

LA SUPERVISIÓN DEL SISTEMA ASEGURADOR

THE INSURANCE SYSTEM SUPERVISION



Alonso Núñez del Prado Simons 1

RESUMEN. El presente trabajo pretende explicar los fundamentos de la supervisión del sistema asegurador y luego pasa una revista al funcionamiento del ente supervisor en el Perú de manera crítica, pero siempre de manera constructiva.

PALABRAS CLAVE. Supervisión, Fundamentos, Interpretación, aseguradoras no registradas, seguros de responsabilidad civil con cláusula 'Claims made', Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

ABSTRACT. The present work tries to explain the fundamentals of the supervision of the insurance system and then passes a review to the functioning of the supervisor in Peru in a critical way, but always in a constructive way.

KEY WORDS. Supervision, Fundamentals, Interpretation, unregistered insurers, liability insurance with clause 'Claims made', Superintendence of Banking, Insurance and AFP ..

1 Abogado, cursó el Magíster en Derecho de la Integración y el de Derecho Constitucional, es Master of Business Administration (MBA) por el College of Insurance (hoy Saint John's University) de Nueva York, graduado en Lingüística y Literatura, además de en Filosofía, en que también cursó el Magíster.

Es fundador y Director Ejecutivo del 'Observatorio de cumplimiento de planes de gobierno', profesor universitario, árbitro y conferencista internacional. Es autor del libro 'Los secretos de los seguros' y publica habitualmente en revistas jurídicas y en los principales diarios de Lima. Asimismo, fue Presidente y fundador de la 'Asociación Peruana de Derecho de Seguros', Capítulo de AIDA en el Perú, actualmente es miembro del Consejo de la Presidencia de AIDA mundial y también del CILA y es director de varias entidades del sistema asegurador.

1. Fundamentos de la supervisión de los seguros

En opinión del extinto profesor J. Efrén Ossa el fundamento político legal del control del Estado se impone sobre la actividad aseguradora debido a la importancia que tiene en el ámbito económico financiero de cada país. Reviste varias modalidades según el colombiano. Como veremos, algunas corresponden a su tiempo, pero ya no se aplican más en el nuestro.

- a) Control técnico. Debe vigilar la determinación y aplicación de tarifas, para que debidamente calculadas, sean adecuadas a las eventuales responsabilidades del asegurador. A partir de la liberalización del mercado de seguros este control ya no se hace. Las tarifas son libres y el resultado de su aplicación puede verse en los estados financieros.
- b) Control financiero. Que debe proveer la debida evaluación de reservas, pero también a la fidelidad de los estados financieros y su prudente inversión.
- c) Control jurídico. Dirigido a la preservación de la normativa que rige la actividad aseguradora, pero también en sus relaciones contractuales con los asegurados. Esto ha cambiado y ahora los condicionados son libres, pero deben estar registrados en la SBS, la que no se da tiempo para hacer una verdadera auditoría de los textos, además de que no tiene a su equipo con la preparación suficiente para hacerlo
- d) Control contable. Velar por la más estricta fidelidad de las cuentas de la empresa.
- e) Control político económico. Era un control encauzado a proteger el seguro nacional contra el seguro extranjero y proveer el seguro estatal. También

desapareció con la liberalización del mercado. En la actualidad cada aseguradora busca su propio reaseguro, aunque todavía no funcionan oficialmente las aseguradoras no registradas como en otros países.

Las compañías de seguros no solamente son supervisadas durante su constitución, sino que también a lo largo de toda su vida jurídica, incluida su eventual liquidación, porque administran fondos del público (intereses y derechos de los asegurados). Según Efrén Ossa el Estado tiene como objetivo la preservación de la estabilidad de los seguros como engranaje al servicio de la comunidad asegurada y el orden social.

Lo expuesto en el punto anterior explica y justifica la supervisión del sistema de seguros por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP en el Perú (y en todo el mundo) que está establecida en nuestra Carta Constitucional (Art. 87), ya que el dinero con que se pagan las pérdidas o siniestros de los miembros que aportan a una determinada bolsa común es en realidad de todos ellos y la compañía de seguros sólo lo administra. Al final, es la razón por la que la misma entidad supervisa la operación de los bancos, financieras y administradoras de fondos de pensiones (AFP) que también administran fondos del público que en ese caso son los ahorros y similares y sirven para financiar a los clientes que lo requieran o para pagar las pensiones de quienes se jubilen. Así lo recoge el artículo 345 de la Ley 26702 General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que dice que el objetivo de esta entidad es proteger los intereses del público en los sistemas financiero y de seguros.

El problema es que el primer párrafo del artículo 87° de la Constitución está redactado usando la palabra 'ahorros' que hace alusión a los bancos y AFP y no a los seguros. Quizá sería mejor reemplazarla por 'fondos del público', por lo menos en la segunda frase. El

segundo párrafo aclara la confusión cuando dice 'de las demás que reciben depósitos del público', aunque en estricto las primas no lo son. También en este caso convendría cambiar 'que reciben fondos del público', por 'administran fondos del público'. El texto vigente a la letra dice:

Art. 87°. El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y AFP por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.

Esta supervisión que puede incomodar a las empresas supervisadas es necesaria para salvaguardar el riesgo de eventuales malos manejos e incluso que se tomen excesivos riesgos en su administración. Tampoco es que sea patrimonio de nuestro país, ya que la supervisión de todas esas operaciones se da en todas partes del mundo y es producto de la experiencia. Muchas veces, como vimos recientemente en la crisis financiera del 2008, se ha burlado el control o éste se ha hecho muy laxo, de tal manera que el público ha resultado perdiendo su dinero. Sorprendentemente, podemos encontrar personas que sostienen que esa crisis fue producto del exceso de regulación. Son los que pretenden convertir

al mercado en un dios capaz de solucionarlo todo.

Apartir de lo antes expuesto es que tenemos que delimitar las capacidades de las aseguradoras y su forma de funcionamiento que ha sido deformado por la estructura legal en que ha devenido su organización. La mayor parte de las aseguradoras y muchas de las que en la actualidad son de las más importantes (por ejemplo Prudential, Metropolitan, etc.) en los Estados Unidos empezaron y se desarrollaron como mutuales, pero con el tiempo algunas se han convertido en sociedades por acciones que como todos sabemos buscan maximizar el lucro en vez de servir los intereses de los asegurados, verdaderos propietarios de los grandes capitales que administran.

2. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) en el Perú

Aun cuando la SBS está llamada a ser la defensora de los asegurados, ya que como he explicado cumple el encargo constitucional de supervisar, porque las aseguradoras administran fondos del público asegurado, mi experiencia muestra que su Plataforma de atención al usuario (PAU) ha sido más decorativa que efectiva. La SBS casi nunca sanciona a las compañías de seguros. En general, coordina con éstas y las exculpa con mucha facilidad, es más siempre está tratando de hacerlo. No tengo noticias de casos en que la PAU haya dado la razón al asegurado y haya sancionado a la aseguradora, pero quizá exista alguno excepcional que se escapa a mi conocimiento. Por lo general, corre traslado del reclamo y le resulta suficiente la respuesta de la aseguradora, aunque muchas veces sea ridícula. En buena parte se debe a la enorme ignorancia que hay sobre el tema de seguros en la entidad supervisora y a la tremenda influencia de las compañías en ésta.

Recuerdo un caso en que un Banco denunció a una aseguradora porque había nombrado a un ajustador que no estaba registrado en la SBS, ésta corrió traslado de la denuncia.

La respuesta de la compañía decía que el ajustador en realidad había sido sólo su asesor –a pesar de que había comunicaciones al corredor del Banco indicando expresamente que lo nombraba ajustador–, y la SBS determinó que como se había aclarado que era sólo su asesor no correspondía la sanción. Por desgracia, casos como el que describo son conocidos por muchos abogados que prefiriendo no enfrentarse a la SBS han optado por hacer las denuncias ante el INDECOPI.

Para explicar mis dudas, quizá certezas, respecto del comportamiento poco técnico de la SBS en el tema de seguros, que he manifestado en más de una oportunidad. Paso a mencionar algunos de los muchos ejemplos que permiten dudar de su imparcialidad:

- a) El entonces Superintendente –poco después de que se promulgara la Ley 29946 del contrato de seguro (LCS)– frente a los reclamos de las aseguradoras, que hubieran preferido que nunca se promulgara, declaró públicamente que todo lo arreglaría con el reglamento. Esta afirmación motivó que el congresista Javier Bedoya le cursara un oficio haciéndole notar que no se puede modificar una ley mediante una disposición legal de rango inferior.
- b) Sin embargo, la SBS, actuando inconstitucionalmente, se dio el lujo de modificar la ley mediante uno de sus reglamentos (Resolución 3202-2013) y cuando la norma decía que en caso de siniestro el ajustador sería nombrado de mutuo acuerdo entre asegurado y asegurador, el reglamento (Art. 5) señaló que tendría que hacerse a partir de una terna fijada por el asegurador. En pocas palabras derogó el mutuo acuerdo para decir que éste se limitaba al grupo de ajustadores seleccionados por la compañía, los que viven aterrados de que los saquen de la terna y no tengan trabajo. Esto es vergonzoso y el Congreso debería exigir a la SBS una corrección de la norma.

- c) El Dr. Luis Meza visitó con el entonces Gerente General de APECOSE al Superintendente y le hizo notar mostrándole ejemplos específicos, en presencia de la Dra. Mila Guillén, Superintendente Adjunto de Asesoría Jurídica, que se seguían emitiendo pólizas que infringían las normas legales, incluso las anteriores a la LCS. Sin embargo, esas pólizas siguieron circulando.
- d) La LCS (Art. 27) estableció que la SBS debería fijar las condiciones mínimas para los seguros personales, obligatorios y masivos y la SBS (Resolución 3199-2013) señaló que esas condiciones mínimas (condicionado de la póliza) eran los requisitos mínimos del Art. 26, como el nombre, la suma asegurada, etc.
- e) La SBS se lavó las manos respecto de la cobertura de las preexistencias en los seguros médicos establecida en el artículo 118 de la LCS y no ha defendido a los asegurados como constitucionalmente le correspondía. En la práctica tuvo que ser reemplazada por INDECOPI, que incluso se enfrentó a una de las aseguradoras más grandes.
- f) La SBS informó favorablemente al Congreso para la aprobación de la ley 29549 por la que se hizo imposible que los jubilados y cesantes continuaran con sus pólizas de vida ley.
- g) La SBS apoyo públicamente y mediante un oficio el Proyecto N° 4635/2014-CR de diciembre de 2014 presentado por el congresista Juan Carlos Eguren que acogía la posición de APESEG de excluir a los ‘grandes riesgos’ de la cobertura de la LCS a pesar de que era lesivo para la mayor parte de las empresas aseguradas.
- h) La SBS que mediante el artículo 4 de su Resolución 3199-2013 (Reglamento de Transparencia de información y contratación de seguros) había prohibido el cobro de los derechos de emisión, ante las presiones de las

aseguradoras, retrocedió en su intento y actualmente se sigue haciendo de manera encubierta, además de que contra toda lógica es un porcentaje de la prima y no un monto fijo, como en otros países.

- i) La Tercera disposición complementaria de la Resolución SBS N° 7044-2013 dice que no se aplica a las pólizas integralmente negociadas entre las partes, cuando la LCS dice que se aplica a todas. Otra modificación mediante norma de rango inferior.
- j) La misma Resolución SBS N° 7044-2013 suspendió hasta 2016 la adecuación de las pólizas a la LCS que entró en vigencia en mayo del 2013.
- k) Conforme a la Cuarta Disposición Complementaria de la LCS la SBS debería, (Art. 345 de la Ley 26702), promover la protección de los intereses de los usuarios no consumidores o usuarios en el sistema de seguros) a través de mecanismos legales de defensa del asegurado. ¿Sabían que hizo? Señaló que quienes quisieran crearlos podían hacerlo.

Otra ejemplo que muestra la conducta de la SBS, fueron los reglamentos de la ley del contrato de seguro que fueron pre-publicados a en abril de 2013 en su portal institucional. Se trataba de 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 atenciones:

- 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 (Artículo 3°) que también se aplica a quienes tienen cobertura de EPS, cuando la Ley lo hace expresamente (Art. 118). ¿Cuál fue 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.

