

PJD-SGS-006-2013

15 de marzo de 2013

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendente
Superintendencia General de Seguros

Estimado señor:

Mediante oficio con número de referencia DTI-AP-003-2013, del 22 de enero de 2013, recibido el 24 de enero de los corrientes, el señor Ricardo Caballeros Vela, Subdirector de Acuerdo Previos de Precios de Transferencia, de la Dirección de Tributación Internacional y Técnica Tributaria del Ministerio de Hacienda, consultó si una compañía establecida en Costa Rica que brinda servicios de reparación de equipo de cómputo para clientes de una empresa en el exterior que vende garantías extendidas a sus clientes que adquieren esos equipos, constituye actividad aseguradora. Adicionalmente, mediante oficio con número de referencia DTI -022-2013, del 06 de marzo de 2013, recibido el en esa misma fecha, la señora Jenny Jiménez V., Directora de Tributación Internacional y Técnica Tributaria del Ministerio de Hacienda, aportó información adicional y aclaratoria sobre el cuadro fáctico del caso consultado. Con motivo de dicha consulta, se procede a emitir el presente dictamen jurídico.

El caso consultado puede resumirse de la siguiente manera:

Una compañía extranjera vende diverso equipo de cómputo. Por su parte, una compañía establecida en Costa Rica ofrece garantías extendidas sobre los productos que vende la compañía extranjera. De la información remitida por el consultante, se infiere que la prestación a la que se obliga la compañía costarricense frente a los clientes que adquieren las garantías extendidas es la reparación o sustitución del producto que presente un daño o desperfecto.

En criterio del consultante, las garantías extendidas relacionadas con el caso consultado, guardan cierta similitud con un contrato de seguros, ya que podrían contener los mismos elementos esenciales de un contrato de seguros, tales como:

- Interés asegurable: el comprador procura el buen estado de los equipos;
- Riesgo asegurable: la posibilidad de ocurrencia de un desperfecto en los equipos;
- Prima: el pago que hace el comprador a la compañía que vende la garantía extendida; y
- Obligación del asegurador: la reparación del equipo que presente un desperfecto.

I. ACLARACION PRELIMINAR

Sobre el contenido de la consulta resulta pertinente aclarar, que ha sido criterio reiterado de esta Superintendencia que las consultas deben versar sobre asuntos de carácter general, sin que se entre a resolver casos concretos, debido a que la función técnico consultiva que cumple este Órgano es de carácter general y no puede sustituir a la administración activa, que es a la que por un principio de competencia, corresponde resolver el caso concreto.

De esta forma, se emitirá un criterio general no vinculante, de donde no pueda desprenderse, los eventuales sujetos o grupos de ellos a los que afectaría positiva o negativamente la posición que adopte el consultante, según las conclusiones generales a que se arribe en este oficio.

Asimismo, se advierte que las consideraciones que se exponen aquí son a título ilustrativo, en consecuencia no pueden entenderse como autorización de la Superintendencia para la realización de una actividad en particular, siendo el alcance de este pronunciamiento circunscrito a los supuestos hipotéticos informados en los escritos de petición, sin que ello posteriormente impida a esta Superintendencia, frente a un caso particular y concreto o en acatamiento de decisiones jurisdiccionales, efectuar consideraciones en distinto sentido o que haga uso de sus facultades en caso de determinar que las actividades consultadas o las acciones desarrolladas no se ajusten a la normativa o legislación vigente, aplicable a la materia.

II. GARANTÍAS EXTENDIDAS

Los contratos de garantías extendidas, también llamados como contratos de servicios, y planes de servicios extendidos, son definidos por las legislaciones en que se regula esta figura, como un contrato o acuerdo para indemnizar, reparar, sustituir o dar mantenimiento a un producto, debido a fallas en su funcionamiento o estructura, ocasionadas por ejemplo, por defectos en sus materiales, mano de obra, técnica, o desgaste normal, a cambio de un precio, que es separado del de venta o alquiler del producto¹.

