

Génesis de la 'ley del contrato de seguro' una norma nacida de la realidad del mercado peruano*

ALONSO NÚÑEZ DEL PRADO S.**

SUMARIO

1. ANTECEDENTES
2. LA SITUACIÓN DE LOS SEGUROS EN EL PERÚ
3. ALGUNOS ASPECTOS RESALTANTES DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO
 - A. Disposiciones Generales
 - B. Disposiciones sobre el Contrato de Seguro
4. COMENTARIO FINAL

Fecha de recepción: 8 de abril 2013
Fecha de aceptación: 1 de junio de 2013

* Investigación reflexiva y propia del autor, en la que aborda los antecedentes de la actual Ley del Contrato de Seguro del Perú, algunos problemas que genera su promulgación y aspectos relevantes de la misma profundizados por el investigador.

** Abogado, Magíster en Derecho de la Integración y en Derecho Constitucional, Master of Business Administration (MBA), graduado en Lingüística y Literatura, además de en Filosofía, disciplina en la que también es Magíster. Es fundador y Director Ejecutivo del '*Observatorio de cumplimiento de planes de gobierno*', profesor universitario, árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y conferencista. Publica habitualmente en revistas jurídicas y en los principales diarios de Lima. Asimismo, seleccionó y conformó la Comisión que por encargo del *Congreso de la República* redactó el proyecto que luego se convirtió en '*Ley de contrato de seguro*' (29946), es Presidente de la '*Asociación Peruana de Derecho de Seguros*', Capítulo de AIDA en el Perú y director de varias entidades del sistema asegurador.

RESUMEN

El autor analiza los orígenes de la Ley de contrato de seguro (N° 29946) recientemente promulgada en el Perú y comenta los problemas reales que presenta el mercado asegurador peruano que motivaron la redacción de varios de los artículos de esta novísima e importante normatividad. Luego realiza un somero análisis, siempre salpicado de interesantes anécdotas (ya que seleccionó y conformó la Comisión que redactó el Proyecto, por encargo del Congreso de la República), de los aspectos más relevantes de la Ley del Contrato de Seguro, como son el establecimiento de principios y de criterios de interpretación del contrato, la renovación automática, la opción por la preservación del contrato, la suspensión automática de cobertura, los condicionados mínimos, las cláusulas y prácticas abusivas y la continuidad de cobertura de preexistencias en seguros médicos, entre otros.

Palabras clave: Ley de contrato de seguro, mercado asegurador peruano, Principios de seguros, criterios de interpretación, renovación automática, condicionados mínimos, cláusulas y prácticas abusivas, continuidad de cobertura de preexistencia en seguros médicos

Palabras clave descriptor: Renovacion de Contrato, Seguros medicos, Clausulas Abusivas

ABSTRACT

The author analyzes the origin of the recently promulgated Insurance Contract Act, in Peru and mentions the problems of the Peruvian insurance market which caused several articles of this important Act to be written. Afterwards, using interesting anecdotes (since it was him, after all, who selected, shaped, and formed part of the very committee that wrote the draft for the Peruvian Congress) he explain the most relevant parts of the Law, like the insurance principles that govern the entire Act, the interpretation criteria for the contract, automatic renewal, preservation of the contract choice, suspension of coverage due to lack of premium payment, wording minimums, prohibition of abusive clauses and practices, and continuing of coverage of preexisting diseases in medical insurance, among others.

Key words: Insurance Contract Act, Peruvian Insurance Market, insurance principles, interpretation criteria, automatic renewal, preservation of the contract choice, suspension of coverage due to lack of premium payment, wording minimums, prohibition of abusive clauses and practices, continuity of coverage of preexistence diseases in medical insurance

Key words plus: Contract Renovation, Medical Asurance, Abusive Clauses

1. ANTECEDENTES

Hasta el año 1992 el sistema de seguros peruano era cerrado, existía una sola empresa reaseguradora (*Reaseguradora Peruana S. A.*), propiedad del Estado, con la que las compañías de seguro estaban obligadas a reasegurar. La RP o Respa, como se le llamaba a esta empresa, en el Perú y el extranjero, respectivamente, centralizaba las operaciones de todo el país y negociaba el paquete en los grandes mercados, en especial en Londres. Mas lo que parecía una ventaja, resultó siendo una fuente de corrupción y los precios de los seguros en el Perú estaban por encima de los internacionales. Por lo demás, el mercado tenía condicionados de pólizas únicos –con frecuencia malas traducciones de los ingleses– y las tarifas eran también obligatorias para todos, aunque para los grandes riesgos, cuyos valores declarados excedieran ciertos límites, existían los comités de la *Asociación Peruana de Seguros (APESEC)* que fijaban los precios, empero siempre de manera conservadora y tratando de ajustarse a las tarifas sobre las que se otorgaban descuentos. Excepcionalmente, se conseguían cotizaciones directamente en el extranjero y se trabajaba con 'fronting', es decir a través de una aseguradora local que no retenía nada y sólo emitía la póliza, ya que era obligatorio asegurar en el Perú los riesgos locales en esa época.

La liberalización del mercado trajo consigo, originalmente, desconcierto y muchos problemas, ya que de pronto dejaron de estar vigentes las tarifas y las aseguradoras podían cobrar lo que les pareciera conveniente. Al principio, la reacción conservadora y la mayor parte seguía usando las tarifas. Un caso paradigmático fue lo ocurrido con el *Instituto de Capacitación en Seguros*, creado varios años antes y donde, básicamente, se enseñaba a usar la tarifas existentes, que se encontró de un día para el otro con que la mayor parte de sus profesores no estaban preparados para la nueva tarea y poco tiempo después en una decisión, a mi entender apresurada, cerró sus puertas por

determinación de sus propios fundadores, los miembros de la *APESEG* que notaron que había dejado de cumplir sus funciones. La competencia hizo que poco a poco los precios fueran bajando hasta llegar a costos que estaban por debajo del mercado internacional y, por otro lado, el ente regulador, la *Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's (SBS)*, se encontró con circunstancias que no estaba acostumbrada a enfrentar. El período de acomodo tomó algún tiempo, pero de a pocos todos se fueron adecuando, unos mejor que otros. El número de aseguradoras se redujo drásticamente por fusiones, adquisiciones y similares a la vez que también se separaban las operaciones de vida y riesgos generales, que todavía no ha terminado.

Al mismo tiempo, entre los corredores, los grandes absorbieron a los pequeños y las operaciones internacionales empezaron a tener mayor importancia. Se dio lo que podríamos llamar un proceso de concentración y dos aseguradoras tienen hoy una participación de mercado inimaginable en otros tiempos y en otras latitudes. Todo esto ocurrió al mismo tiempo que el país despegaba económicamente lo que tuvo un fuerte impacto en la industria que ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos tiempos, aunque se sigue teniendo un bajo nivel de penetración de los seguros en relación al PBI, que está por debajo de la mayor parte de países de la región. Podemos concluir en que no se está siendo suficientemente exitoso en el intento de incrementar la conciencia aseguradora en nuestro país.

En mi propia lectura y entiendo que en la de varias otras personas, parte de la explicación está en la mala imagen que tienen las compañías de seguros en la población, donde son vistas como eficientes vendedoras de pólizas, pero malas pagadoras de reclamaciones. Aunque resulte difícil en el Perú, tenemos que aprender lo que saben y practican desde hace muchos años los ingleses y otros países desarrollados: la mejor propaganda y forma de crear conciencia aseguradora es pagando con rapidez las pérdidas y reclamaciones de los asegurados. Las personas que ven o saben de alguien que ha sido indemnizado satisfactoriamente por su asegurador son potencialmente los mejores clientes. La esposa de un trabajador que ha visto como su amiga o vecina recibió el pago por el seguro de vida de su difunto esposo, exigirá al suyo que adquiera uno. Algo similar ocurrirá con los seguros médicos, los de automóviles, de accidentes y los de otros ramos. Hay que tener presente que **si no hubiera pérdidas, tampoco existirían seguros.**

Una de las causas de la mala imagen de los aseguradores ha sido la falta de una legislación moderna y adecuada que pusiera coto a lo que venía ocurriendo en medio de la ley de la selva de la competencia, pero que en el caso peruano tenía varios ingredientes adicionales, como la existencia de pocas compañías y dos que tienen un pedazo demasiado grande de la torta, a lo que hay que agregar una *SBS* eficiente en la supervisión de la solidez financiera, pero incapaz de evitar que las cláusulas no solo abusivas, sino ilegales circularan en el mercado, porque tiene registradas alrededor de mil quinientas pólizas. En efecto, ha sido muchas veces el *Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP)* el que ha indicado los derroteros a seguir, como en los límites que estableció a las cláusulas de arbitraje, que se habían venido incluyendo indiscriminadamente en todas las pólizas y que hacían imposible

que los asegurados sin recursos demandaran a las aseguradoras, especialmente los de provincias que no tenían recursos para venir a litigar a Lima. Es necesario reconocer que en este aspecto el INDECOPI ha jugado un papel importante, sobre todo, a partir de la promulgación del Código de Protección al Consumidor.

Con el mercado liberado, la SBS empezó tener problemas y es así como mediante la Ley N° 26595 del año 1996, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de elaborar un nuevo Código de Comercio –donde se regulaba el contrato de seguro–, debido a que el vigente databa del año 1902 y como es obvio es obsoleto, ya que ese cuerpo legal fue en buena parte copia del español del siglo XIX. Esta norma facultó además a la Comisión Especial encargada de elaborarlo, para coordinar con los diversos sectores, instituciones y personas que tuvieran interés en hacer conocer sus opiniones y sugerencias¹.

En el año 1998 el artículo 2° de la Ley N° 26936 estableció que a la delegación de facultades para elaborar un nuevo Código de Comercio, se incorporen la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, y la Ley del Contrato de Seguros. Ello originó una serie de trabajos y esfuerzos para cristalizar la legislación requerida². La comisión especial creada al efecto elaboró dos anteproyectos de ley que complementaban la reforma del mencionado Código, el de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, y el de la Ley del Contrato de Seguros, debido a que al producirse la derogatoria del Código de Comercio dichas materias no tendrían regulación en otro cuerpo legal.

Lo que vino después respecto al contrato de seguro fue una serie de proyectos que tuvieron como base el que el Profesor Juan Carlos Felix Morandi preparó por encargo de la Sección Latinoamericana de la *Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA)* y que nunca pudieron convertirse en ley. Los cinco proyectos presentados en el Congreso en esos años se parecen mucho entre ellos, con algunos agregados en el caso del propuesto por el congresista Aíta y algunas variaciones en el proyecto presentado por la APESEG, que muestran que el patrón fue el primero, preparado por la Comisión presidida por el congresista Jorge Muñiz, que fuera luego seguido por los de los señores Farah, Aíta y Florian

De otro lado, en el 2004 y 2005 la SBS impulsó la elaboración de un Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguros, encargando por invitación dicho texto al Dr. Luis Meza Carbajal, quien gestionó la donación de su propio proyecto por el Profesor Rubén Stiglitz –una de las eminencias argentinas en Derecho de Seguros– y organizó

1. Según el artículo 3° de la Ley, la Comisión estaría creada por 3 miembros del Congreso, 2 de las facultades de Derecho, 1 de la Cámara de Comercio de Lima, 1 de la Confederación Nacional de Cámaras de Comercio, 1 del Ministerio de Justicia, 1 de APEMIPE, 1 de INDECOPI y 1 de CONASEV.
2. Ley 26936. "Artículo 2°.- Ampliación de facultades. Delégase en la Comisión Permanente del Congreso de la República la facultad de aprobar las siguientes leyes: -Ley del Contrato de Seguros. -Ley de Navegación y Comercio Marítimo."

las Primeras Jornadas de Derecho de Seguros, promovidas por la SBS en las que fui uno de los ponentes³. De éstas últimas, la SBS extrajo algunas conclusiones y modificó, a su entender, lo necesario del Proyecto Stiglitz para adecuarlo a nuestra realidad⁴. Este nuevo texto fue el que luego se usó de base en la Comisión del 2006 que volvió a cambiarlo en muchos aspectos.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo mediante la Resolución Ministerial N° 024-2006-JUS, de 26 de enero del 2006, dispuso la creación de una Comisión para la elaboración del Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguros, la que fue integrada por representantes de los diferentes sectores de la actividad aseguradora pública y privada⁵.