De otro lado, la SBS ha creado un problema con el artículo 11 la indicada Resolución SBS

3198 de 24 de mayo del 2013 (ratificado por el Oficio 50010-2015-SBS del 31 de diciembre de 2015 que respondió una consulta de APESEG) derivada de una lectura caprichosa del artículo 21 de la LCS. Veamos el detalle:

Artículos 21, 22 y 23 de la LCS

El artículo 21 de la LCS a la letra dice:

Artículo 21. Suspensión de la cobertura por incumplimiento de pago

El incumplimiento de pago establecido en el Convenio de Pago origina la suspensión automática de la cobertura del seguro una vez transcurridos treinta (30) días desde la fecha de vencimiento de la obligación, siempre y cuando no se haya convenido un plazo adicional para el pago. Para tal efecto, el asegurador deberá comunicar de manera cierta al asegurado a través de los medios y en la dirección previamente acordada, el incumplimiento del pago de la prima y sus consecuencias, así como indicar el plazo de que dispone para pagar antes de la suspensión de la cobertura del seguro. El asegurador no es responsable por los siniestros ocurridos durante el periodo en que la cobertura se mantiene suspendida.

La suspensión de cobertura no es aplicable en los casos en que el contratante ha pagado, proporcionalmente, una prima igual o mayor al periodo corrido del contrato.

Si el asegurador no reclama el pago de la prima dentro de los noventa (90) días siguientes al vencimiento del plazo, se entiende que el contrato queda extinguido.

De una lectura sistemática del artículo 21 podemos concluir que:

1. La suspensión automática de cobertura que funcionaba antes de que entrara en vigencia la LCS por el sólo hecho de atrasarse en el pago requiere ahora de dos elementos:
 - a) Que transcurran 30 días desde la fecha de vencimiento de la obligación (convenio de pago) o de una eventual

extensión.

- b) La comunicación cierta de la compañía al contratante/ asegurado por el medio y a la dirección previamente acordados en el que fija una plazo a partir del cual se suspende la cobertura.
2. Una vez que opera la suspensión de cobertura el asegurador deja de ser responsable de los siniestros que ocurran desde esa fecha.
 3. La suspensión de cobertura no opera si el asegurado ha pagado proporcionalmente la prima correspondiente al período transcurrido. Obviamente, esta regla opera en todos los casos y la compañía la deberá tener siempre presente.
 4. El contrato se extingue si el asegurador no reclama el pago después de 90 días de vencido el plazo. Este párrafo busca evitar que las compañías cobren primas posteriores al último plazo de pago que otorgaron al asegurado. En consecuencia, este plazo debió ser entendido como el fijado en el primer párrafo del artículo 21.

Sin embargo, el artículo 11 la Resolución SBS 3198 de 24 de mayo del 2013 (ratificado por el Oficio 50010-2015-SBS del 31 de diciembre de 2015 que respondió una consulta de APESEG) a la letra dice:

Artículo 11°.- Extinción del contrato

Si la empresa no reclama el pago de la prima dentro de los noventa (90) días siguientes al vencimiento del plazo, se entiende que el contrato queda extinguido y tiene derecho al cobro de la prima devengada. Para dichos efectos, dicho plazo corresponderá al de vencimiento de pago de prima, establecido en el contrato y en el convenio de pago.

Se entiende por reclamo del pago de primas, el inicio de un proceso judicial o arbitral de cobranza de pago de primas, por parte de la empresa.

La SBS, una vez más, se permitió un acto inconstitucional ya que interpretó el tercer párrafo del artículo 21 contra el espíritu de la ley, de manera no sistemática, antojadiza y arbitraria, ya que va contra el resto del artículo que exige que el asegurador comunique la falta de pago al asegurado en todos los casos para dejar sin efecto la póliza. Este Reglamento permite que la compañía pueda escaparse por la puerta falsa y tenga por extinguido el contrato sin que medie ninguna comunicación cierta. Lamentablemente, existe la resolución final de INDECOPI 07682016/ CC1 aplicando este reglamento y va a ser necesario un pronunciamiento judicial (o incluso del Tribunal Constitucional) que mediante el control difuso tenga por inconstitucional semejante interpretación.

El artículo 22 (Rehabilitación) se refiere a los casos en que efectivamente operó la suspensión de cobertura por haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el artículo precedente (21). Entonces el asegurado puede rehabilitar la póliza mientras la compañía no haya resuelto el contrato mediante una comunicación cierta.

El artículo 23 es el que expresamente regula la resolución del contrato por falta de pago e indica que si cuando esté suspendida la cobertura de acuerdo a lo establecido por el artículo 21, el asegurador puede optar por la resolución del contrato que surte efecto después de 30 días contados desde que el contratante recibió la comunicación.

Desgraciadamente, la SBS –usando la figura jurídica de la extinción, diferente de la resolución– ha permitido que toda esta normatividad que pretende que las aseguradoras comuniquen de manera cierta al asegurado antes de que la cobertura quede sin efecto, ya que si pasan 90 días del vencimiento del pago de la prima establecido en el contrato o en el convenio de pago, opera una extinción automática, cuando la clara intención del artículo 21 de la LCS era que ese plazo corriera a partir de la fecha fijada por el asegurador en su comunicación cierta.

De una lectura sistemática de lo antes expuesto y de lo establecido en el inciso a) del artículo II (Máxima buena fe) y la Tercera Regla de interpretación del artículo IV de la LCS no puede interpretarse, en mi opinión, como lo ha hecho la SBS que el último párrafo del artículo 21 permite la extinción del contrato luego de transcurridos 90 días contados desde la fecha de pago. Es bastante obvio, de la lectura de la norma, que lo que ésta pretende es que la aseguradora comunique al contratante/ asegurado de manera cierta antes de que opere una suspensión de cobertura y sería una contradicción de la ley que en el último párrafo del mismo artículo que lo establece permitiera la extinción sin que previamente se hubiera comunicado al asegurado de su falta.

La interpretación correcta es, como ya he señalado, que el plazo del tercer párrafo del artículo 21 opera a partir del vencimiento del que dio la compañía al contratante/ asegurado mediante comunicación cierta y pretende evitar la acumulación de primas atrasadas por cobrar por parte de las aseguradoras. Sin embargo, será necesaria una decisión judicial/ constitucional que deje sin efecto la interpretación abusiva perpetrada por la SBS.