Esta figura se ha convertido en una industria floreciente para muchos minoristas y fabricantes de productos de consumo, así como para compañías dedicadas a la venta de dichos contratos y aseguradoras, desde hace más de una década, sobre todo, en los Estados Unidos de Norteamérica.

¹ Connecticut Code, Title 42 — Business, Selling, Trading and Collection Practices (contains Chapters 731 to 743ee), Chapter 743j — Extended Warranties (contains Secs. 42-260 to 42-269), Sec. 42-260. Extended warranties. Definitions. Warranty requirements. Reimbursement insurance policy. Regulations. Exceptions.

III. GARANTÍAS EXTENDIDAS EN EL DERECHO COMPARADO

- **Inglaterra:**

En este país, la Autoridad de Servicios Financieros (FSA), publicó en julio de 2004, el *Policy Statement 04/19*, sobre la identificación de contratos de seguros. En ese documento se hace referencia, entre otros, a los contratos de garantías extendidas, analizados a la luz del desarrollo jurisprudencial del derecho común, de los elementos del contrato de seguro, en aquellos contratos en que un proveedor se obliga:

- a) Con motivo de uno o varios pagos;
- b) A pagar dinero o brindar el beneficio correspondiente (incluyendo en algunos casos, servicios a ser pagados por el proveedor) a un sujeto;
- c) En respuesta a la ocurrencia de un evento determinado que es incierto y que es adverso a los intereses de la contraparte.

En dicho documento se indica que si un contrato contiene una simple garantía del fabricante o del vendedor que comercializa el producto, en que se reconocen obligaciones que son de la misma naturaleza que usualmente asumen, respecto a la calidad de los bienes o servicios ofrecidos, entonces resulta poco probable que tal contrato constituya un contrato de seguros.

En este orden de ideas, la FSA considera que las obligaciones que asume un proveedor de dichas garantías, no son de la misma naturaleza que las que usualmente le corresponde asumir en una venta a un fabricante o vendedor, si esa obligación tiene uno o más de los siguientes elementos:

- a) Si la obligación es asumida por una persona diferente al vendedor o proveedor (un tercero); o
- b) Si la obligación es significativamente más extensa en contenido, alcance o duración que las obligaciones usuales de un vendedor en cuanto a la calidad de los bienes o servicios de ese tipo.

Inclusive, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de Inglaterra resolvió recientemente un asunto sobre la naturaleza jurídica de las garantías extendidas, concretamente en el caso "*Re Digital Satellite Warranty Cover Limited [2013] UKSC 7*", mediante sentencia del 13

de febrero de 2013. La CSJ determinó que las garantías extendidas para la reparación o sustitución de equipo de televisión por satélite, eran contratos de seguro regulados por “*The Financial Services And Markets Act 2000*”.

En dicha sentencia, la CSJ respaldó el argumento de la Corte de Apelaciones (CA), en el sentido de que un contrato para la reparación o sustitución en caso avería o mal funcionamiento, que no obliga a la aseguradora a indemnizar al asegurado por los gastos en que el propio asegurado incurre, constituye un contrato de seguro. La CA consideró que independientemente de que un contrato de garantía extendida contemple solamente la obligación de indemnizar por los costos incurridos por el asegurado o la obligación de reparación o sustitución, el riesgo cubierto es esencialmente el mismo en ambos casos; es la posibilidad de que el equipo se averíe o presente un mal funcionamiento. Afirmó que lo distinto en ambos casos es la cobertura y no el riesgo.

Sobre ese mismo punto, la CA determinó que si el equipo se dañaba o presentaba un mal funcionamiento, inevitablemente el asegurado requeriría incurrir en costos si quisiera mantener el equipo trabajando adecuadamente: esa persona tendría que pagar por la reparación o tendría que remplazar el equipo.