Como puede verse de su composición, se trató de una Comisión que contó no solamente con la presencia de entidades estatales especializadas, sino además con la participación de los gremios correspondientes. Fue presidida por un gran conciliador, el doctor Jaime Zavala Costa, y la SBS hizo las funciones de Secretaría Técnica⁶, partiéndose del proyecto del profesor Stiglitz, modificado, y de las conclusiones de las Jornadas mencionadas. Resulté participando en esta Comisión de manera casi casual, porque en un encuentro accidental, sabiendo de mi interés en el tema, el doctor Zavala me invitó a integrarme, sin imaginarse el rol que terminaría desempeñando y que incomodó mucho a los aseguradores, por tener yo, según ellos, una posición pro-asegurado, que considero razonable dada la asimetría que existe entre las partes en este tipo de contrato.

3. Mi ponencia se tituló *‘Criterios de interpretación del contrato de seguro’* que revisaba este tema en los proyectos presentados en el Congreso, el Proyecto Morandi y algún otro. Mis conclusiones de ese trabajo sirvieron de base para el artículo IV de las *‘Disposiciones Generales’* de la Ley promulgada. Fue publicada en Bogotá por la *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 24, Junio 2006. Pág. 11 y un resumen en el diario oficial *El Peruano* (Revista Jurídica), Adenda, el 31 de enero de 2006.
4. Según las informaciones que me llegaron, las personas de la SBS que trabajaron ese texto fueron las doctoras Mila Guillén, Miryam Aragón, Augusta Villa García y Mirla Barreto.
5. La Comisión estaba conformada por un representante de cada una de las siguientes instituciones:
 Ministerio de Justicia, quien preside.
 Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
 INDECOP.
 SBS.
 Una asociación de consumidores y usuarios.
 Defensoría del Asegurado.
 Asociación Peruana de Empresas de Seguros.
 Asociación de Corredores de Seguros del Perú.
 Colegio de Abogados de Lima vinculado con la materia.
 Asociación Peruana de Corredores de Seguros.
6. Fuente: cuadro resumen de MINJUS publicado en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CAoXHqRQOk4J:www.minjus.gob.pe/transparencia2/comisiones%2520multisectoriales%2520JULIO%25202009%2520nuevo%2520formato.xls+resolucion+ministerial+024-2006-jus&cd=2&hl=es&ct=clnk&source=www.google.com>

La Comisión concluyó su labor y presentó su *Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguros* y a través de la Resolución Ministerial N° 288-2006-JUS del 7 de julio del 2006, el Ministerio de Justicia dispuso la publicación en su página web por el plazo de 15 días⁷. Tal como señala la parte considerativa de la Resolución Ministerial mencionada, era necesario pre-publicar la propuesta a efectos de que pueda ser revisada y analizada integralmente por los operadores del Derecho y la ciudadanía en general. Lamentablemente, el Anteproyecto señalado no llegó a ser presentado al Congreso⁸ entre otras razones porque poderosos intereses lograron mantenerlo encapetado muchos años, incluso luego de que con la firma del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos estuviera a punto de ser promulgado.

El de la Comisión del 2006, fue un Anteproyecto que a pesar de los defectos resultantes de haber sido negociado en muchos aspectos entre las dos grandes facciones –pro-asegurados y pro-aseguradores– enfrentadas, permanentemente, durante las deliberaciones, fue, en mi modesta opinión, más completo y superior a los anteriores e incluso a algún otro que se ha publicado con posterioridad; y, contaba con la legitimidad de la aprobación consensuada de representantes de las diversas instituciones y gremios vinculados con la industria del seguro. Recuerdo que al término de la última sesión el abogado de una de las aseguradoras, me dijo: ‘Alonso, éste es un Proyecto muy malo’; y yo le respondí que, probablemente, tenía razón y que la causa era ser el resultado de múltiples negociaciones, sin embargo, agregué: ‘es el mejor que se ha preparado hasta ahora’.

El tema más debatido –y que en consecuencia se dejó para el último día en esa Comisión– fue el que planteé cuestionando el abuso que constituye que las aseguradoras cobren primas por períodos en que no dan cobertura. Recuerdo que la primera vez que lo hice notar, los abogados de las compañías aceptaron que no podía continuar y que en esos casos las aseguradoras debían devolver las primas, por lo que les pedí que consultaran con sus áreas de operaciones sobre la factibilidad de tal alternativa. Por supuesto, al día siguiente regresaron diciendo que era imposible. Luego de arduos debates en la última sesión se pactó una solución ‘intermedia’ estableciéndose un plazo de 15 días para que funcionara la suspensión automática de cobertura por mora en el pago de la prima.

Contra lo que hubieran esperado algunos, la nueva Ley ha ‘endurecido’ el proceso y ahora el artículo 21° ha fijado 30 días y la necesidad de una comunicación escrita al asegurado para la suspensión de cobertura, **lo que fue propuesto por la SBS al**

7. Cabe mencionar que la Resolución Ministerial, en su artículo 2°, dejó constancia de su reconocimiento a diversos profesionales por los servicios prestados al país al haber integrado y/o participado activamente en la Comisión encargada de la elaboración del Anteproyecto.
8. Otra razón para que se presentara fue la época en que se realizó el trabajo, que coincidió con los últimos días del período parlamentario y del gobierno. La Resolución Ministerial que dispone la pre-publicación del Anteproyecto es de los primeros días de julio del 2006.

Congreso, copiando la legislación española. Hay que aplaudir la evolución del ente supervisor que fue uno de los aliados de los aseguradores el 2006, mientras que mi propia propuesta⁹ –que tenía similitudes a las legislaciones francesa y chilena y exigía que las aseguradoras resolvieran el contrato para suspender la cobertura– contó desde el primer momento con el apoyo de Carlos Fisher, Jaime Andrade y los representantes de la *Asociación Peruana de Corredores de Seguros (APECOSE)* y entre otros también del delegado de *INDECOPI*, Juan Francisco Rojas, gran defensor de los consumidores.

A pesar de los esfuerzos posteriores que hicimos muchos de los integrantes de aquella Comisión, haciendo gestiones a todos los niveles y publicando artículos que reclamaban su promulgación, el *Anteproyecto* durmió el sueño de los justos hasta que con la firma de TLC con los Estados Unidos estuvo a punto de ser promulgado, pero una vez más se enteraron y lograron bloquearlo.

Más recientemente, en agosto del 2011 el congresista Javier Bedoya de Vivanco visitó la SBS para pedir asesoría sobre un proyecto que permitía a los asegurados renovar sus pólizas de seguro médico sin límite de edad, que después se convirtió en ley (29878 publicada el 5-6-2012, reglamentada por el D. S. 174-2012-EF publicado el 6-9-2012), se enteró de la existencia del Anteproyecto del 2006 y luego de revisarlo y encontrarlo valioso y de origen legítimo, en una actitud valiente y digna de encomio, lo hizo suyo, presentándolo al Congreso sin ocultar su origen, como correspondía, mediante el Proyecto de Ley N° 028/2011-CR. En algún momento, por esos tiempos, leyó la transcripción de un comentario que había hecho yo –enterado del ‘renacimiento’ y presentación del Proyecto– en una radioemisora, en que dije: ‘Ojala que esta vez se promulgue ‘sin que los grandes intereses lo modifiquen a su gusto’; y me envió un mensaje diciendo que él también había empezado a sentir las presiones de los ‘grandes intereses’, solicitando que los miembros de la Comisión que redactó el Proyecto ‘le diéramos una mano’.

Por razones que no corresponde explicar en este artículo, conformé una pequeña Comisión en la que sólo integré a dos ex-miembros de la del 2006¹⁰, los señores Carlos Fisher García, jubilado, ex-Director Gerente de los corredores más grandes del país (*Inti*, *Vidal-Inti* y *Marsh*) y Jaime Andrade Mendoza, ex-Gerente General de la *Compañía de seguros Rímac*, actual Gerente General de *Otes*, *Corredores de Seguros* y Presidente de la *Confederación Panamericana de Productores de Seguros (COPAPROSE)*. Incluí, asimismo, al doctor Rodolfo Gordillo Tordoya, abogado y ex-Gerente General de la *Compañía de seguros Panamericana* y luego Director de *Mapfre Perú*, al señor Víctor Hoyos Ramírez, ex-Gerente General de la *Compañía de Seguros Atlas* y actual Gerente

9. Contenida en mi artículo ‘*La suspensión automática de cobertura por mora en el pago de la prima*’ publicada en Bogotá por la *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 26, 2007. Pág. 29 y un resumen en el diario oficial *El Peruano* (Revista Jurídica), Adenda, en las páginas 4 y 5, el martes 10 de octubre de 2006.
10. No pude ubicar a los otros, porque la mayor parte ya no estaba vinculado a la actividad y no tenía tiempo o disposición para trabajar ad-honorem como lo hicimos nosotros.

General de APECOSE y al doctor Luis Meza Carbajal, abogado y Master en Derecho de Seguros, ex-Gerente Legal de *Mapfre Perú* y que, como dije, fue contratado por la SBS un par de años antes. Más adelante, asistió y colaboró con la Comisión, el señor César Rizo Patrón Carrasco, entonces Presidente de APECOSE, ya que el grupo sesionaba en las instalaciones de esa institución debido a la buena disposición y apoyo de Víctor Hoyos, quien contaba con la aprobación del nombrado Presidente. Este pequeño grupo se integró muy bien y en él se juntaron la experiencia y conocimiento del negocio de la mayor parte, con la visión más académica, legal y desde el asegurado de Lucho Meza. Por otro lado, éramos tres abogados, dos de ellos con experiencia en el negocio mismo, tres ex-gerentes generales de aseguradoras y los corredores en ejercicio. A pesar del número, la comisión resultó bastante completa y aunque no faltaron diferencias, primó el interés general y de la industria. Como muchos somos independientes y otros jubilados se tuvo la ventaja de que no hubieran grandes intereses a defenderse, como ocurrió en la Comisión del 2006.