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

A continuación detallo algunos de los problemas adicionales a los ya comentados que presenta esta Resolución publicada el 26-05-2013.

- i. La primera atingencia es el plazo para el aviso de los siniestros en seguros patrimoniales que resulta demasiado breve (3 días). Debería ser de 7 como, por ejemplo, ocurre en España y lo propuso la propia SBS al Congreso cuando le pidió opinión antes de la aprobación de la LCS. En los seguros de automóviles el plazo máximo más adecuado hubiera sido 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.

- ii. La segunda y más importante es que si la Ley (artículo 75) dice que el ajustador debe ser designado de común acuerdo entre las partes, mal puede el reglamento (Art. 5) modificar la norma estableciendo que tal designación debe hacerse a partir de la terna propuesta por el asegurador. Semejante alteración 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 esto no ocurriera, ambas propongan ternas y se escoja al que coincida en las dos. En caso contrario, debería haberse procedido a un sorteo, como se propuso.
- iii. En el ámbito de los artículos 6° y 7° debió incluirse que las aseguradoras no pueden excluir de sus listas a ningún ajustador registrado ante la SBS, según su especialidad, sino por razones debidamente fundamentadas, ya que en la actualidad pueden condicionar a los ajustadores su permanencia en la lista y cuentan con un elemento de presión que no favorece la independencia de estos profesionales. Lo primero que debería haberse establecido en el artículo 8° es que las partes, asegurador y asegurado –con la asesoría de su bróker– pueden pactar para el ajuste del siniestro un plazo mayor al establecido en el artículo 74° de la LCS, ya que éste lo permite (quinto párrafo).
- iv. De otro lado, en los artículos 9° y 12° se ha evitado establecer un plazo para que la SBS resuelva la solicitud de extensión del plazo para la liquidación de un siniestro. Todos tienen un término, pero no el ente supervisor. Asimismo,

el artículo 10° debió establecer una severa sanción (cancelación de registro) para el ajustador que entregue informes previos a alguna de las partes. Es sabido en el mercado que a pesar de existir la prohibición de hacerlo, con bastante frecuencia, no se cumple.

- v. La idea de imponer terminología desde el Supervisor difícilmente funciona. La expresión ‘solicitud de cobertura’ usada en el artículo 4° y siguientes, no es la más feliz ni corresponde a los usos y costumbres del mercado. Primero, porque fácilmente se puede confundir con la solicitud de cobertura de seguro que presenta el tomador antes de la emisión de la póliza y segundo porque el que se usa y corresponde es el de ‘reclamación’ o ‘reclamo’ que es también el que se usa en el mercado internacional.
- vi. Finalmente, no hay explicación a que se haya incluido en esta resolución las modificaciones al Reglamento de Intermediarios y Auxiliares de Seguros. Lo técnico y razonable era hacerlo de manera independiente.
 - 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.

3. Los seguros 'Claims made' en la legislación peruana

Los seguros de responsabilidad civil 'claims made' o que tienen cobertura basada en la fecha de la reclamación nacieron en los Estados Unidos entre 1960 y 1970, esencialmente, por dos razones. La primera era que la póliza basada en la ocurrencia creaba un problema contable en las aseguradoras cuyas reservas para la atención de los reclamos resultaban muchas veces insuficientes cuando los juicios terminaban varios años después. La segunda era también que las sumas aseguradas contratadas por las empresas aseguradas también resultaban insuficientes cuando los jueces dictaban sentencia.

La cobertura de las pólizas de responsabilidad civil era hasta ese entonces casi exclusivamente de lo que conocemos como 'por ocurrencia'. Así tenemos que si una fábrica derramaba en el río una sustancia nociva cabía la posibilidad de cubrir (dependiendo de lo que estableciera la póliza), cuando esto ocurría o en la fecha en que algunas personas se enfermaban al beber esa agua. Por lo general, la cobertura se pactaba con lo último es decir por la ocurrencia del hecho dañoso.

Por las razones expuestas es que empezaron a usarse las pólizas 'Claims made' que es como se conocen incluso en español y hoy en día muchas coberturas de responsabilidad civil (D&O, Profesional, etc.) se venden exclusivamente bajo esta modalidad.

La póliza 'Claims made' cubre siempre que el reclamo haya sido presentado durante su vigencia. Lo que cuenta es el día en que el asegurado recibe el reclamo que presenta la parte afectada. Por eso es que cuando una empresa contrata por primera vez una póliza o cambia de una póliza por ocurrencia a una de 'Claims made' se suele fijar una fecha de retroactividad para la ocurrencia del hecho dañoso.

Nuestra Ley 29946 del contrato de seguro (LCS) tiene una pequeña sección dedicada al seguro de responsabilidad civil (artículos 105 al 108) en el que por error del Congreso de la República no se incorpora expresamente la cobertura 'Claims made', pero tampoco se la prohíbe.

La Superintendencia de banca, seguros y AFP (SBS) en su oficio 36805 de 16 de octubre de 2018 (no vinculante) en que respondía a la consulta de un estudio de abogados, pero que circuló por todo el mercado asegurador, atemorizándolo, concluyó equivocadamente que nuestra LCS prohibía las pólizas 'Claims made' a partir de que la LCS no permite expresamente estas cláusulas y que el artículo I establece el carácter imperativo de la norma. Esta afirmación la concordaba con los artículos IV (nulidad de cláusulas contrarias a la ley), 87 (Siniestro continuado) y 78 (Prescripción) para concluir que de emitirse una póliza con cláusula 'Claims made' sería nula.

La SBS demostró un limitado conocimiento del negocio de seguros y se olvidó de algunos conceptos básicos de la interpretación. A continuación desarrollo el tema con más amplitud.

Verdad, seguridad jurídica, objetividad y neutralidad son conceptos claves de la

hermenéutica jurídica tradicional. De otro lado, interpretar la norma jurídica y conocer la voluntad del legislador, fue durante varios siglos el ideal y/o el objetivo de ésta. Sin embargo, después de las propuestas de Hart y de Kelsen y ante la crisis de éstas por no recuperar la materialización del Derecho, se fue gestando una nueva hermenéutica jurídica que rechaza toda propuesta positivista y enfrenta el reto de integrar aspectos que durante mucho tiempo fueron considerados como aspectos no científicos del Derecho como son:

- a) La subjetividad del creador y del intérprete de la norma jurídica.
- b) El contexto histórico, político, económico y social.
- c) La consideración de argumentos racionales y no deductivos.

