se vinculan con este tipo de fondos mutuales, en el presente dictamen jurídico se pretende precisar su naturaleza jurídica y de esta forma, dar certidumbre a los administradores de estos fondos, al sector asegurador, consumidores y usuarios, respecto de sus operaciones.

En este entendido, de conformidad con el artículo 29 inciso k) de la LRMS, se procederá a analizar las condiciones de hecho y de derecho relacionadas con la operación de fondos mutuales en el país.

II. Los fondos mutuales y la actividad aseguradora.

El seguro es definido por la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS por sus siglas en inglés) como *“un **acuerdo económico** donde el individuo **sustituye un pequeño***

costo cierto (la prima) **por una pérdida financiera grande e incierta** (la contingencia contra la cual se asegura) la cual podría darse si no existiera el contrato de seguro; un acuerdo económico para reducir o eliminar el riesgo mediante la combinación de un número suficiente y homogéneo de exposiciones en un grupo de manera tal que las pérdidas sean predecibles para el grupo como un todo.”¹ (El resaltado no es propio del original)

En términos generales un fondo mutual es una masa de dinero conformada con el aporte individual de muchos participantes, con el fin de alcanzar objetivos específicos, difíciles o imposibles de alcanzar de forma independiente, siendo los más comunes la inversión o la atención de siniestros.

El Diccionario de la Real Academia Española, define al fondo mutual como:

“1. m. Der. El que en una mutua de seguros se constituye para responder de los riesgos asegurados.”²

Por su parte, la doctrina española compara el seguro mutual y seguro a prima en los siguientes términos:

“... la puesta del riesgo a cargo de otra persona puede realizarse de dos maneras diferentes: a través de la asociación de las distintas personas que están expuestas al mismo riesgo, de modo que cuando una de ellas sufre un siniestro el resto de los asociados contribuye a su reparación –seguro mutuo–, o también mediante su traspaso a otra persona que se compromete a asumirlo en su totalidad a cambio, claro está, del pago de una determinada cantidad por parte de la persona que quiere prevenirse –hablamos del seguro a prima–.”³

La definición de actividad aseguradora que nos brinda la LRMS y que fue transcrita en el resultando segundo de la presente resolución, brinda cinco elementos de la actividad aseguradora que a continuación especificamos:

- 1) Aceptación del traslado riesgos asegurables a los que estén expuestas terceras personas,
- 2) A cambio de una prima;

¹ Traducción libre, IAIS, Glossary of terms, marzo 2006.

² Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=mutual> Consultada: A las dieciséis horas del 29 de diciembre de 2014.

³ ALONSO SOTO-URÍA-MENÉNDEZ, Curso de Derecho Mercantil (URÍA-MENÉNDEZ (Dirs.)), II, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, pp. 585 y ss.

- 3) Dispersión de la carga económica de la manifestación de ese riesgo (siniestro) en un colectivo.
- 4) Existencia de un contrato
- 5) Obligación de cobertura. (Ante el acaecimiento del riesgo, indemnizar pérdidas económicas, compensar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas)

Cada uno de los elementos indicados debe estar presente en una actividad para que la misma pueda ser considerada como actividad aseguradora.

En particular, el elemento 3, es lo que dentro de la técnica de los seguros se denomina mutualidad, esquema que básicamente se ve representado en la dispersión del costo económico de un siniestro, en una colectividad de individuos expuestos a riesgos de iguales o similares características.

Con fundamento en lo anterior, resulta una consecuencia lógica que una de las principales características de los seguros, es la aplicación de esquemas mutuales.

En este entendido, a continuación se analizarán uno a uno los elementos, que de conformidad con la ley, son capaces de evidenciar el desarrollo de actividad aseguradora en la administración de un fondo mutual particular.

A) Aceptación del traslado de riesgos asegurables a los que estén expuestas terceras personas.

Es claro, que para que exista actividad aseguradora, debe existir un riesgo asegurable, el cual de conformidad con el artículo 40 de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros, N° 8956 (en adelante LRCS) se entiende como *“...la posibilidad de que ocurra un evento futuro e incierto que no depende de la voluntad de asegurado...”*.

Adicionalmente, los riesgos asegurables objeto de la relación contractual, deben ser susceptibles de afectar a terceras personas amenazando su vida, su integridad física o su patrimonio. Esta es una diferencia importante con el auto seguro en el cual los riesgos amparados recaen sobre el mismo dueño del fondo.

Dentro de los fondos mutuales, en términos generales cada uno de los participantes hace un aporte pecuniario, con el fin de constituir una masa común de dinero que es utilizada para la consecución de los fines previamente establecidos. Ese aporte dinerario, sale del patrimonio del participante para pasar a integrar el patrimonio de una tercer persona,

transacción que verifica que la persona cuyo riesgo se ampara es distinta del dueño del fondo.