Cuando frente a una invitación de Javier Bedoya llevé a este grupo de personas al Congreso, éste nos presentó a Alberto Beingolea, entonces Presidente de la Comisión de Justicia, que era la principal dictaminadora y ambos nos pidieron que actualizáramos el Proyecto a partir de los aportes de las instituciones consultadas (SBS, INDECOPI, Poder Judicial, APESEG, ASBANC, APECOSE, Bomberos, etc.) y que les habían llegado respondiendo a la consulta del Congreso. A pesar de lo que acabo de mencionar y de la conformación de la Comisión del 2006, es sorprendente comprobar que luego de la promulgación de la ley, se hayan publicado artículos afirmando que los 'errores' cometidos en la ley se deben a que no se contó con la opinión técnica legal de la SBS y la APESEG. Antes de hacer afirmaciones de ese tipo debería verificarse la información con que se cuenta.

Nos reunimos entre noviembre de 2011 y febrero de 2012 una vez por semana y dos en marzo del mismo año para terminar. Resultó un Proyecto que si bien tenía como base el del 2006, lo había superado por la ventaja, ya aludida, de no tener que hacer concesiones a los diferentes grupos y porque primaron en todo momento los conceptos técnicos y el interés general.

El texto fue remitido al Congreso y al poco tiempo dictaminó la Comisión de Economía, donde tuvieron injerencia directa la SBS y la APESEG, haciendo modificaciones poco convenientes a nuestro texto. Felizmente, la cercanía de uno de los nuestros con alguno de los asesores, le permitió argumentar y convencerlos de las virtudes de nuestra propuesta, que fue sostenida casi íntegramente por la Comisión de Justicia, aunque, al final, terceros lograron hacerle algunos inconvenientes e interesados cambios, que comentaré más adelante.

La falta de tiempo hizo que el Proyecto dictaminado por las comisiones de Justicia y Economía no pudiera verse en el pleno de la primera legislatura de 2012, pero logró ponerse en agenda para la segunda y, sorprendentemente, se aprobó prácticamente por unanimidad (81 a favor, 0 en contra y 1 abstención). No estábamos terminando de festejar cuando nos empezaron a llegar las noticias de los 'lobbying' de los asegurado-

res en el *Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)*, en la *Presidencia del Consejo de Ministros (PCM)* e incluso en el *Ministerio de Justicia (MINJUS)*, donde habían llegado a consultar la inconstitucionalidad,¹¹ además del comunicado en la Página Web de APESEG pidiendo que la Ley fuera observada, lo que desató una batalla mediática con entrevistas en Televisión y en la Radio, artículos de opinión¹² en los diarios e incluso algunos comentarios en las redes sociales. Como sabemos, al final, el 27 de diciembre último el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 29946 y ahora tenemos que tener cuidado con el Reglamento, ya que en el Perú se han modificado normas mediante otras de rango inferior¹³.

2. LA SITUACIÓN DE LOS SEGUROS EN EL PERÚ

La Constitución Política establece en su artículo 87° la supervisión del sistema financiero, tanto de los bancos como de las AFP y también de los seguros. ¿Por qué? Es importante recordar que es porque las compañías de seguros administran fondos del público.

En el ámbito de los seguros la noción básica es que los asegurados aportan, por especialidad o por ramo, a un fondo común que sirve para pagar las pérdidas o siniestros que se les presenten a algunos de los miembros del grupo. Las aseguradoras administran ese fondo. Este concepto esencial en la institución y que es reiterativo en los tratados y en la doctrina de Seguros y de Derecho de seguros, desafortunadamente, ha sido olvidado en el Perú, incluso por quienes forman parte del sistema y las aseguradoras, difícilmente, admiten que administran fondos del público, salvo cuando no tienen cómo explicar el motivo de su supervisión.

A lo expuesto hay que agregar que la Constitución vigente en su artículo 65° establece que *‘El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios...’* principio que se ha materializado en el Código de Protección al Consumidor (Ley 29571).

11. Esa noticia motivo mi artículo *‘Constitucionalidad de la ley de contrato de seguro’* publicado en el Boletín Diario de Seguros de América Latina (BDSAL) de INESE.ES http://www.inese.es/noticias/bdsal/detalle-bdsal/-/asset_publisher/D1xZ/content/la-constitucionalidad-de-la-ley-de-contrato-de-seguros y en la Revista Ideele en su número 225 (03-12-2012) en: <http://www.revistaideele.com/ideele/content/la-ley-de-contrato-de-seguros-es-constitucional>
12. Publiqué por lo menos seis artículos en diferentes medios (BDSAL-INESE, Semana económica, Gestión y la Revista Ideele) además de varias entrevistas en radio y televisión, en todos los casos defendiendo la necesidad y conveniencia de la Ley
13. Así lo hice notar en mi artículo *‘La ley de contrato de seguro es autoaplicativa’* publicado en BDSAL e INESE el 17 de diciembre de 2012: http://www.inese.es/noticias/bdsal/detalle-bdsal/-/asset_publisher/D1xZ/content/la-ley-de-contrato-de-seguro-es-autoaplicativa y en la Revista Ideele con el título *‘Seguros: cuidado que el reglamento modifique la ley’* el 27 de diciembre de 2012 <http://www.revistaideele.com/ideele/content/segueros-cuidado-que-el-reglamento-modifique-la-ley>

En la realidad misma, la percepción de los miembros de la Comisión de lo que pasaba en el mercado y era necesario corregir a través de la Ley que estábamos redactando, no era muy alentadora. Como ya hemos señalado, tenemos un mercado de pocas aseguradoras y muy concentrado en dos, con una legislación obsoleta que permite que los condicionados y cláusulas de las pólizas sean con frecuencia abusivos y la única ley, y una SBS que está muy lejos de cumplir su rol cabalmente, sobre todo respecto de los mencionados condicionados –donde el doctor Luis Meza ha mostrado que existen cláusulas ilegales circulando– además de que se tiende a reducir coberturas, como el caso de continuidad de de las enfermedades pre-existentes cuando se cambia de plan o de aseguradora; y la demora y rechazo en el pago de reclamos (*INDECOPI* cumple un papel más efectivo en este campo), ya que en el control de solvencia es bastante aceptable. Por otro lado, la *Defensoría del asegurado*, que había cumplido un papel decoroso en sus primeros años, se había convertido en un instrumento de los aseguradores y la proporción de reclamos resueltos a favor de los asegurados se había reducido de 2/3 a la mitad (1/3). Por último, fuimos testigos de cómo la *APESEC* consiguió que se promulgara una ley (29549) injusta respecto de los seguros de vida ley para los jubilados y cesantes¹⁴, con la aquiescencia y hasta complicidad de la SBS.

En efecto, fue a partir de esa realidad que redactamos muchos de los artículos que hoy son parte de la 'Ley de contrato de seguro' promulgada el 27 de noviembre de 2012 y que entrará en vigencia 180 días después, es decir el 27 de mayo de 2013.

3. ALGUNOS ASPECTOS RESALTANTES DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO

La Ley está dividida en cuatro partes o Títulos: Disposiciones Generales, Disposiciones sobre el Contrato de Seguro, Disposiciones sobre el Contrato de Reaseguro, y Disposiciones Finales.

A. Disposiciones Generales

El artículo I de las Disposiciones Generales establece que la Ley se aplica a todas las clases de seguros y que tiene carácter imperativo salvo que admita expresamente lo contrario. Asimismo, que es supletoria en los seguros obligatorios y en los que se encuentren regulados por leyes especiales.

14. En su momento publiqué un artículo (*'No se hace lo que debe, sino lo que no se debe hacer'*) criticando esta norma en *El Comercio* el 8 de septiembre de 2010 bajo el título '*Seguros y jubilados*'

Una de las novedades que ha traído esta norma, incluso a nivel internacional, es la incorporación de los principios que rigen la institución de los seguros¹⁵ en el artículo II de las ‘Disposiciones Generales’. A los cuatro clásicos (Buena fe, indemnización, interés asegurable y doctrina de la causa adecuada (‘Proximate Cause’ en la legislación inglesa), le agregamos el de mutualidad, porque en el Perú se estaba olvidando hasta el punto que algunas aseguradoras hacían incrementos de prima por alta siniestralidad en seguros médicos, como si los asegurados pudieran tener control de sus enfermedades. La Comisión del 2006 decidió incluir también el ‘in dubio contra stipulatorem’, que en realidad ya está en los criterios (mal llamados ‘reglas’ en la Ley) de interpretación del contrato (artículo II). En este caso discutimos si convenía desarrollar o definir cada uno de los conceptos en el propio texto legal y convinimos en dejarlos abiertos a la interpretación de los jueces, tribunales y la doctrina. La desventaja es que no se explica que el principio de indemnización tiene excepciones como el seguro de vida, los seguros a valor de reposición y a valor convenido.

a) Causa adecuada o causa próxima

Estando ya el Proyecto en el Congreso, se desató una polémica al interior de la *Asociación Peruana de Derecho de Seguros*, Capítulo de AIDA en el Perú, sobre si debimos haber incluido entre los principios la doctrina de la causa próxima (propia del Derecho inglés) en vez de la causa adecuada. El cuestionamiento vino de un especialista en Seguro marítimo, quien partía de que la mayor parte de controversias sobre el tema se sometían a los tribunales ingleses.

En mi percepción las nociones de ‘causa adecuada’ y ‘causa próxima’, son muy parecidas y no hay diferencias sustanciales. Es más un tema de denominación que otra cosa.

La ‘Causa próxima’ es una doctrina del Derecho Anglosajón, que está explicada y desarrollada en la jurisprudencia y doctrina de Derecho de seguros inglesa, mientras que la ‘Causa adecuada’ es una teoría originada en el Derecho Continental Europeo, específicamente en el alemán –por el filósofo Johannes von Kries– y que al principio se refirió al ámbito penal. Mas si se investiga cada una por su lado, resulta habiendo grandes coincidencias. Mi posición de optar por la causa adecuada se fundó en que nuestra legislación (Art. 1260 y siguientes del Código Civil) ya la tenía incorporada y no hacía mucho sentido optar por una denominación diferente.

Hay otra serie de teorías también con mucho parecido, como la de la equivalencia o de la *conditio sine qua non* (von Bury), la de la causa típica (Beling, Mezger), la de la causa necesaria, la de la causa más eficaz y la de la causa más eficiente que ponen

15. Desarrollados ampliamente en mi artículo ‘Principios jurídicos de seguros’, publicado en la *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros (RIS)* N° 35 (Edición 20 años), Pág. 49 y más recientemente en la página web de APECOSE: <http://www.apecose.com/2012/06/principios-juridicos-del-seguro/>

el acento en diversos aspectos y que la jurisprudencia anglosajona ha incorporado a la doctrina de la causa próxima.

Sin embargo, parece haber habido en algún momento en nuestra doctrina (Fernando de Trazegnies, Juan Espinoza, Carlos Cardenas) una traducción textual de la expresión 'Proximate Cause' (Causa próxima) que la vinculó casi exclusivamente con la 'proximidad' y que ha llevado a una interpretación equivocada o por lo menos diferente de lo significa para los anglosajones. Aunque lo consideraría improbable, sería también posible que hubiera surgido en el Derecho Continental Europeo un concepto de 'causa próxima' diferente al del Derecho inglés.

Es importante diferenciar las interpretaciones textuales que se puedan hacer al leer un texto, de las que han hecho los tribunales ingleses respecto de lo que es 'immediate' y 'remote'. A continuación transcribo los relatos de algunos casos que son frecuentemente citados en las escuelas de seguros del Londres y el mundo.