En opinión de la CA, un contrato que genera a un sujeto un resultado que de otra forma tendría que pagar por obtener, por ejemplo, mantener funcionando el equipo, bien puede ser calificado como un contrato que lo protege de una pérdida financiera, independientemente de que el proveedor de la garantía extendida le indemnice o asuma la obligación de reparar o sustituir.

- **Estados Unidos de Norteamérica:**

Estados de ese país han regulado esos contratos, por considerarlos como un tipo de contrato indemnizatorio sobre los que podrían ejercer su competencia las autoridades supervisoras de seguros. Tal situación llevó a la adopción de la Ley Modelo de Contratos de Servicios, por la Asociación Nacional de Comisionados de Seguros (NAIC), en 1995. Los esquemas de regulación más comunes entre las jurisdicciones de los diversos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, contienen requisitos de licencia, solvencia y mantenimiento de registros contables, así como disposiciones que detallan información obligatoria que debe figurar en la documentación que se brinda al consumidor². Inclusive, se observa que en algunos Estados se requiere que el proveedor de esos contratos, adquiera una póliza de seguro de reembolso de garantías extendidas.

² Frost Brown Todd LLC Attorneys. Octubre 2006. Service Contracts/Extended Warranties – A Regulatory Overview. Consulta del 04 de marzo de 2013, de <http://www.frostbrowntodd.com/resources-1008.html>

- **Suramérica:**

En varios países de Suramérica, tales como Chile, Argentina y Uruguay, se aprecia la existencia de contratos de seguros de garantías extendidas. En estos países se comercializan garantías extendidas, utilizando como figura contractual el seguro de garantía extendida. En estos casos, la aseguradora emite la póliza y la misma es comercializada por vendedores de productos de consumo. Al respecto, Francisca Barrientos Camus³ afirma que en virtud del contrato de garantía extendida *“se amplía la garantía legal o del fabricante por un tiempo más para que al consumidor se le pueda reparar la cosa sin costo alguno e, incluso, en ciertos casos, opere una sustitución del producto por otro nuevo, sin costo. Este tipo de garantía es contractual, generalmente la presta el vendedor a través de una empresa de seguros y opera previo pago de una cantidad de dinero por parte del consumidor”*.

IV. CONTRATO DE SEGUROS, SUS ELEMENTOS Y ACTIVIDAD ASEGURADORA

La IAIS (Asociación Internacional de Supervisores de Seguros), define el contrato de seguro 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.” (traducción libre, IAIS, Glossary of terms, set. 2003).

A su vez, Garrigues define el contrato de seguro así:

“... es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona – el asegurador – asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto, al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro...” (Garrigues (Joaquín). "Curso de Derecho Mercantil" Tomo IV. Editorial Temis. Bogota, 1987)

³ Francisca Barrientos Camus. Julio 2011. Comentarios de Jurisprudencia. Derecho del Consumo. Revista Chilena de Derecho Privado, No. 16, pp. 359-366. Consulta del 05 de febrero de 2013, de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722011000100012&script=sci_arttext

Dichas definiciones guardan similitud con la definición de contrato de seguro establecida por el artículo 3 de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros (LRCS), que señala lo siguiente:

“Artículo 3.- Contrato de seguros

El contrato de seguros es aquel en que el asegurador se obliga, contra el pago de una prima y en el caso de que se produzca un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido a la persona asegurada, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones, dentro de los límites y las condiciones convenidos.”

De las definiciones anteriormente expuestas, se aprecia la existencia de varios elementos esenciales, que caracterizan al contrato de seguros, como lo son el consentimiento de las partes, el interés asegurable, la prima del seguro, el riesgo asegurable y la obligación del asegurador. Todos estos elementos han sido señalados, no solamente por la doctrina, sino también por el artículo 8 de la LRCS.