Principios de hermenéutica jurídica

Interpretar la ley es fijar su sentido y alcance, para lo cual existen unas normas generales de hermenéutica que son aplicables siempre que la norma que se pretenda interpretar no sea objeto de ley interpretativa.

Algunos de estos principios son bastante conocidos: la ley posterior prevalece sobre la ley anterior; la ley especial debe aplicarse con prelación a la ley de carácter general; “dentro de la equidad natural y la doctrina, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes”; para interpretar las expresiones oscuras de la ley, puede recurrirse a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento, etc.

El intérprete puede regirse por normas de interpretación como las siguientes:

- a) Cuando las palabras de la ley hayan sido expresamente definidas para ciertas materias por el legislador, se les dará en ésta su significado legal.
- b) Cuando sobre la forma de interpretación no haya norma expresa en la misma ley o en otra nueva ley, es menester recurrir a los principios generales consagrados en la Constitución y en la ley. Subsidiariamente, podrá acudir a la jurisprudencia y la doctrina que se vaya formando en torno a la ley.
- c) Cuando se trate de fijar el sentido de cada una de las partes de una ley, su contexto servirá para ilustrarlas, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.
- d) Cuando no pudieren aplicarse los principios y reglas de hermenéutica, los pasajes oscuros o contradictorios se interpretarán del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Herramientas usadas en la interpretación

Según Hesse “a los principios de la interpretación constitucional les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema”.¹ Considero que podemos hacer extensiva esta visión a la interpretación jurídica en general.

Entre los principios que interesan al tema *sub discussio* están los siguientes:

El principio de la unidad

Bajo este principio, es necesario que las normas sean situadas en el conjunto en que se encuentran. No pueden ser interpretadas aislada o individualmente. Se puede afirmar,

1 Hesse, Konrad. La interpretación constitucional. En: Escritos de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. Pág. 224

que las normas deben ser interpretadas de modo que no haya contradicciones con las otras normas. La pretensión de algunos de leer un artículo o un párrafo sin tener en cuenta los otros es un buen ejemplo de cómo olvidar este principio.

El principio de coherencia normativa

Es parte de la concepción sistemática del orden jurídico, que considera al Derecho como un sistema, como un conjunto de partes interrelacionadas que se rigen por los mismos principios. Si entendemos el Derecho como un sistema, las normas que lo integran concuerdan entre ellas. En el caso de que esto no ocurriera, el agente debe tratar de compatibilizarlas y si no es posible tendrá que escoger una, sobre las conocidas bases de jerarquía, de la primacía de la ley posterior sobre la anterior o de la especial sobre la general. Este principio ha sido reiteradamente mencionado por nuestro Tribunal Constitucional. Así ha afirmado:

...puede señalarse que la normatividad sistémica del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas.²

El principio de concordancia práctica

El principio de la unidad exige una labor de “optimación”, nos dice Hesse.³ Se hace necesario establecer los límites de ambos bienes, a fin de que alcancen una efectividad óptima. En cada caso concreto La fijación de límites debe responder al principio de

proporcionalidad. No debe ir más allá de lo que indispensable para la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos.

Hay quien ha considerado este principio, como equivalente a la interpretación sistemática.⁴

El criterio de la corrección funcional

El órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones que le han sido encomendadas; no debiendo modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de su interpretación. Por otro lado, está grandemente vinculado con la doctrina del *self restraint*.

Principio de eficacia integradora

Este principio busca la coherencia interpretativa, no sólo de la ley, sino de la Constitución y la ley con la sociedad. Se trata de concordar las normas que contienen principios y reglas similares y a su vez ésta con la realidad.

Los criterios de interpretación

Para Marcial Rubio “los criterios de interpretación... son aproximaciones generales al manejo de las disposiciones constitucionales”⁵. En su libro ‘El sistema jurídico’. Introducción al Derecho,⁶ ha desarrollado cinco criterios de interpretación, que a continuación resumimos:

A. Técnico

a) La literalidad.- significado lingüístico

2 Sentencia en Exp. 0005-2003-AI/TC del 3/11/2003

3 Hesse, Konrad. Obra citada. Pág. 225

4 Rubio Correa, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2005. Pág. 114.

5 Rubio Correa, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2005. Pág. 69.

6 Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2004. Pág. 258 y ss.

con las precisiones y significados especiales que ciertas palabras asumen en el derecho en contraste con su significado común.

- b) La *ratio legis* de la norma es su razón de ser, pero extraída del texto mismo de la norma. Es un significado transliteral.
 - c) Los antecedentes jurídicos.- información previa a la existencia de la norma. Por qué dice lo que dice y cuál fue la intención al decirlo.
 - d) La sistemática.- análisis del sentido de la norma en función de los grupos, subconjuntos y conjuntos a que pertenece.
- B. La dogmática.- conjunto de conceptos que subyacen a las normas jurídicas, armonizándolas y dándoles sentido. Como democracia, familia, deber, etc.

En ninguno de los conceptos descritos existen contenidos extra-jurídicos (éticos, sociales, políticos, etc.).

- C. Axiológico.- el intérprete trata de adecuar el resultado a su escala de valores. Lo justo sobre lo injusto, la libertad sobre lo que la constriña, etc.
- D. Teleológico.- el intérprete busca una finalidad predeterminada en la aplicación de la norma jurídica. Supone que se ha establecido previamente los objetivos a lograr mediante la interpretación del Derecho o le ha sido impuesta por la autoridad.
- E. Sociológico.- trata de adecuar la aplicación de la norma a la realidad social en que se aplica. Intervienen, en consecuencia, en la interpretación, por ejemplo las costumbres y concepciones del mundo de los grupos normados. El sustento de este criterio —dice Marcial Rubio— es que el Derecho

es un instrumento en una sociedad, es parte de ésta y de ninguna manera independiente. Es especialmente útil en sociedades pluriculturales como la peruana.

El intérprete asume siempre una posición axiomática de interpretación constituida por una combinación ponderada de los criterios reseñados.