En 1908 en Jamaica, a causa de un terremoto, se desató un incendio en un edificio relativamente alejado de otro. El segundo edificio estaba asegurado bajo una póliza de incendio a la que no se había adicionado la cobertura de terremoto, ni la de incendio consecutivo de terremoto, por lo que estaban excluidas. El incendio del primer edificio cundió por todo el pueblo e hizo presa del segundo. Los propietarios reclamaron sosteniendo que la pérdida se debía a un incendio, los aseguradores retrucaron arguyendo que la causa directa había sido el terremoto. El juez falló afirmando que no había habido interrupción en la cadena entre el inicio del incendio, debido al terremoto y la destrucción del edificio asegurado. El incendio había cundido de manera natural y que en consecuencia, como el incendio causado por terremoto, era un riesgo excluido bajo la póliza, la pérdida no era pagadera. En su sentencia, el juez comparó lo ocurrido con la situación que podría haber surgido si alguien que le tuviera inquina al propietario del edificio asegurado, hubiera tomado una tea encendida del inmueble en el que se había iniciado el incendio y se la hubiera llevado al edificio asegurado y la hubiera tirado adentro. Aquí –sostuvo– hubiera habido intervención de una nueva fuerza –el hombre rencoroso– y ésta hubiera sido la causa directa. El terremoto se hubiera convertido en la remota.

Para mostrar cuán importante es distinguir entre la causa directa y la remota, consideremos el caso de *Marsden vs. City & County Assurance Co.* de 1865. Aprovechándose de que a poca distancia ocurría un incendio, unos rufianes rompieron las lunas de una tienda en el deseo de robarse los artículos en exhibición. Las pólizas de vidrios excluyen los daños causados por incendio –ya que deben ser cubiertas por las para ese riesgo– y cuando el tendero presentó su reclamo bajo su seguro de vidrios para que le reemplazaran la luna rota, los aseguradores se negaron a pagar argumentando que la causa de la pérdida era el incendio ocurrido en las cercanías. El juez falló sosteniendo que este último era sólo la causa remota y que la directa de la pérdida era la rotura del vidrio por los rufianes.

En el primer caso la causa próxima para el juez fue el terremoto (en apariencia causa remota), porque no hubo la intervención de una fuente nueva e independiente.

Está claro que fue por la exclusión que no se cubrió, pero el análisis del juez fue de causa próxima. En el segundo el juez consideró que la causa próxima fue la rotura de lunas por los ladrones, porque, evidentemente, intervino ‘una fuente nueva e independiente’ y no porque era la causa inmediata.

En 1908, en un caso conocido como *Pawsey vs. Scottish Union & National*, el juez Lamb dio una definición que todavía se cita en las facultades de Derecho y en los fallos judiciales, de lo que constituye ‘Causa próxima’. Dijo: “La causa próxima es la causa eficiente y activa que pone en marcha una cadena de acontecimientos, que producen un resultado sin intervención de alguna otra fuerza, que se iniciara y trabajara activamente originada en una fuente nueva e independiente”¹⁶.

A mi entender esta definición deja claro que salvo sus orígenes (anglosajón y germano) no hay mayores diferencias entre ‘Causa próxima’ y ‘Causa adecuada’; y que ‘Causa próxima’ no es igual a causa inmediata. Es importante recalcar que fue ese concepto de ‘Causa próxima’ el que se usó para resolver los dos casos narrados, aunque la elaboración de la definición es posterior en uno y casi paralela en el otro.

A raíz de esta pequeña polémica hice una pesquisa entre diferentes especialistas de algunos países latinoamericanos y concluí en que no había claridad legal, jurisprudencial, ni doctrinaria en la mayor parte de sistemas jurídicos. De Argentina, me informaron que en materia de responsabilidad civil, se aplica la teoría de la causalidad adecuada y que ocurría lo mismo en seguros de propiedad, accidentes y transporte. De Uruguay comentaron que no quedaba claro cual doctrina de causalidad sigue su Código de Comercio, que regula a los seguros, aunque ciertamente se inspira en las doctrinas clásicas, ya que es del año 1865. Agregaron que no estaba pacíficamente consensuada la seguida por el legislador y que lo mismo ocurría con la jurisprudencia, pero se animaron a decirme que el concepto manejando hoy principalmente es el de causa eficaz. Es decir, por ejemplo en los seguros de responsabilidad civil la necesidad es de probar el nexo causal entre el hecho dañoso y el daño causado que debe ser eficaz para producir el daño ocurrido. Por su parte de Chile, señalaron que no había nada en la ley y que la jurisprudencia arbitral es difícil de pesquisar, porque no hay registros que hayan llegado a tribunales superiores. En todo caso, finalizaron, por experiencia podemos ‘decir que rige la causa próxima’, aunque es probable que se haya discutido en juicio la incidencia de la remota o adecuada. Desde México me dijeron que no existía en la legislación mexicana una definición de causalidad. Se le trata de manera pragmática atendiendo al sentido común del caso concreto, sustentado por evidencias creíbles y que se encuentren disponibles para poder decidir cuál es la causa natural, directa e inmediata del daño sufrido. Se ha tratado atendiendo a la causa relevante del siniestro ocurrido y a que su consecuencia natural, directa e inmediata, resulte en un daño cubierto. En la medida en la que la consecuencia natural, directa e

16. “Proximate Cause means the active, efficient cause that sets in motion a train of events, which brings about a result, without the intervention of any force started and working actively from a new and independent source”

inmediata de la primera causa resulte en un daño cubierto, los factores subsecuentes no deben de ser relevantes en la determinación del riesgo. En ese mismo orden de ideas, agregaron, si la consecuencia natural, directa e inmediata de la primera causa resultan en un daño cubierto, otras causas son irrelevantes o no deberán de ser consideradas de importancia para el propósito de determinar si el daño fue causado por éstas, ya que el daño es una consecuencia natural de la primera causa.

b) Contrato por adhesión

El artículo III textualmente dice:

Artículo III: El contrato de seguro se celebra por adhesión, excepto en las cláusulas que se hayan negociado entre las partes y que difieran sustancialmente con las pre redactadas.

Aunque lo afirmado sea casi una verdad de Perogrullo en la doctrina, la inclusión de este artículo en el texto nació de la realidad vivida en nuestro mercado por varios de los miembros de la Comisión en que tuvimos noticia de que en un laudo arbitral e incluso en alguna normativa¹⁷ se había desarrollado una especie de 'doctrina' que nadie se ha atrevido a sustentar en los medios académicos, ni se conoce en el extranjero. Se sostenía, contradiciendo el principio de primacía de la realidad, que un contrato de seguros deja de ser de adhesión cuando interviene un bróker o corredor de seguros. Yo quisiera pedirles a quienes afirman semejante cosa que me muestren los casos en que la intervención de un asesor ha logrado modificar o eliminar términos importantes del contrato pre-redactado por el asegurador. Lo que un bróker consigue, y muchas veces con dificultad, es que se incorporen algunas cláusulas, también pre-redactadas por la compañía. Las modificaciones relevantes sólo se obtienen –como lo ha dejado entrever la SBS– en los denominados 'seguros de grandes riesgos' –que son muy pocos en el país– los que por su capacidad de negociación (pagan primas muy grandes) logran las denominadas 'self made policies' (pólizas hechas a medida).

Una alternativa, relacionada con lo que acabo de exponer, que se discutió al interior de la Comisión fue la de incorporar una normativa especial para lo que se denomina 'Grandes riesgos', que no son otra cosa que las pólizas de las grandes empresas o grupos económicos, como lo había sugerido la SBS a partir de un Proyecto que se está discutiendo, actualmente, en España. Lo solucionamos mediante el comentado artículo III, es decir que en caso de conflicto el asegurador deberá probar que el ase-

17. Art. 24 de la Res. SBS 1797-2011 es: "El corredor de seguros realiza una actividad de intermediación y asesoría en la contratación de coberturas de seguro en el mercado nacional, con independencia de las empresas de seguros, disminuyendo, con su participación, las diferencias provenientes de la asimetría de información existente entre los contratantes o potenciales contratantes y asegurados y las empresas de seguros, lo cual mejora las condiciones de transparencia en la contratación de seguros".

gurado consiguió cambiar sustancialmente los textos pre-redactados, para que en caso de duda deje de aplicarse la ‘interpretación contra *stipulatorem*’.

c) Condiciones generales, especiales y particulares

Como ya indiqué, el artículo IV de la Ley establece los criterios de interpretación del contrato de seguro, texto que en buena parte sigue la propuesta que hice en las ‘Primeras Jornadas de Derecho de Seguros’, pero, desafortunadamente, hay un error en la ‘Sexta’ donde equivocadamente se dice:

“Sexta. Las condiciones especiales prevalecen sobre las condiciones particulares y éstas prevalecen sobre las generales. Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas.”

cuando lo correcto debió ser:

“Sexta. Las condiciones particulares prevalecen sobre las condiciones especiales y éstas prevalecen sobre las generales. Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas.”

Sustenta la corrección el principio de primacía de lo específico sobre lo general. En el ámbito de seguros peruano el error que estoy señalando es reiterativo, tanto en los condicionados de las pólizas como en textos de la SBS y ese es el motivo de que así aparezca en la Ley.

Pareciera que en algún momento alguien confundió los conceptos de lo que son las condiciones particulares y las especiales. Veamos lo que dice la doctrina:

Por ejemplo, en el ámbito internacional, el ilustre tratadista colombiano José Efrén Ossa a la letra dice:

“III. Condiciones de la póliza. La póliza de seguro ofrece ordinariamente dos clases de condiciones: a) las condiciones particulares y b) las condiciones generales. Subclase de éstas es la de las condiciones especiales que suelen incorporarse en determinados tipos de pólizas en armonía con su función específica o con la naturaleza de los bienes asegurados.

A. Condiciones particulares

1. Condiciones ineludibles

- a) La razón o denominación social del asegurador
- b) El nombre del tomador
- c) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro
- d) La suma asegurada o el modo de precisarla
- e) La prima o el modo de calcularla
- f) Los riesgos que el asegurador toma a su cargo

2. Condiciones subsanables

- a) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador
- b) La calidad en que actúe el tomador del seguro
- c) La vigencia del contrato, con la indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento o el modo de determinar unas y otras
- d) La forma de pago de la prima
- e) La fecha en que se extiende la póliza
- f) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes... Es preciso agregar que insertas en dicho documento, con tal que no sean contrarias a la ley, están llamadas a prevalecer sobre las condiciones generales en caso de conflicto.

B. Condiciones Generales. En contraste con las condiciones particulares en que descansa la individualización de cada contrato de seguro con sus respectivos elementos específicos (las partes, el objeto, la causa, la prima, la vigencia, etc.), pero integradas a él con sus propios efectos jurídicos, aparecen las condiciones generales que, como su nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aun por los aseguradores de un mismo mercado.