- **El consentimiento de las partes:** se ha dicho que la coincidencia de las manifestaciones de voluntad en relación a intereses jurídicos patrimoniales, marca la formación de todo contrato⁴. Para que exista contrato de seguro, debe darse el consentimiento entre las partes.
- **El interés asegurable:** Stiglitz lo define como el interés económico lícito de que un siniestro no ocurra⁵. En este mismo sentido, el artículo 9 de la LRCS señala que es el interés en que no ocurra el siniestro. Dicha norma establece que en los seguros de daños el interés asegurable es el interés económico que la persona asegurada debe tener en la conservación del bien objeto del seguro.
- **La prima:** Stiglitz señala que es la contraprestación, en relación sinalagmática, de la obligación asumida por el asegurador⁶. El artículo 34 de la LRCS la define como el precio que debe satisfacer el tomador al asegurador, como contraprestación por la cobertura de riesgo que el asegurador asume.

⁴ Baudrit Carrillo, Diego. Teoría General del Contrato. 2da. Ed. San José, Editorial Juricentro, p.45. Tomo 4, vol. 3 Derecho Civil

⁵ Stiglitz Rubén. Derecho de Seguros. 4ta ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley Tomo I. 4ta ed. Editorial La Ley, p. 330. Tomo I.

⁶ Ibid, p. 1. Tomo III.

- **El riesgo asegurable:** Stiglitz lo define como la probabilidad o posibilidad de realización de un evento dañoso previsto en el contrato⁷. Por su parte, el artículo 40 de la LRCS establece que es la posibilidad de que ocurra un evento futuro e incierto que no depende de la voluntad del asegurado.
- **La obligación de la aseguradora:** Stiglitz afirma que su obligación principal es el resarcimiento de un daño o el cumplimiento de la prestación convenida al verificarse el evento previsto contractualmente⁸. En este orden de ideas, el artículo 48 de la LRCS establece que esa obligación consiste en el pago o ejecución de una prestación.

Ahora bien, resulta necesario aclarar que el contrato de seguros debe comprenderse a la luz de una mutualidad, entendida como una comunidad de riesgos y contribución a un fondo, con el fin de amortiguar los efectos del alea, de tal forma que se pueda fraccionar y diluir las consecuencias de los siniestros que lleguen a ocurrir dentro de esa mutualidad.

En este sentido, el artículo 2 de la LRMS define la actividad aseguradora en función de una mutualidad o colectivo, así:

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

Por ello, puede afirmarse que la función de una aseguradora, en términos muy llanos, consiste básicamente, en prever el número de siniestros que se verificarán con relación a la naturaleza de los riesgos asegurados. Para ello echa mano al cálculo de la probabilidad de que ocurra el siniestro; lo cual obtiene de la relación entre el número siniestros ocurridos y el total de pólizas: por ejemplo: 100 accidentes/1.000 pólizas=10%. Esto quiere decir que de las mil pólizas de seguros que mantiene la aseguradora, es muy probable que se generen siniestros en un 10% de ellas. Para tales efectos, dicho cálculo se realiza sobre la base de experiencias siniestrales pasadas recogidas estadísticamente.

⁷ Ibid, p. 218. Tomo I.

⁸ Ibid, p. 77. Tomo III.

V. FORMAS JURÍDICAS ADOPTADAS VRS REALIDAD EN ACTIVIDAD ASEGURADORA Y CONTRATOS DE SEGUROS

Tal y como los Tribunales de justicia han señalado⁹⁹, debido a que los agentes económicos podrían recurrir a otras figuras formales para disfrazar la realidad contractual implícita en sus actividades, con el propósito de evadir la fiscalización y autorización previstas por el ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 29 de la LRMS, la SUGESE tiene competencia para aplicar en sus labores de supervisión el artículo 57 de la Ley No. 7523, Régimen privado de pensiones complementarias, que establece lo siguiente:

"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".