A continuación desarrolla lo que ha denominado métodos de interpretación, que coinciden básicamente con la formulación de Savigny, con algunos agregados:

- a) Literal.- recurre a la gramática y al diccionario y se apega a la letra de la ley. Casi nunca es suficiente. Hay casos de interpretación contra el sentido literal, especialmente en Derecho Constitucional.
- b) *Ratio legis* o de la intención de la ley.- en este caso se trata de encontrar el fin de la norma e para usarlo como elemento de interpretación. Resulta ser la aplicación del criterio teleológico.
- c) Sistemático.- Como la interpretación literal es por lo general insuficiente, es lógico usar éste, ya que una norma es parte de un sistema y debe ser comprendida dentro de él. Según Rubio Correa hay dos clases: “por comparación con otras y por ubicación de la norma”.⁷
- d) Histórica.- Consiste en analizar los antecedentes de las normas con la finalidad de encontrar su sentido presente.
- e) Sociológico.- Este es un criterio moderno en base al cual cuando se trata de legislar debemos hacerlo desde y para nuestra realidad. En consecuencia, en la interpretación

7 Ibidem

debe tenerse presente esto.

Los criterios axiológico y teleológico no tienen métodos que los sirvan expresamente —según Rubio Correa—⁸ como los otros, lo que les es propio es la integración jurídica de la que junto con los apotegmas jurídicos nos ocupamos a continuación.

La integración jurídica

Consiste en la creación de normas dentro del proceso mismo de aplicación del Derecho, no mediante procedimientos legislativos, y se realiza a través de las analogías y del argumento a contrario (contrario sensu)⁹. En cada caso, existe normatividad que no es aplicable a la situación de hecho que existe en la realidad, pero que tiene supuestos similares a ésta. El efecto consiste en que el agente que aplica el Derecho traslada los efectos previstos por éste a la situación de la realidad, semejante, pero no prevista en los supuestos existentes.

Los apotegmas jurídicos

Son reglas de buen pensar acumuladas en el Derecho a lo largo de su historia, en su inmensa mayoría no consignadas en el Derecho positivo, pero ampliamente aceptadas para regular situaciones específicas. Son ayudas tópicas —es decir de razonabilidad— para resolver problemas de aplicación del Derecho.

Algunos ejemplos son:

- a) “ley posterior deroga ley anterior” (primacía de la norma posterior del mismo rango)
- b) “ley especial deroga ley general” (primacía de la ley especial del mismo

rango).

- c) “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”; mientras que la ciudadanía se rige por: “aquello que no está prohibido, está permitido”

Aún cuando hay quienes consideran a los señalados como métodos de interpretación, concordando con la doctrina que entiende como único el método jurídico¹⁰, pienso que en realidad son criterios o formas de interpretar y que como se desprende de la propia idea de Savigny, se usan en conjunto y casi nunca individualmente.

El Tribunal Constitucional ha comentado el sentido y la finalidad de la interpretación, como sigue:

25. En suma, la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución es aquella “que adecua, armoniza la ley a la Constitución (previamente interpretada, se entiende), escogiendo aquella (o sea, la norma) que evita cualquier o contradicción entre ley y Constitución. El efecto de semejante interpretaciones, obviamente, el de conservar la validez de la ley que, de otra forma, habría sido declarada inconstitucional” [GUASTINI, Ricardo. “la ‘constituzionalizzazione’ dell’ordinamento”. En Tecla Mazzaresse (ed.). *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Ciappichelli, 2002].

26. Por cierto, la aplicación de esta técnica de interpretación tiene sus límites. Uno de ellos, que se extiende a cualquier otro criterio de interpretación, es el texto expreso de la disposición a interpretar. Sólo cabe realizar una interpretación compatible con la Constitución cuando del enunciado

8 Ibidem

9 El *contrario sensu* consiste en una doble inversión de la norma o de un principio jurídico, para desechar como no jurídico todo lo que sea distinto de lo que ésta o éste mandan.

10 García Belaunde, Domingo. *La interpretación constitucional como problema*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador). *Interpretación Constitucional*. Porrúa-UNAM. México 2005. Pág. 605.

lingüístico, esto es, de la disposición de una fuente formal de derecho, resulte razonable inferir aquel sentido interpretativo constitucionalmente admisible, y no al revés.¹¹

El Tribunal Constitucional ha desarrollado —según el propio Rubio Correa¹²— seis criterios de interpretación: sistemático, institucional, social, teleológico, la teoría de los derechos innominados y la de los derechos y de los principios implícitos. Creo que como los de Hesse, estos también son aplicables a la interpretación en general. Veamos a continuación cada uno en detalle:

Interpretación sistemática

Como ya hemos señalado ésta supone que la Constitución es un sistema normativo, cuyos componentes se auto relacionan según ciertos principios de tal manera que se puede encontrar respuesta dentro del propio sistema, integrando las partes y aplicando los principios. La interpretación sistemática trata de mirar íntegramente la Constitución y dar respuestas, no desde un texto específico, sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales.

Interpretación Institucional

Para el Tribunal, está muy vinculada con la interpretación sistemática del acápite anterior, aunque lo que agrega, podría decirse es, que no solo se interrelacionan las normas entre sí, sino también las instituciones constitucionales. Veamos el texto:

“5. La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar

a la persona humana como el prius ético del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.”

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma Manuel García Pelayo, “lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto” (GARCÍA PELAYO, M. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En la obra colectiva. Estudios sobre la Constitución española de 1978, a cargo de M. Ramirez, Zaragoza, 1979, p. 79).¹³

Interpretación social

El Tribunal Constitucional ha fundamentado la denominada interpretación social de la Constitución de la manera siguiente:

...a los clásicos criterios de interpretación, deben sumarse aquellos que permitan concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados político-económicos de la Carta. Por ello la pertinencia en proceder, por una parte, a una interpretación institucional de sus cláusulas y, por otra, a una social.¹⁴

La finalidad de la interpretación social es, precisamente, aplicar de la mejor manera posible dichos postulados político sociales contenidos en las normas ‘principio’. Esto

11 Sentencia en el Exp. 0017-2003-AI/TC de 16/03/2004

12 Rubio Correa, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2005. Pág. 70.

13 Sentencia en Exp. 0008-2003-AI/TC de 11/11/2003

14 Ibidem

implica vincular las normas previstas en la Carta con la realidad.

Por otro lado el Tribunal ha enfatizado en que la 'interpretación social' permite cumplir con los derechos económico-sociales.