Condiciones especiales ... condiciones que sin ser generales strictu sensu, participan de su naturaleza más que de las condiciones particulares, en cuanto concebidas como reglamento específico de seguros sobre determinadas clases de intereses o de determinada modalidad de pólizas... **Como especiales están llamadas a prevalecer sobre las generales propiamente dichas, pero han de entenderse, en todo caso, subordinadas a las condiciones particulares si es que, de un modo u otro, las contravienen o ignoran.**¹⁸

Por su parte, el profesor argentino Rubén Stiglitz, sostiene:

“En este sentido, a las normas indisponibles, les deben suceder en una imaginaria escala de valores, las cláusulas particulares, específicas o anexos, que constituyen el resultado de una negociación individual entre las partes prefiriéndolas.

...

Prelación normativa

Artículo 32.- El contenido del contrato de seguros, se halla sometido al siguiente orden de prelación:

- a) Las normas imperativas o relativamente imperativas previstas en los Códigos de fondo y en la presente ley.

18. Efrén Ossa, J. *Teoría General del Seguro. El Contrato*. Págs. 227-235

- b) Las cláusulas del contrato negociadas individualmente.
- c) Las cláusulas predispuestas por el asegurador o por la autoridad de control, cualquiera sea su naturaleza.
- d) Las normas supletorias de esta ley
- e) Las normas supletorias de los códigos de fondo¹⁹."

En el ámbito Nacional, el doctor Walter Villa Zapata, quien fuera Presidente del 'Instituto Peruano de Derecho de Seguros', insiste en lo mismo²⁰:

"NORMAS INTERPRETATIVAS

Art. 26.- Los pactos y convenciones contenidos en el contrato de seguros se interpretarán en base a las siguientes reglas:

- i) Las condiciones especiales prevalecerán sobre las condiciones generales y las condiciones particulares priman sobre las anteriores. Las cláusulas manuscritas y las mecanografiadas predominan sobre las impresas."

También el doctor Günther Gonzales Barrón, afirma:

- b) Las cláusulas especiales son las que se refieren a una determinada especie de cobertura o a aspectos especiales de una cobertura común. Estas condiciones especiales se formulan, no para una causa particular, sino en vista de una determinada categoría de relaciones. Estas condiciones especiales tienen también el carácter de cláusulas generales, porque están ya preformuladas por el asegurador para una serie de contratos aunque en otro ámbito más reducido que el de cláusulas generales.

Por ello mismo se caracterizan estas cláusulas por estar ya impresas, y son también objeto de aprobación administrativa.

El origen del término y concepto de 'condiciones especiales' se encuentra en el derecho vivo, en las mismas pólizas y de allí pasó a la doctrina jurídica. La ley 26702 reconoce legislativamente esta clasificación en el artículo 326.

- c) Cláusulas particulares son el complemento a las dos anteriores y se caracterizan por ser establecidas específicamente para cada contrato, ya que se refieren a aspectos singulares que no pueden ser tipificados de antemano²¹."

19. *Derecho de Seguros*. Tomo I. Pág. 465

20. *Comentarios a la legislación de Seguros*. Pág. 530-531

21. *El contrato de seguros en el Perú*. Pág. 153-155

Asimismo, Zaida Osorio Ruiz, nos dice: Contrato de Seguro. Págs. 138-141

- 2.1 Condiciones Generales. Son condiciones generales de la póliza aquellas establecidas para ser aplicadas a todos los contratos de seguros de una misma clase expedidos por la entidad aseguradora. Representan un conjunto de reglas que establece el asegurador para regular la operación jurídica de cada contrato que emita. Debe ser uniformes para todos los contratos de seguro de un mismo tipo emitidos por una empresa de seguros.
- 2.2 Condiciones particulares. Las condiciones particulares son aquellas que individualizan el seguro y respecto de las cuales surgen las voluntades que generan el acuerdo de los sujetos contratantes y dan origen, con su forma externa, al correspondiente contrato de seguro. Prevalecen sobre las condiciones generales por su carácter específico.
- 2.3 Condiciones Especiales. Las condiciones especiales suelen introducirse en determinadas clases de pólizas de conformidad con su función específica o la naturaleza de los objetos o personas asegurados. Tienen a delimitar determinada cláusula o conjunto de cláusulas. Prevalecen sobre las condiciones generales.

San Isidro, 29 de mayo de 2012

Creo que con todos los autores citados queda claro que las condiciones particulares, que son las que individualizan el riesgo, no pueden ser modificadas por las especiales, que en nuestro mercado son las que conocemos como cláusulas adicionales (pre-impresas) que pueden adicionarse o no al contrato y que eventualmente tienen costo. Resulta obvio que las condiciones especiales modifican las condiciones generales, pero nunca las particulares.

B. Disposiciones sobre el Contrato de Seguro

a) *La renovación automática*

Como sabemos quienes estamos vinculados al negocio de los seguros, el mercado funciona con un sistema de renovación automática, ya que sería imposible, operativamente, que se hiciera de otro modo. Las pólizas en general son renovadas automáticamente por las compañías de seguros, pero se empezó a ver que éstas se hacían cambiando condiciones y condicionados y muchas veces sin advertencia, ni mayor explicación, de tal manera que el asegurado o su asesor recibía la renovación en nuevos términos y si no se daba el trabajo de revisarlos con detalle se encontraba con que lo que negoció originalmente había quedado en el olvido. El artículo 7 tal como lo redactamos decía así:

Artículo 7: El contrato de seguro se renueva automáticamente, en las mismas condiciones vigentes en el período anterior, salvo que el asegurador curse aviso escrito

al contratante, detallando las modificaciones en caracteres destacados, con una anticipación no menor a cuarenta y cinco (45) días previos al vencimiento del contrato.

El contratante tiene un plazo no menor a treinta (30) días previos al vencimiento del contrato para manifestar su rechazo de la propuesta, en caso contrario se entienden aceptadas las nuevas condiciones propuestas por el asegurador. En este último caso, el asegurador debe emitir la póliza consignando en caracteres destacados las modificaciones.

El incumplimiento de las formalidades previstas en el presente artículo, determina la ineficacia de las comunicaciones.

En el Congreso, sin embargo, alguien logró introducir una frase que casi hace inservible el artículo. Se agrego 'siempre que el condicionado general tenga la cláusula de renovación automática'. Para empezar la cláusula en mención no es parte del condicionado general, sino independiente. Es muy probable que las aseguradoras no la incluirán nunca o casi nunca, lo que convertirá al artículo en un adorno dentro de la ley. Esta es por eso una de las modificaciones que se tiene que hacer de forma inmediata. Se dejó pasar para que saliera la Ley, pero regresarlo a su texto original es imperativo si queremos que se dejen de cometer abusos en las renovaciones, sobre todo a los pequeños asegurados.

b) Preservación del contrato y nulidad por dolo o falta grave

Los miembros de la Comisión que redactó el Proyecto consideramos adecuado optar por la preservación del contrato (artículo 15°) abandonando la doctrina inglesa que había prevalecido en el Código de Comercio de 1902. Decidimos seguir el camino del Derecho Continental Europeo (Alemania, Francia, España, Italia), del que el nuestro es heredero, que busca preservar el contrato en los casos de reticencias o declaraciones inexactas no dolosas. El Derecho inglés y el Código de Comercio vigente (artículo 376°), hasta que entre en vigencia la nueva Ley, permiten que el asegurador deduzca la nulidad del contrato si la reticencia o información inexacta es relevante. En otras palabras, preferimos limitar la opción de nulidad del contrato a sólo casos de dolo y culpa inexcusable, lo que con frecuencia han olvidado mencionar los aseguradores cuando criticaban el giro que se estaba haciendo con la nueva Ley. Lo que en realidad incomoda de este cambio es que se está limitando la enorme discrecionalidad con que cuentan actualmente los aseguradores para decidir su posición frente a los siniestros en que exista alguna falta del asegurado.

Los artículos 13 y 14 de la nueva Ley establecen las reglas para los casos de reticencia y/o declaración inexacta no dolosa y a la letra dicen:

Reticencia y/o declaración inexacta no dolosa

Artículo 13: Si la reticencia y/o declaración inexacta no obedece a dolo del contratante y/o asegurado y es constatada antes que se produzca el siniestro, el asegurador debe ofrecer al contratante la revisión del contrato en un plazo de treinta (30) días

computado desde la referida constatación. El ofrecimiento debe contener un ajuste de primas y/o en la cobertura y otorgar un plazo de diez (10) días para que el contratante se pronuncie por la aceptación o el rechazo. Si la revisión es aceptada, el reajuste de la prima se paga según lo acordado.

A falta de aceptación, el asegurador puede resolver el contrato mediante comunicación dirigida al contratante, en el plazo de treinta (30) días computado desde el vencimiento del plazo de diez (10) días fijado en el párrafo anterior.

Corresponden al asegurador las primas devengadas a prorrata, hasta el momento en que efectuó la resolución.

Revisión no aceptada

Artículo 14: Si la constatación de la reticencia y/o declaración inexacta señaladas en el artículo precedente, es posterior a la producción de un siniestro, la indemnización debida se reduce en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido el real estado del riesgo.

Subsistencia del contrato

Artículo 15: En los casos de reticencia y/o declaración inexacta no procede la nulidad, revisión o resolución del contrato cuando:

- a) Al tiempo del perfeccionamiento del contrato, el asegurador conoce o debe conocer el verdadero estado del riesgo.
- b) Las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta cesaron antes de ocurrir el siniestro o cuando, la reticencia o declaración inexacta no dolosa, no influyó en la producción del siniestro ni en la medida de la indemnización o prestación debida.
- c) Las circunstancias omitidas fueron contenido de una pregunta expresa no respondida en el cuestionario y el asegurador igualmente celebró el contrato.
- d) Las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta disminuyen el riesgo.

Como se puede apreciar se ha optado por la solución propia del Derecho Continental Europeo y en caso de siniestro se reduce la indemnización 'en proporción a la diferencia de prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido el real estado del riesgo'. En la actualidad una compañía aseguradora si la reticencia o declaración inexacta revestían importancia, podría considerar nulo el contrato y negar el pago del íntegro de la pérdida. Este camino todavía vigente en el Derecho inglés está siendo revisado, ya que se han percatado que el resto de países europeos han legislado buscando la preservación del contrato y la reducción proporcional de la indemnización, como en nuestra Ley.

c) Suspensión de cobertura por mora en el pago de la prima

Como ya he indicado este tema de la Ley es, probablemente, el que más incomoda a las aseguradoras. Ya no podrán seguir cobrando por períodos no cubiertos, salvo después de pasados los 30 días y de haber cursado una comunicación cierta al asegurado. Para los usuarios y consumidores significa que si se atrasan en el pago por menos de 30 días, no perderán la cobertura.

Los aseguradores tienen que ser conscientes que este es un artículo justo y que pone coto a un abuso que nunca se debió cometer. Es inaceptable que en un contrato por adhesión, como es el de seguros, se sancione al moroso suspendiéndole la contraprestación sobre todo si luego se le cobra por el período no cubierto. Los aseguradores debieron haber emitido notas de abono por las primas de los períodos no cubiertos; pero alguien debería hacer el cálculo aproximado de los montos que han estado cobrando sin dar nada a cambio. Sin duda deben ser de varios millones de dólares.