Así las cosas, la lógica del fondo mutual asegurador supone que a cambio de sus aportes, el mutualista recibe cobertura frente a determinados riesgos asegurables comunes al colectivo de participantes en el mismo, por tanto, luego de pasado determinado periodo de tiempo, los aportes de dinero se presumen devengados a favor del fondo o de la colectividad, lo que evidencia un traslado del riesgo hacia el fondo, usualmente representado por una persona jurídica de hecho o de derecho que resulta independiente de la persona sobre la cual recae el riesgo.

En relación con el tercero que acepta el riesgo, encontramos que el artículo 57 de la Ley N° 7523 al que hace referencia de forma expresa el artículo 29 de la LRMS, sobre las formas jurídicas que asuman las personas que desarrollan actividad aseguradora y otras, establece:

“Artículo 57.- Formas jurídicas.

*Las formas jurídicas adoptadas por los entes regulados no obligan a la Superintendencia, para efectos de sus potestades de fiscalización y sanción previstas en esta ley. La Superintendencia podrá atribuirles a las situaciones y los actos ocurridos una significación acorde con los hechos, **atendiendo la realidad y no la forma jurídica**”.* (El resaltado no es parte del original)

En este entendido no importa la forma de organización o administración que los mutualistas le den al fondo mutual, si éste reúne los elementos que lo enmarcan dentro de la definición de actividad aseguradora que brinda el artículo 2 de la LRMS ello implica que la actividad deberá ser autorizada y supervisada por esta Superintendencia.

En este entendido, en términos generales no se estaría desarrollando actividad aseguradora con aquellos fondos mutuales que no incluyan en sus objetivos cubrir riesgos con las características indicadas o que sean fondos propios que no salen de la esfera patrimonial de la persona expuesta a los riesgos.

B) Pago de una prima.

Dentro de los contratos de seguros, el tomador de la póliza, tiene la obligación de cancelar una prima a cambio de la aceptación de su riesgo. El artículo 34 de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros, N° 8653, en cuanto a la definición de la prima señala:

“Artículo 34. La prima.

Independientemente de su denominación y forma de pago, la prima es el precio que debe satisfacer el tomador al asegurador, como contraprestación por la cobertura de riesgo que el asegurador asume.

El monto de la prima que cobre el asegurador deberá incluir todos los gastos, las comisiones, los costos, los márgenes y los aportes definidos por ley...” (El resaltado no es propio del original)

Doctrinalmente, GAMBINO citado por SÁNCHEZ CALERO, define la prima como:

“(...) una contraprestación especial dentro de la estructura del contrato en cuanto que no trata de corresponder al riesgo concreto que el asegurador cubre de cada asegurado, sino que es el valor de la contribución a cargo de cada uno de esos asegurados para afrontar riesgos homogéneos; es decir, la prima no es una contraprestación inherente al riesgo de cada contrato, sino que, sobre una base técnica, la prima del contrato se calcula con referencia a los riesgos del mismo tipo que asume el asegurador (...).”⁴ (El resaltado no es propio del original)

Un aspecto importante de las primas que se destaca en la definición de seguro ofrecida por la IAIS que antes fue transcrita, es lo pequeño de las mismas en relación con la eventual indemnización que se recibe; esto es posible producto de la mutualidad y la consecuente dispersión de los riesgos en el colectivo.

Lo anterior, regularmente es un signo inequívoco de actividad aseguradora, ya que es poco probable que alguien acepte el traslado de un riesgo con la consecuente obligación de atender un eventual siniestro, a cambio de pagos individuales (primas) con los cuales únicamente se podría cubrir un porcentaje ínfimo, de las sumas necesarias para cancelar la indemnización.

Producto de lo anterior, es que resulta común y también el actuar más responsable, que para el cálculos de los montos de primas necesarios para la estabilidad económica de un fondo mutual de naturaleza aseguradora, los responsables del mismo recurren a cálculos actuariales, que aseguren que el conjunto de primas que se cobran a la colectividad, será suficiente para hacer frente a los posibles siniestros que se manifiesten en un periodo de cobertura específico.

⁴ Sánchez Calero, Fernando. Ley de Contrato de Seguro (dir. F. Sánchez Calero), Edit. Aranzadi, S.A, Navarra, 4ª Edición, 2010, p. 360.

Lo anterior, no significa que la existencia de cálculos actuariales sea un requisito *sine qua non* para comprobar la existencia de actividad aseguradora o descartarla, pues la LRMS no lo enumera como tal, sin embargo son las ciencias actuariales la plataforma sobre la que reposa en gran parte el negocio de los seguros.