Por su parte, la interpretación social permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. Es menester recordar que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados a actuar de manera individual y conjunta para alcanzar la efectividad de los derechos que dicho texto reconoce.¹⁵

Interpretación teleológica

El Tribunal Constitucional ha dicho sobre este tipo de interpretación que

"[...] la aplicación e interpretación de las normas constitucionales no debe realizarse aisladamente sino debe efectuarse aisladamente sino debe efectuarse de manera [...] teológica".¹⁶

En otro caso, el Tribunal ha señalado que:

Tanto el derecho de petición como aquellos otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de

la organización política y jurídica. En ese orden de ideas, permiten la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1º del referido texto que concibe a la persona humana como "el fin supremo de la sociedad y del Estado". De este modo, la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica.¹⁷

Resulta entonces que la garantía de la vigencia de los derechos humanos o constitucionales debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica, es decir, como perteneciente a sus propios fines esenciales.

Teoría de los derechos innominados

A partir del artículo 3º de la Constitución el Tribunal Constitucional ha establecido que en ésta hay derechos innominados y que conocerlos es importante para la interpretación en su conjunto. Sobre esa base, dice el Tribunal:

[...] el artículo 3º de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los "derechos innominados", allí expuesta y sustentada.

Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716) no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65º de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en

15 Ibidem

16 Sentencia en el Exp. 0273-93-AA/TC de 08/01/1998

17 Sentencia en el Exp. 1042-2002-AI/TC de 04/07/2003

derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.¹⁸

De aquí resulta que, a partir de la norma abierta del artículo 3 de la Constitución, pueden ingresar como derechos fundamentales reconocidos detalladamente en la ley especificaciones a los derechos globalmente enumerados en la Constitución: y el caso del artículo 65° que protege al consumidor puede ser el caso.

Teoría de los derechos y de los principios implícitos

El Tribunal Constitucional ha establecido que, en muchos derechos desarrollados en términos generales por la Constitución, se hallan implícitos otros que son consecuencia de los primeros y que, en consecuencia, merecen reconocimiento constitucional. En realidad no hay una diferencia clara y definitiva entre los derechos implícitos y los innominados. El Tribunal ha utilizado ambas expresiones y, es posible que en el futuro los una o los diferencie según su parecer.

Relación entre criterios y principios

La relación entre criterios y principios, como se desprende de lo antes expuesto es muy cercana y en algunos casos prácticamente equivalente. Lo que se puede decir es que los criterios de interpretación devienen de los principios.

El criterio jurídico habría resultado de la aplicación de los principios pre-existentes. Sin embargo, esto no es del todo válido, ya que muchos de los principios son de creación muy reciente, como también algunos de llamados métodos, aunque el origen de estos últimos se remonta, como hemos visto, a la primera mitad del siglo XIX. Empero, stricto sensu, los principios en general, devienen de los principios generales, con la atingencia de que el relativamente reciente desarrollo del Derecho, ha motivado la 'creación' de varios

nuevos principios.

Los principios que hemos revisado son los que están directamente relacionados con el criterio sistemático. Así tenemos que el principio de la unidad, de coherencia normativa, de concordancia práctica y el de eficacia integradora, son enunciados muy cercanos al del criterio o método sistemático. Un principio que es necesario tener siempre presente en todos los casos de interpretación, sea sistemática, histórica o teleológica es el principio de razonabilidad, que junto con el de proporcionalidad son elementos fundamentales en cualquier análisis jurídico.

Conclusiones y comentarios

Resulta bastante obvio que para emitir su oficio 36805 la SBS no tuvo en cuenta toda la teoría hermenéutica moderna y que sólo hace mención a una supuesta 'opción del legislador' por sólo el sistema de cobertura por ocurrencia que deriva de una mala lectura de la norma. El criterio teleológico de interpretación nunca se usó.

Aún cuando sea el ente supervisor del mercado de seguros peruano la SBS no puede ignorar la realidad y las tendencias del mercado mundial del cual estamos lejos de ser el 1%. Entonces, suponer que su interpretación puede oponerse a cómo funciona el mercado, sólo puede tener justificación en la ignorancia y en una sensación de poder que no corresponde a la realidad. Si hubiera llegado a triunfar la interpretación de la SBS lo que hubiera pasado es que las pólizas de responsabilidad civil con cláusula 'Claims made' hubieran sido contratadas en el extranjero. ¿Es eso lo que la SBS pretendía?

¿Se percató la SBS de la que significaría para el mercado que estuvieran prohibidas las cláusulas 'Claims made'? Evidentemente no y eso una vez más muestra el enorme desconocimiento del negocio que tiene el ente regulador. Ni siquiera se dio cuenta

18 Sentencia en el Exp. 0008-2003-AI/TC de 11/11/2003

que la prohibición que pretendía aplicar dejaba a la propia SBS y a muchas entidades gubernamentales, además de las empresas privadas, sin póliza de D&O. En otras palabras se olvidó que su principal función es proteger a los asegurados y que el artículo 65 es parte integrante de la Constitución y puede ser considerado como uno de los derechos innominados, y como resultado de su interpretación creó un problema que luego fue obligada a corregir. Sin duda, nunca había oído hablar del método de interpretación sociológico, tampoco del histórico, ni los antecedentes jurídicos. En el Perú se vienen emitiendo pólizas con cláusula 'Claims made' hace décadas.

La industria aseguradora, la Constitución y la Ley del contrato de seguro

El sistema de seguros es supervisado por mandato constitucional conforme al artículo 87 de esta Carta en razón de que administra fondos del público. Se podría decir entonces que el Derecho de seguros tiene un componente de Derecho Público que no puede ser vulnerado y esa es la razón de que exista una LCS y otras normas que tienen que ser cumplidas más allá de lo que consignan las partes en el contrato o póliza de seguro.

Además, hay que tener presente el artículo 65 de la misma Constitución que 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).

Carácter imperativo de la ley

El artículo I de la LCS establece que la norma se aplica a todas las clases de seguros y tiene carácter imperativo, salvo que admita expresamente lo contrario. Sin embargo, agrega, "**se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más favorables para el asegurado**", lo que hace eco de lo establecido por el mencionado artículo 65 de la carta constitucional.