Mi propia posición, como ya he indicado, es que en los casos que las aseguradoras consideran incobrables, deberían resolver el contrato para poner fin a la cobertura. Es probable que la resolución después de pasado un pequeño plazo, traería los mismos efectos logrados con la suspensión, pero con la ventaja de que no se cobrarían primas por períodos sin cobertura. En la Comisión que redactó el texto que en su mayor parte luego se convertiría en la Ley, no quise insistir para respetar el acuerdo transaccional al que se llegó en la del 2006 Sin embargo en mi modesta opinión el artículo 21° debería decir lo siguiente:

Art. 21°.- El pago de la prima puede realizarse por el íntegro o en forma fraccionada en las fechas que expresamente se establezcan para ello. Si el pago de la prima no se efectuara en la fecha acordada y siempre que transcurrieran treinta (30) días desde la fecha de vencimiento, el asegurador podrá resolver el contrato mediante una notificación por escrito al tomador o asegurado. La resolución operará 15 días después de la recepción de la comunicación.

El asegurador tendrá derecho al cobro de los intereses legales correspondientes, si el tomador o asegurado pagara en fecha posterior a la acordada. Es potestad del asegurador recibir el pago, una vez remitida la comunicación de resolución de la póliza, en cuyo caso la póliza continuará vigente.

d) Condicionados mínimos de las pólizas

En el afán de ordenar el mercado peruano que a raíz de la liberación se ha desarrollado en algunos aspectos de manera caótica y las aseguradoras han tomado ventaja variando los condicionados de sus pólizas para en el futuro no pagar siniestros que se ven obligados a afrontar con sus textos actuales, los miembros de la Comisión que redactó el Proyecto optamos por incorporar un artículo (27) creando un proceso de redacción de condicionados mínimos (condiciones generales y cláusulas adicionales). Para estos efectos, establecimos un plazo máximo de dos años durante los cuales la SBS

redactaría los condicionados y cláusulas de todas las pólizas a partir de los que se usan en el Perú y los del mercado internacional, en especial los de países más desarrollados y a la vez cercanos al nuestro, como sería el caso de España y los de los mercados donde reaseguramos (Inglaterra) y tienen preeminencia en algunos riesgos (Alemania en Ramos Técnicos). Para estos efectos consideramos necesario que mientras durara el proceso fuera necesaria la aprobación previa.

Lastimosamente, nos encontramos con la oposición de un sector de la SBS que defendía el libre mercado y la no intervención. Con las dos posiciones enfrentadas se llegó a una solución transaccional que es como ha quedado la Ley. El artículo 27 establece que en los seguros personales, obligatorios y masivos las pólizas deberán sujetarse a los condicionados y cláusulas mínimos que establezca la SBS. En otras palabras, se siguió nuestra receta, pero se limitó a los seguros señalados. No logramos que mientras esto ocurre fuera obligatorio el control previo, pero considero que hemos dado un paso adelante, porque los mínimos que fije la SBS servirán de parangón frente a las pólizas que no los tengan.

Lo que no se logró fue introducir la aprobación previa de las pólizas durante el período de establecimiento de condicionados y cláusulas mínimas. La SBS se opuso argumentando que el TLC con los Estados Unidos no lo permitía, pero quedó claro que esa era una interpretación antojadiza.

Insisto en la necesidad de ordenar el mercado y que tengamos condicionados mínimos aprobados por la SBS que obliguen a que la competencia se dé hacia arriba y no solapadamente reduciendo coberturas, como se ha venido haciendo.

En alguna entrevista televisiva se me pidieron ejemplos y los dos que recordé en ese momento fueron la exclusión del desvanecimiento como causa en las pólizas de accidentes personales y la eliminación de la cobertura de preexistencias en los seguros médicos. Las coberturas deberían aumentar y no disminuir como vino ocurriendo en nuestro mercado.

En la pequeña investigación que hice entre los países de la región, de Colombia, me comunicaron que el control sobre los textos de la pólizas sólo es previo cuando se trata de un nuevo ramo, en los demás casos es posterior.

De Argentina, me indicaron que el control es previo y lo realiza la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN). El asegurador presenta el contrato y si la SSN no lo observa dentro del plazo de 15 días, queda aprobado, pero que en todos los casos la SSN lo observa para suspender el plazo y luego lo estudia.

De México, señalaron que en resumen y en términos generales, tratándose de productos de adhesión, el control del clausulado general es previo a la suscripción y requiere del registro de las condiciones generales ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF). El registro se hace vía electrónica con un dictamen legal y actuarial y un análisis de congruencia. El producto queda registrado desde que se ingresa y la CNSF

tiene 30 días para hacer comentarios a las condiciones generales y nota técnica, en caso de tener comentarios, el producto debe volver a registrarse corregido para poder seguir comercializándose. En el caso de productos que no sean de adhesión es un proceso más expedito, ya que se registra el proyecto de nota técnica y condiciones generales y posteriormente se registra el documento final. Si bien la CNSF puede hacer comentarios también, son respecto de un producto que ya se emitió y surtió efectos y no está siendo distribuido, no obstante lo anterior, deben de tomarse las medidas para reflejar los cambios ordenados por la CNSF.

De Chile, me informaron que los textos de las pólizas deben ser previamente incorporados –por compañías de seguro o la Asociación de Aseguradores– al Depósito de Pólizas de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) (art. 3º, letra c, DFL 251). En teoría no hay control previo, aunque en ocasiones la SVS propone modificaciones a los textos propuestos. Sin embargo, para seguros con primas superiores a 200 unidades de fomento (US\$ 9.000 aprox.) tomados por personas jurídicas, se pueden utilizar textos no depositados.

e) *Cláusulas y prácticas abusivas*

La introducción de los artículos relacionados a estos temas son uno de los aspectos que la Ley le debe al Proyecto Stiglitz y sin duda son un gran avance en un mercado en que como lo ha demostrado con detalle el doctor Luis Meza circulan no sólo cláusulas y se dan prácticas abusivas, sino incluso ilegales como la incorporación de cláusulas de prescripción en las pólizas, cuando es sabido por todos que ésta sólo puede ser establecida por la ley en el Perú y en la mayor parte de países vinculados.

El dictamen de la Comisión de Economía había reducido algunas de las cláusulas abusivas que se enumeraban y había eliminado la parte de las prácticas abusivas, haciendo evidente que los aseguradores habían tenido influencia en la redacción, pero, felizmente, prevaleció el de la Comisión de Justicia y nuestra redacción. Ahora la SBS tiene todos los instrumentos para controlar este problema y sancionar a quienes infrinjan la norma.

Las cláusulas abusivas son las estipulaciones no negociadas que aún cuando no hayan sido observadas por la SBS causen, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante. El carácter abusivo subsiste aún cuando el contratante y/o asegurado la haya aprobado por escrito o haya participado un corredor de seguros en la contratación.

El articulado (39 a 43) trae una lista abierta de las estipulaciones prohibidas, como por ejemplo la de renuncia a la jurisdicción o las leyes que le favorezcan, establecimiento de plazos de prescripción o caducidad distintos a los que dispone la ley, o pérdida de derechos del asegurado en caso de incumplimiento de cargas excesivamente difíciles o imposibles de cumplir, entre otras.

f) Vías judicial o arbitral

Frente a los serios problemas de nuestro Poder Judicial, derivados principalmente a la sobrecarga procesal las compañías aseguradoras optaron hace varios años por incorporar cláusulas de arbitraje a todas las pólizas, lo que sin duda es un exceso, ya que no resiste análisis que, por ejemplo, las controversias en pólizas de automóviles y asistencia médica tuvieran siempre que ser sometidas a arbitraje, ya que con mucha frecuencia al asegurado 'le resultaba más cara la lavada que la camisa', lo que limitaba su accionar cuando discrepaba del rechazo de un siniestro por su asegurador.

Por lo expuesto, es que en la Comisión se decidió mantener la vía judicial como regla general (artículo 40.c), permitiendo los arbitrajes pactados después de ocurridas las pérdidas (artículo 46), siempre que se superaran los límites económicos por tramos que deberá fijar las SBS, ya que nos constaba que los aseguradores pueden tener 'argumentos convincentes' para persuadir a los asegurados en el momento de la contratación de las pólizas.

Parcialmente vinculado con lo que acabamos de exponer, considero relevante resaltar lo dispuesto en el artículo 40.a que a la letra dice:

Estipulaciones prohibidas

Artículo 40: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, con carácter enunciativo, las empresas están prohibidas de incluir en las pólizas de seguro las siguientes estipulaciones, que serán nulas de pleno derecho:

- a) Cláusulas mediante las cuales los asegurados y/o beneficiarios renuncien a la jurisdicción y/o leyes que les favorezcan.

De lo que se puede concluir que ya no será posible que las aseguradoras incluyan cláusulas que sometan las controversias a tribunales extranjeros.

g) Derecho de arrepentimiento

Otra materia que es importante destacar es que se consagra el llamado "derecho de arrepentimiento" (artículo 41.1), de acuerdo con el cual las personas que adquieren o contratan un seguro en espacios diferentes a los locales de las empresas de seguros, tienen un plazo en el cual puedan devolver la póliza sin expresión de causa. Esta es una práctica generalizada en otros países como Estados Unidos donde existe un plazo de 30 días para proceder en este sentido en las pólizas de seguros de vida.

h) Eliminación del período corto

La Ley (artículo 50º) ha eliminado, como en la mayor parte de países de mundo, el cobro por los aseguradores de primas no proporcionales cuando quien resuelve el contrato es el tomador o asegurado. Actualmente, si esto ocurre las aseguradoras cobran proporciones mayores y tienen incorporada una tabla en las pólizas, en donde por ejemplo

si el período transcurrido es un mes, no cobran 1/12 sino 1/4 (25%) y si son dos meses, no 2/12, etc. En cambio si es la aseguradora la que resuelve la prima que devuelve es proporcional. Esto se justificaba a partir de que las primas son anuales y las aseguradoras hacen sus cálculos a partir de éstas, pero en la práctica eso no ocurre y si alguien deja de pagar una póliza, simplemente, se queda sin cobertura. No se cobran los períodos cubiertos, que es una opción que podrían ejercer las aseguradoras, sino que las pólizas no pagadas quedan en el olvido.

i) Caducidad convencional

Se trata de caducidad convencional cuando se estipulan formas de poner fin a los derechos del asegurado por alguna razón. Por ejemplo, cuando se establece que el asegurado pierde su derecho a ser indemnizado si no cumple con informar de la ocurrencia de un siniestro en un plazo determinado. Lamentablemente, la experiencia demuestra que las aseguradoras abusan de esta posibilidad.