Así las cosas, se comprende que la Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones, puede analizar las formas jurídicas adoptadas por personas físicas o jurídicas en sus contratos o actividades, para determinar si en la realidad realizan actividad aseguradora o si los contratos que comercializan constituyen en el fondo, acuerdos de aseguramiento.

VI. ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS EXTENDIDAS OFRECIDAS POR TERCEROS

El caso en consulta puede resumirse en términos generales así: una compañía establecida en Costa Rica que ofrece a terceros garantías extendidas sobre productos de consumo, que no han sido vendidos por ella. De la información remitida por el consultante, se infiere que la prestación a la que se obliga la compañía costarricense frente a las personas que adquieren las garantías extendidas, es la reparación o sustitución del producto que presente un daño o desperfecto.

Para efectos de determinar si tal servicio constituye en la realidad un contrato de seguro o no, debe analizarse si los elementos esenciales del seguro señalados en el

⁹⁹ Voto 09-2013-IV, de las 15:00 hrs del 08 de febrero de 2013, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección IV.

artículo 8 de la LRCS, se encuentran presentes en dicho contrato de garantía extendida.

- **Consentimiento de las partes:** para que nazca a la vida jurídica un contrato, cualquiera que sea, se requiere del acuerdo de partes. Así las cosas, se comprende que en el caso del contrato de la garantía extendida, existe el consentimiento entre los contratantes: proveedor del servicio y el contratante del mismo.
- **Interés asegurable:** De la información brindada por el consultante se infiere la existencia de un interés asegurable de la persona que contrata el servicio: el sujeto que por ejemplo, compró una computadora en el establecimiento X y como dueño de ese equipo, no desea que se dañe o sufra un desperfecto de funcionamiento, porque en caso de ocurrir, le generaría un perjuicio económico; razón por la cual contrata un servicio de garantía extendida con el establecimiento Z (establecimiento diferente al lugar donde compró la computadora). Esa persona tiene un interés económico lícito en la conservación de su computadora, en consecuencia, se apreciaría la existencia de un interés asegurable.
- **Prima:** Obviamente, la persona que contrata el servicio de la garantía extendida paga un precio a la empresa que asume la obligación de indemnizar o reparar la computadora en caso de daño o desperfecto de la misma.

Si el costo total de los servicios de reparación o sustitución de la computadora es muy superior a lo que paga quien contrata el servicio de garantía extendida, ello brinda un fuerte indicio de que se está en presencia de una prima, que ha sido basada en la técnica actuarial y el funcionamiento del seguro como institución, pues el proveedor de la garantía extendida compensará esa posible pérdida sufrida con cargo a los contratos de los otros clientes que no llegaron a consumir su tarifa/prima, tal y como opera en los contratos de seguro.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, con ocasión del análisis de un contrato de asistencia en viaje¹⁰:

“... tampoco el precio pagado tiene carácter conmutativo, sea no existe una correlación entre lo pagado y los servicios prestados, los cuales, o bien, pueden que no se brinden –al no acontecer el riesgo- o puede al

¹⁰ Ibid.

darse, su costo sea considerablemente mayor –hasta determinado tope- de la suma aportada por el cliente. En el caso de la sociedad actora, igual que cualquier contrato de seguros, lo pagado por el cliente entra a formar parte de un fondo o reserva empleado por el prestador para atender una contingencia cubierta de cualquier consumidor o cliente que así lo requiera”.

- **Riesgo asegurable:** Si en el contrato de garantía extendida el proveedor del servicio condiciona su prestación a la probabilidad o posibilidad de realización de un evento futuro e incierto que no dependa de la voluntad del contratante, ello constituirá un riesgo asegurable.

Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda¹¹ señaló lo siguiente:

“... es evidente que el carácter “repentino” y por consiguiente sobreviniente de la enfermedad a ser cubierta, pone en evidencia, tanto su carácter de riesgo, como el alea que orienta el vínculo contractual... El vínculo contractual con Assist Card sólo prevee cubrir pérdidas fortuitas y por ende inesperadas y cuya ocurrencia opera de manera aleatoria”

- **Obligación de la aseguradora:** Bajo ese escenario, ante la verificación del evento previsto contractualmente (el riesgo asegurable, que es futuro e incierto) el proveedor de la garantía extendida asumirá la obligación de indemnizar, de reparar o de sustituir el producto vinculado al servicio.

De conformidad con lo establecido por los artículos 4 de la LRMS, 3 y 48 de la LRCS, la aseguradora puede asumir obligaciones de pago (indemnización) u otro tipo de prestaciones, tales como reparación o sustitución de cosas.

Inclusive, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda¹² afirmó:

“... para efectos de nuestro ordenamiento es irrelevante para calificar la naturaleza de seguro que las contraprestaciones a que se compromete la empresa, puedan ser, en el caso de la asistencia, como servicios y no como indemnización. En este sentido se advierte tal posibilidad en el artículo 4 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros”

Adicionalmente, se comprende que si un contrato de garantía extendida cumple con estos elementos, el proveedor de tales contratos, consecuentemente realizará

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

actividad aseguradora, de conformidad con lo establecido por el artículo 2 de la LRMS, como se explicó en el apartado IV anterior.

Nótese que en el caso de los proveedores de garantías extendidas sobre productos que no fueron vendidos por ellos, se está en presencia de una transferencia de riesgos asegurables a los que están expuestas terceras personas; es decir, en ese caso no existe una retención de riesgo por parte del proveedor de la garantía extendida, porque el proveedor de esa garantía no fue quien le vendió el producto al cliente.

Inclusive, para los casos en que el proveedor de la garantía extendida es el mismo que vende el producto, tal situación por sí sola, no constituye un indicio suficiente que permita inferir que no hay transferencia de riesgo y en consecuencia, que no hay seguro. Tal y como lo ha señalado la FSA en su *Policy Statement 04/19*, sobre la identificación de contratos de seguros, si la obligación que asume el vendedor del producto y proveedor de la garantía extendida es significativamente más extensa en contenido, alcance o duración que las obligaciones usuales de un vendedor en cuanto a la calidad de los bienes o servicios de ese tipo, se estaría en presencia de un seguro, y no de una retención de riesgo.

VII. CONCLUSIONES

Así las cosas, a la luz de las consideraciones expuestas anteriormente, en el caso de proveedores de garantías extendidas para productos que no han sido vendidos por ellos, en términos generales:

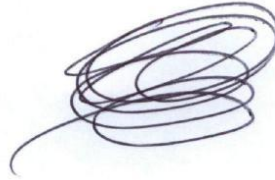
- 1) Dichos contratos serían en la realidad contratos de seguros, en el tanto cumplan efectivamente con los elementos esenciales determinados por el artículo 8 de la LRCS.
- 2) Quienes provean garantías extendidas para productos que no han sido vendidos por ellos, cuyo contenido contractual cumpla con los elementos esenciales de un contrato de seguros, estarían realizando actividad aseguradora sin autorización, al estar en presencia de una actividad en la cual dicho proveedor acepta a cambio del pago de una prima, la transferencia de riesgos asegurables a los que estén expuestos los propietarios de esos productos, con el fin de dispersar en un colectivo, la carga económica que pueda generar la ocurrencia de esos riesgos.
- 3) Se comprende que las conclusiones a las que se ha arribado, lo son en términos generales; bajo el entendido de que en estos casos, corresponderá analizar

cada caso en particular, como por ejemplo, revisar el respectivo modelo de contrato utilizado, las tarifas que cobra el proveedor de la garantía extendida; los costos incurridos por ese proveedor para brindar el servicio, etc, con el fin de determinar si efectivamente se presentan los elementos esenciales de un contrato de seguros.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

Harlams Ocampo Chacón
Abogado Principal

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

Guillermo Rojas Guzmán
Abogado Principal