Distinto es el caso en que la suma de los montos que cancela el mutualista, será el monto límite disponible para la atención de un siniestro o una necesidad particular, ya que en dicho caso se podría estar en presencia de un servicio prepago, un ahorro para imprevistos, un fondo de inversión, entre otras figuras, en que el mutualista pone a disposición de un tercero montos de dinero, no para que le ofrezcan cobertura para sus riesgos, sino para que le entregue determinada prestación o para que los administre de forma tal que genere réditos, que en conjunto con las sumas originales, le ayuden cuando lo considere pertinente a hacer frente a la satisfacción de sus necesidades particulares; dentro de las que no se descarta la atención de un siniestro, pero con sus propios recursos (auto seguro) o incluso pudiendo acceder a facilidades crediticias que luego tendrá que reintegrar.

En este último caso no estaríamos frente una prima en los términos de la LRMS, sino frente a simples pagos a tractos o figuras similares.

C) Dispersión de la carga económica del siniestro en un colectivo.

A este elemento ya se ha hecho referencia anteriormente y conforma la esencia del esquema mutualista de la actividad aseguradora consistente en la participación de una masa crítica de personas que mediante aportes relativamente pequeños, soportan el costo económico, usualmente mayor al aporte individual, de siniestros que estadísticamente, por su frecuencia y severidad, no afectan sustancialmente el fondo.

Claramente, si hablamos de un fondo mutual, entendemos que tiene esa característica por lo que se tiene por atendido el elemento de referencia.

D) Existencia de un contrato

La relación entre la entidad que acepta el riesgo y el tercero que lo traslada se basa regula por un contrato, es decir un convenio entre las partes sobre sus obligaciones y derechos sin necesidad de que el mismo deba ser escrito.

E) Obligación de cobertura

La entidad que acepta el riesgo asegurable del tercero, a cambio de una prima, se obliga, como es propio en los contratos sinalagmáticos, a brindar cobertura sobre ese riesgo, es decir, a que en caso que acaezca el mismo, indemnizará la pérdida económica, brindará algún tipo de prestación, o en el caso de seguros no indemnizatorios, compensará un capital o renta.

Tomando en consideración lo anterior, se puede afirmar que estamos frente a una indemnización, prestación o compensación propia de la actividad aseguradora cuando un fondo mutual, ante el acaecimiento de un siniestro, se obliga a responder de forma directa y en forma usualmente mayor a las cuotas o montos aportados por el mutualista, con el fin de restituir, disminuir o evitar, cualquier afectación al patrimonio del afectado; o en el caso de seguros no indemnizatorios (por ejemplo seguros de vida, sobrevivencia, incapacidad, seguros paramétricos) a compensar un capital o renta..

III. Conclusiones.

Con base en los anteriores razonamientos de hecho y de derecho, se arriba a las siguientes conclusiones:

- 1) Si bien la mutualidad es un elemento inherente a la actividad aseguradora, pueden existir fondos mutuales, en los que por sus características particulares, no exista actividad aseguradora.
- 2) Desarrollan actividad aseguradora, en los términos del artículo 2 de la LRMS, aquellos fondos mutuales que cumplen con todos y cada uno de los 5 elementos allí expuestos:
 - a) El fondo integra el patrimonio de una persona de hecho o de derecho diferente del patrimonio de quien o quienes realizan los aportes periódicos y tiene como finalidad aceptar el traslado de riesgos asegurables.
 - b) Dicho aporte periódico, calificado por la ley como prima, es realizado por el participante en el fondo y aunque usualmente, su monto, debe ser el resultado de análisis de tipo actuarial, lo último no es un requisito establecido legalmente. Ese aporte constituye la contraprestación propia a la cobertura brindada por la persona que acepta el riesgo y al ser cancelada sale del ámbito patrimonial del participante e ingresa a un patrimonio distinto.

- c) El esquema se estructura sobre una base mutual. Es decir, se logra la participación de una masa crítica de personas que mediante aportes relativamente pequeños, soportan el costo económico, usualmente mayor al aporte individual, de siniestros que estadísticamente, por su frecuencia y severidad, no afectan sustancialmente el fondo.
 - d) Existencia de un contrato
 - e) Obligación de cobertura por parte de la persona aceptante del riesgo, es decir, que en caso que acaezca el siniestro, indemnizará la pérdida económica, brindará algún tipo de prestación, o en el caso de seguros no indemnizatorios, compensará un capital o renta.
- 3) Los fondos mutuales cuya actividad coincida con las condiciones y características descritas, para poder seguir ofreciendo sus servicios dentro del mercado de seguros costarricense, requieren la respectiva autorización para operar como entidad aseguradora emitida por la Superintendencia General de Seguros en los términos del artículo 7 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros. Caso contrario deberán detener su actividad o ajustarla a lo que admite el ordenamiento, sin violentar las obligaciones previamente contraídas o afectar los derechos e intereses legítimos de los contratos formalizados al momento de publicación de la presente resolución.

Cordialmente.

Luis Alejandro Rojas Lizano
Abogado

Guillermo Rojas Guzmán
Abogado Principal

German Rodríguez Aguilar
Director



Documento suscrito mediante firma digital.