El artículo 59° de la Ley ha reducido la posibilidad del abuso limitándolo a los casos en que el incumplimiento obedezca a dolo o culpa grave.

j) Aviso del siniestro

El artículo 68° de la Ley ha trasladado a la SBS la responsabilidad de fijar los plazos acorde con la naturaleza o tipo de seguro. Es importante recordar en este tema que el principio de buena fe que rige el contrato de seguro no es sólo aplicable de un solo lado. Me temo que algunos aseguradores desconfían de sus propios asegurados y necesitan verificar que no les están mintiendo. Así, por ejemplo, en los siniestros de automóviles desconfían de la Policía y envían a sus procuradores más con la intención de verificar la forma en que se ha producido el accidente y que el conductor no ha ingerido licor, que de aliviarle los trámites a su cliente. En otras partes (Ejem. USA), basta con la declaración de los involucrados para que las compañías atiendan el reclamo. Los casos de fraude tendrían mejor solución en un reporte al mercado que hiciera imposible que quien lo intentó volviera a contratar una póliza en el sistema por un plazo determinado y que la reincidencia pudiera resultar en una inhabilitación definitiva.

k) Plazo para pronunciamiento de la aseguradora sobre el siniestro

Fue muy criticado por los aseguradores el plazo de 30 días para que se pronunciaran sobre la cobertura de un siniestro establecido en el artículo 74°, pero ‘olvidaron’ mencionar que la inmensa mayoría de siniestros pueden ser liquidados y resueltos en ese plazo y que el mismo artículo faculta al ajustador para pedir una ampliación a la SBS debidamente sustentado. En pocas palabras se pretendió convertir en regla las excepciones. Otra parte del artículo 74 que se ha obviado en las críticas es que el asegurador y el asegurado pueden pactar un plazo adicional. Tal cosa se desprende del texto que en la parte pertinente dice así:

“Asimismo, cuando la aseguradora requiera contar con un plazo mayor para realizar investigaciones adicionales u obtener evidencias suficientes sobre la procedencia del siniestro o para la adecuada determinación de su monto, **y el asegurado no apruebe, en el caso específico, la ampliación de dicho plazo...**”

Contrario sensu, asegurador y asegurado pueden pactar la extensión del plazo cuando el caso lo amerite. No me imagino a ningún corredor o asegurado oponiéndose a tal alternativa frente a un siniestro complejo.

Cuando discutimos este tema en la Comisión mi propuesta fue hacer un cambio radical en el sistema de nombramiento de ajustadores, ya que actualmente, aunque son independientes, están demasiado sujetos a las aseguradoras que son las que los nombran en la mayoría de los casos y que, en consecuencia, pueden sacarlos de sus listas y ponerlos en problemas. En mi opinión, quien debería nombrar al ajustador es el asegurado, escogiéndolo de los inscritos en la SBS por especialidades. Si algún ajustador actuara incorrectamente los aseguradores tienen todo el poder para hacer una investigación, denunciarlo y que sea sancionado incluso con la cancelación de su registro, mientras que los asegurados, sobre todo los más pequeños, no tienen medios, ni conocimientos para hacer algo similar. Creo que esta propuesta les daría verdadera independencia a los ajustadores, quienes tendrían que actuar con absoluta imparcialidad para evitar que los propios asegurados y corredores dejen de nombrarlos y los saquen del mercado.

l) Seguro de responsabilidad civil

Cuando en la Comisión discutimos el siniestro en el seguro de responsabilidad civil, mi propuesta fue de que adoptáramos de una vez la forma que se está imponiendo en el mundo, es decir el 'Claims made' que considera que el siniestro ocurre cuando se presenta el reclamo. Como hubo algunas discrepancias frente a la posibilidad de dar semejante paso, optamos por considerar que se daba cuando se producía el daño, que es el que tenemos vigente, sobre todo en los países en vías de desarrollo, pero también acordamos permitir expresamente la alternativa del 'Claims made' y el artículo 109 quedó redactado de la manera siguiente:

Artículo 109: Existe siniestro en el seguro de responsabilidad civil cuando surge la deuda de responsabilidad para el asegurado. **Son válidas las estipulaciones contractuales que establecen que la cobertura opera en función de la reclamación indemnizatoria del tercero damnificado.**

Para indemnizar los siniestros no se requerirá de sentencia firme.

Son nulas las cláusulas de reembolso según las cuales la obligación principal del asegurador únicamente consiste en reembolsar al asegurado una vez que éste haya asumido y pagado los daños.

Desafortunadamente, durante el trámite en la Comisión de Justicia el texto fue cambiado y se eliminó la frase que he resaltado.

El fundamento de la póliza ‘Claims made’ es económico como lo expliqué en la Comisión. Surgió como una necesidad frente a casos en que los reclamos se presentaban y excedían la reserva de ‘incurridos pero no reportados’, IBNR es la sigla en inglés, varios años después de que el balance de la aseguradora estaba cerrado e incluso se habían repartido dividendos, estando ésta registrada en la bolsa neoyorquina. Tarde o temprano tendremos el mismo problema y en esta ley nos estábamos adelantando.

m) Cobertura de preexistencias por continuidad de seguro médico

En el Perú la cobertura de enfermedades preexistentes cuando eran adquiridas durante la vigencia de una póliza era respetada por todo el sistema. Así tenemos que si un asegurado contraía, por ejemplo, una hepatitis mientras estaba cubierto por una póliza de seguro médico en la aseguradora A, si cambiaba en algún momento a otra B, por cualquier razón, como podía ser el cambio de empleo, la segunda cubría la enfermedades relacionadas con el hígado, pero con la liberalización esto empezó a dejar de ocurrir y ahora lo que hace la aseguradora B es excluirle las enfermedades hepáticas. Si a lo expuesto le agregamos que se crearon las *Empresas Prestadoras de Salud (EPS)* el problema se agravó, porque ya los cambios también se daban entre ambos sistemas. En pocas palabras, se había involucionado del concepto de aseguradores actuando como sistema al nuevo en que cada compañía buscaba su propio beneficio en detrimento de los asegurados que quedaban con enfermedades sin cobertura al verse obligados a migrar a otra aseguradora o *EPS*.

Recuerdo perfectamente que cuando propuse la continuidad de cobertura incluyendo a las *EPS*, algunos de los otros miembros de la Comisión me miraron con escepticismo porque de cierta forma estábamos involucrando a empresas que técnicamente no eran parte del sistema asegurador y además están supervisadas por otra Superintendencia (Superintendencia Nacional de Salud – SUNASA). Sin embargo, la mayoría me apoyó cuando expliqué que la perspectiva que teníamos que asumir era la del asegurado o usuario que, además, tenía sustento constitucional.

En mi modesta opinión es mejor que los enfermos tengan cobertura a que sólo la consigan los más sanos. La salud puede evolucionar de muy diversas maneras y en el futuro un accidente puede convertir a una persona considerada como un buen riesgo en uno que en un libre mercado no aceptaría ningún asegurador. Me gusta por eso la propuesta del filósofo norteamericano John Rawls que sostiene que tenemos que legislar ‘tras un velo de ignorancia’, es decir sin saber cuál es nuestra situación en la vida.

En la justicia como imparcialidad —noción primordial en Rawls— la posición original corresponde al estado de naturaleza de las teorías tradicionales. Obviamente, la posición original es puramente hipotética y es concebida con la única intención de facilitar la elaboración de la concepción de justicia. Rawls caracteriza esta situación hasta llevarla a que los principios de la justicia se esconden “tras un velo de ignorancia”, siguiendo la imagen ciega que de la justicia tenían los romanos. Esto significa que hipotéticamente nadie conoce su situación en la sociedad (posición, status, etc.), ni sus cualidades naturales, ni siquiera su concepción acerca del bien.

Para Rawls “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales” y en consecuencia no importa si las leyes o las instituciones son eficientes cuando éstas son injustas. Siguiendo a Kant sostiene que cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia, que incluso el bienestar de la sociedad no puede atropellar. En consecuencia, los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos, ni al cálculo de intereses sociales. La verdad y la justicia, como las primeras virtudes de la actividad humana, no están sujetas a transacciones.

Rawls asume, siguiendo la teoría del contrato social de Rousseau, que la sociedad es una especie de asociación, con ciertas reglas para que los miembros puedan obtener ventajas mutuas y en consecuencia se caracteriza, tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. Esto hace necesarios un conjunto de principios en base a los cuales la distribución de beneficios y cargas sea equitativa y correcta. Una sociedad está bien ordenada no sólo cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros, sino cuando está efectivamente regulada por un concepto de justicia, es decir que se trata de una sociedad en la que: “1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen”. El deseo que tienen todos de justicia limita la persecución de otros fines.

Regresando a nuestro tema, más adelante, el Congreso me pidió un sustento a modo de exposición de motivos que asumí con mucho gusto desde la perspectiva constitucional y que a continuación transcribo:

“Teniendo en cuenta que Artículo 1º de la Constitución vigente señala que ‘la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’ y los artículos 7, 9, 10 y 11 establecen el derecho a la salud y que en consecuencia éste debe ser considerado parte de los derechos humanos y que el Estado debe supervisarlos y tutelarlos buscando la mejora progresiva de su cobertura cuantitativa y cualitativamente; que, además, el artículo 65 de la misma carta constitucional obliga al Estado a defender el interés de los usuarios y consumidores; que en la actualidad muchas personas se quedan sin cobertura de enfermedades que adquirieron mientras estaban aseguradas, por el sólo hecho de migrar de compañía de seguros o de sistema, por ejemplo a las Empresas Prestadoras de Salud o a la inversa, a veces involuntariamente, como cuando cambian de trabajo; es conveniente que en este aspecto todos los sistemas e instituciones involucradas se solidaricen en la continuidad de cobertura de las pre-existencias, evitando dejar en desamparo a personas enfermas.”

No puedo escapar a la tentación de narrar una anécdota de lo que me contaron que ocurrió en el Congreso durante el cuarto intermedio acordado en el Pleno que aprobó el Proyecto. La nueva Presidente de la Comisión de Justicia, congresista Marisol Pérez Tello –quien había contado con poco tiempo para estudiar y presentar el proyecto, ya que la etapa previa del Dictamen la Comisión había estado presidida por su compañero de bancada Alberto Beingolea– comprendió con rapidez que el artículo 118, que estableció la continuidad de las preexistencias, era especialmente

importante para el público asegurado. Actuando en consecuencia, apenas se inició la reunión de negociación final con los representantes de la Comisión de Economía y las diferentes bancadas, que en algunos casos representaban los intereses de quienes no querían que la norma fuera aprobada, empezó la reunión con esta frase que quedará para el recuerdo: “Todo es negociable, menos pre-existencias”, dejando así cerrado este tema al que junto con otros le habían puesto la puntería los aseguradores y la propia SBS.

n) Exámenes genéticos prohibidos

El artículo 119° de la Ley prohíbe expresamente que el asegurador exija exámenes genéticos previos a la celebración de contratos de seguros, no pudiéndose condicionar la aceptación, vigencia o renovación de coberturas a la realización de dichos exámenes.

Después de que la Comisión terminó de redactar el Proyecto y lo envió al Congreso, el *Comité de Nuevas Tecnologías y Seguros* de AIDA me invitó a dar una conferencia en Santiago de Chile que titulé ‘*Acceso a la información genética, sus riesgos y la posible discriminación*’ y que me obligó a investigar el tema. Si bien considero que la prohibición, similar a la que se ha hecho en varios países, es válida hoy día, terminará por ser superada.

La información genética es parte del derecho a la intimidad de la persona y un test genético no puede ser tomado sin su consentimiento, ni la información que resulte divulgada, salvo que medien razones de fuerza mayor o sea necesaria para el bienestar social.

Resulta bastante obvia la información que puede proporcionar la genética para los seguros, especialmente para las pólizas de vida y de salud. Así como se extienda en la población la toma del examen, las aseguradoras verán la forma de exigirlo, porque les proporcionará el código genético del potencial cliente y estarán en posición de rechazar la emisión de la póliza o, eventualmente, incrementar la prima. El problema que se enfrentará, entonces, es el de la posible discriminación por tal motivo. Considero que más tarde o más temprano se podrá exigir el examen, ya que si revisamos la historia veremos que así como avanza la técnica se ha ido incrementando la cantidad de exámenes que los aseguradores requieren a sus solicitantes y difícilmente éste será la excepción.

La contratación de un seguro implica una decisión de quien lo requiere con todas sus consecuencias. Los exámenes hoy exigidos pudieron ser considerados también parte del ámbito del derecho a la intimidad, pero han terminado por imponerse. De otro lado, no es posible oponerse a que terceros conozcan este tipo de información, si el posible asegurado desea proporcionarla, aunque siempre podría alegarse el derecho de los familiares. Si como en nuestro caso, la ley opta por prohibir que los aseguradores exijan las pruebas, éstos pueden decidir dar descuentos o beneficios a quienes acepten someterse y se llegaría a casi lo mismo.

En mi opinión, la solución tendría que ir por prohibir el rechazo por un asegurador de un candidato, por razones genéticas, obligándolo a emitir la póliza con el recargo respectivo, pero limitando también tal incremento para evitar que se convierta en un argumento disuasivo de la contratación. Me imagino que lo que se argüirá en contra es que de esa manera se incrementarán las primas para quienes tienen un mejor código genético o una mejor salud, lo que, si se sustenta técnicamente con cifras, tendría sentido. Sin embargo, considero que al final, es mejor que todos tengan cobertura a que sólo la consigan los más sanos. La salud puede evolucionar de muy diversas maneras y en el futuro un accidente puede convertir a una persona considerada como un buen riesgo en uno que en un libre mercado no aceptaría ningún asegurador.

o) Suicidio y muerte del tercero por el contratante y/o beneficiario

El artículo 125 dispone que el suicidio consciente y voluntario de la persona cuya vida se asegura, libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigencia ininterrumpidamente por 2 años. Agrega que en el seguro sobre la vida de un tercero, está excluida de cobertura la muerte dolosamente provocada por un acto del contratante y/o beneficiario.

Esta norma incluido el plazo no es novedosa, sino un tema aceptado en el Derecho comparado. En general, internacionalmente se cubre el suicidio y el fundamento es que es muy difícil o casi imposible pensar que alguien contrate un seguro para suicidarse dentro de dos años, es más bien probable que antes resulte internado en una institución mental. Asimismo, es bastante difícil que si tiene una enfermedad crónica e incurable, sea posible de contratar una póliza de seguro de vida, que implica una serie de exámenes para que le den la cobertura.

p) Contrato de Reaseguro

El título III que trata del contrato de reaseguro sólo contiene dos artículos (138 y 139). En el primero se define 'Por el contrato de reaseguro, el reasegurador se obliga al pago, dentro de los límites acordados, de la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación asumida por éste en su carácter de asegurador en un contrato de seguro. El 139 establece la autonomía e independencia de ambos contratos indicando que 'El contrato de reaseguro no subordina las relaciones que emanen del contrato de seguro. En consecuencia, el pago de un siniestro derivado del contrato de seguro no puede quedar condicionado a las relaciones existentes entre el asegurador y el reasegurador.

Desafortunadamente, se eliminó el artículo 140 que, siguiendo a la legislación brasilera, establecía que 'El contrato de reaseguro se somete a la legislación peruana y a la competencia de los tribunales judiciales o arbitrales del Perú', lo que en la práctica ya ocurre, tanto en los contratos automáticos como en casi la totalidad de los facultativos, porque las aseguradoras así se lo exigen a los corredores de reaseguro. Hubiera sido conveniente incluirlo para que no hubieran excepciones y para que nuestro mercado desarrollara un 'expertise' que todavía es patrimonio de poca gente en el ambiente legal de nuestro medio.

q) Disposiciones Finales y Complementarias

– Potestad para atender reclamos y potestad sancionadora de la Superintendencia

La Cuarta Disposición Complementaria de la Ley señala que la SBS promoverá la protección de los intereses de los asegurados a través de mecanismos legales de defensa del asegurado, que contemplarán la conformación de órganos colegiados que se pronuncien en la solución de controversias.

Mi propuesta dentro de la Comisión fue que tratáramos de reencaminar el trabajo de la *Defensoría del asegurado* y legisláramos sobre ésta, pero algunos de los otros miembros se sintieron incómodos frente a la posibilidad de regular el funcionamiento de una institución que ha sido formada por el gremio asegurador, y es una persona jurídica de derecho privado, pero, en mi opinión, era y es lícito a partir de que la actividad aseguradora maneja fondos del público, por lo que el Estado tiene todo el derecho a inmiscuirse en el funcionamiento de todas sus instituciones. La ventaja que hubiera traído regular la *Defensoría* es bastante obvia y es que sus decisiones son vinculantes para los aseguradores.

La opción que se tomó tiene justamente ese defecto, ya que las decisiones que adopte el tribunal administrativo que conforme la SBS, podrán ser siempre cuestionadas en la vía judicial por cualquiera de las dos partes.

En todo caso, deseo que el trabajo que realicen estos organismos colegiados sean exitosos y para el bien del mercado y de la industria.

– Aplicación de la ley en el tiempo

La Novena Disposición Complementaria de la Ley dispone que ésta entrará en vigencia a partir de los 180 días contados desde su publicación, es decir el 27 de mayo de 2013. Es posible que el plazo que nosotros mismos establecimos sea excesivo, pero permitirá que todas las empresas vinculadas y la propia SBS se adecúen.

4. LOS REGLAMENTOS

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's (SBS) pre-publicó a principios de abril en su portal institucional un paquete de dispositivos que reglamentan la 'Ley de contrato de seguro' (29946). Como se lo hice saber a esa institución, no encuentro explicación a que se hayan hecho varios reglamentos y se haya incorporado otros temas dentro de éstos (Intermediarios y Auxiliares de Seguros). Lo técnico y razonable era hacer un solo reglamento.

Además, ¿para qué se pre-publica si no se está dispuesto a rectificar? ¿Es sólo para cumplir? Las resoluciones definitivas apenas difieren de las pre-publicadas a pesar que la SBS recibió comunicaciones de diferentes instituciones y de personas especialistas en el tema, incluidos los congresistas que presentaron y sustentaron el Proyecto de

Ley, haciéndole notar que tenían muchos errores e incluso contenían artículos que rebasaban el ámbito de sus facultades, ya que, como todos sabemos, una Ley no puede ser modificada por un reglamento, como tampoco cabe reglamentar las partes autoaplicativas de una Ley.

Aparte de esto, paso a comentar mis principales atingencias:

a) Seguros de salud (Resolución SBS 3203-2013)

Este es uno de los casos en que se ha modificado la pre-publicación, pero no haciendo eco a las críticas, sino de manera poco clara, al no mencionar en el reglamento que también se aplica a quienes tienen cobertura de EPS, cuando la Ley lo hace expresamente (Art. 118). ¿Cuál ha sido la intención al obviarlo? Me imagino que el temor a invadir el campo de otra Superintendencia, pero la solución hubiera sido coordinarlo.

b) Pago de Primas de pólizas de seguros (Resolución SBS 3198-2013)

A mi entender hay un error en el segundo párrafo del Art. 3° ya que debería decir que 'la prima es debida desde el inicio de la vigencia' y no 'desde la celebración del contrato'. Además, dados los usos y costumbres del mercado, sería conveniente agregar que 'salvo pacto en contrario el plazo para pagar la prima es de 30 días', ya que en la práctica las condiciones de pago son planteadas con la solicitud de seguro y se ha creado un problema de 'obligación de pago' mientras la aseguradora acepta la propuesta y emite la póliza. Así, frente a un siniestro ocurrido en ese período, la compañía podría argüir que no había aceptado las condiciones que propuso el cliente o su corredor y que como no había pagado, no tiene cobertura.

c) Gestión y pago de siniestros (Resolución SBS 3202-2013)

En este tema tengo varias atingencias, pero mencionaré sólo las dos principales:

Primero, el plazo para el aviso de los siniestros en seguros patrimoniales es demasiado breve (3 días). Debería ser de 7 como, por ejemplo ocurre en España. En los seguros de automóviles el plazo máximo más adecuado sería el de 24 horas (1 día) siempre que haya intervenido la autoridad policial correspondiente. La buena fe se presume y no se puede legislar a partir de la mala fe. La Policía Nacional del Perú debería merecer todo el crédito y en todo caso hay que corregir las causas y no las consecuencias.

Segundo, si la Ley (artículo 75) dice que el ajustador (persona natural o jurídica que liquida las pérdidas) debe ser designado de común acuerdo entre las partes, mal puede el reglamento (Art. 5 de la Resolución 3202-2013) 'interpretar' la norma modificándola y estableciendo que tal designación debe hacerse a partir de la terna propuesta por el asegurador. Semejante modificación es inconstitucional y me imagino que será pasible de la Acción Popular correspondiente. Lo razonable hubiera sido que primero traten de ponerse de acuerdo y si no fuera posible, ambas propongan ternas y se escoja al que coincida en las dos. En caso contrario, deberían proceder a un sorteo.

d) Reglamento de Transparencia de Información y Contratación de Seguros (Resolución SBS 3199-2013)

En mi opinión, el artículo 9° se ha limitado a incluir una serie de requisitos formales –que en buena parte ya existían antes de la Ley– como condiciones mínimas necesarias para la aprobación de las pólizas por la SBS y ha desnaturalizado la norma olvidando incluir el aspecto más importante y que fue el motivo de que se incluyeran en la Ley. Me refiero a las COBERTURAS. La razón por la que este artículo se incluyó fue que las aseguradoras venían reduciendo coberturas a partir de su experiencia con siniestros que consideraban que no deberían pagar. Lo que pretende la Ley es que haya un mínimo de coberturas que no pueda nunca ser rebasado por las aseguradoras y que la libre competencia se dé hacia arriba. La idea es que con el tiempo las coberturas aumenten y no que disminuyan.

Otro problema serio se da en el artículo segundo que reglamenta la ‘Cuarta Disposición Complementaria’ de la Ley. Lo que se pretendió y así debe leerse esta disposición es que deben crearse, como parte de la SBS, tribunales colegiados cuyas resoluciones sobre las controversias entre asegurados y aseguradores tengan carácter vinculante. El reglamento debió establecer cuántos tribunales existirán, de cuántos miembros cada uno, cuando empezarán a funcionar, entre otros aspectos y no, como se ha hecho, abrir la posibilidad de que ‘alguien’ los cree y firme un acuerdo con los aseguradores, que es como echar al tacho la disposición.

e) Comentario final

Resumiendo, es de una Ley moderna y que a pesar de las modificaciones poco técnicas realizadas en el camino final por las presiones conocidas y que hemos comentado, en buena parte responde a nuestra realidad concreta y estoy convencido que sólo resultará beneficiando a todos. A los asegurados porque tendrán mayor protección legal que evitará eventuales abusos y a los aseguradores y corredores, porque, como lo ha mostrado la experiencia internacional, mejorará su deteriorada imagen, se incrementará la conciencia aseguradora, se venderán más pólizas, aumentando la penetración y la participación del sector seguros en el Producto Bruto Interno (PBI), y al final los resultados, incluidas las utilidades, serán mejores.

San Isidro, 31 de mayo de 2013