La SBS en el oficio indicado consideraba que lo antes mencionado implicaba que las partes pueden acordar cualquier cosa que no contravenga lo establecido en las normas imperativas de la LCS, pues en ese supuesto, en aplicación de la segunda regla interpretativa del art. IV, serían nulas y reemplazadas de pleno derecho, por las disposiciones de la Ley.

En mi opinión, no es posible considerar que se estaría contraviniendo alguna norma imperativa. La ley tendría que decir que no pueden contratarse pólizas con cláusulas 'Claims made' o que las únicas posibles son las 'por ocurrencia' y no es así. En otras palabras la prohibición tendría que ser expresa, ya que de lo contrario se aplica el principio de legalidad establecido en el artículo 2, numeral 24 a. de la Constitución) –también, como hemos visto, un apotegma jurídico– que a la letra dice: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe".

En cuanto a los artículos de la LCS citados por la SBS tenemos el 78 que establece el plazo de prescripción y dice:

Artículo 78. Término

Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de diez años desde que ocurrió el siniestro.

Cabría discutirse desde cuando se inicia el cómputo de la prescripción en los seguros de RC con cláusula 'Claims made', pero eso dependerá de lo que se entienda por siniestro en el caso específico. Sin embargo, es claro que la SBS confundió el plazo que tiene el tercero afectado de reclamar al asegurado con el de prescripción que tiene el asegurado para reclamar a su asegurador.

Asimismo, parece también haber confundido el plazo que tiene el asegurado para presentar un reclamo conforme a lo establecido en la póliza de seguro con el de prescripción para iniciar una acción legal. Como es obvio son cosas muy diferentes. Cuando se contrata por primera vez un seguro de responsabilidad civil

con cláusula 'Claims made', usualmente, se establece un plazo de retroactividad, dentro del que tiene que ocurrir el hecho dañoso, dejándose la vigencia para la presentación del reclamo. Una vez que se ha hecho las continuas renovaciones permiten mantenerse cubierto sin mayores problemas. El plazo de prescripción es el fijado por la ley para demandar a la compañía aseguradora cuando se niega a pagar un reclamo. No hay manera de que con esta modalidad de aseguramiento se acorte el plazo de prescripción que sólo puede fijar la ley.

El 87 –que explica lo que es un siniestro continuado– a la letra dice:

Artículo 87. Siniestro continuado

En los seguros de daños patrimoniales, si el siniestro cubierto por la póliza se inicia durante la vigencia de la cobertura del seguro y continúa después de expirada ésta, el asegurador responderá por todas las pérdidas y daños causados.

Por el contrario, si el siniestro se inicia antes y continúa después del inicio de la cobertura, el asegurador no será responsable del mismo, salvo pacto en contrario y siempre que las partes no tengan conocimiento de la ocurrencia del siniestro.

Este artículo establece que el siniestro tiene que ocurrir durante la vigencia, es más tiene que iniciarse durante ésta, ya que si esto se produce antes o después de la vigencia no hay cobertura, salvo pacto en contrario.

Ya dentro de la sección dedicada a Responsabilidad civil (RC) tenemos el artículo 105 que textualmente dice:

Artículo 105. Alcances

El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado de cuanto éste debe pagar a un tercero, en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho dañoso acaecido en el plazo

convenido.

Este artículo define lo que es un seguro de responsabilidad civil sin excluir a ninguna de las modalidades existentes. En los seguros de RC con cláusula 'Claims made', como ya he indicado, siempre se fija un plazo dentro del que tiene que ocurrir el hecho dañoso (usualmente anterior a la fecha de inicio de vigencia cuando se contrata por primera vez) para que exista cobertura. Esto está expresamente permitido por el artículo 3 de la LCS (concuera con el Art. 219 inciso 3 del Código Civil y el 797 del Código de Comercio de 1902)¹⁹, condicionado a que las partes no lo conozcan, como ocurría con frecuencia en los seguros marítimos cuando los naufragios eran conocidos mucho después o tenían que ser asumidos.

Quizá el mejor argumento para defender la primera posición de la SBS sea el artículo 109 que dice:

Artículo 109. Siniestro

Existe siniestro en el seguro de responsabilidad civil cuando surge la deuda de responsabilidad para el asegurado.

Sin embargo, es importante hacer notar que el texto no dice que no se pueda pactar de otra manera y al final también depende de cómo se defina siniestro en la póliza. Teniendo en cuenta lo que dice este artículo sería conveniente no definirlo como la fecha de presentación del reclamo, sino que esta última constituya un requisito para la cobertura.

En las cláusulas 'Claims made' se cubre el siniestro si la reclamación ha sido presentada a la aseguradora por el asegurado dentro de la vigencia, sin que esto le quite que ésta derive de la ocurrencia del hecho dañoso de donde nace la obligación del asegurado de indemnizar. En realidad, es una diferente forma de cubrir lo mismo y el artículo 109 no prohíbe pactar la cobertura por la presentación

19 También lo recogía el artículo 6 de la Marine Insurance Act de 1906.

del reclamo. Asimismo, cabe preguntarse: ¿cuándo surge la deuda de responsabilidad para el asegurado? Y la respuesta correcta para efecto de la póliza de RC es cuando un juez así lo determine o el mismo lo reconozca en una transacción, porque lo que se cubre es el detrimento de su patrimonio al tener que indemnizar a un tercero, como puede colegirse del artículo 105 de la LCS. Es importante tener presente que no todos los daños que se ocasionan son indemnizables como los que son resultado del ejercicio regular de un derecho, producto de la vida cotidiana (contaminación acústica, visual o las externalidades negativas resultado del tráfico vehicular, etc.).

Usando los métodos de interpretación teleológico y sociológico, conviene ahora recordar lo subrayado en el artículo I: “**se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más favorables para el asegurado**”. En otras palabras, si consideramos que las partes no pueden pactar, se estaría contraviniendo el artículo 65 de la Constitución al afectar los intereses del asegurado (consumidor o usuario) que se vería afectado porque no tendría acceso a este sistema de aseguramiento.

Además, si analizamos el texto a partir de la *ratio legis* o intención del legislador e insistimos en el método teleológico de interpretación veremos que sería absurdo que la norma pretendiera limitar las posibilidades del asegurado e ir contra las corrientes modernas del seguro de responsabilidad civil, para lo que también podríamos estar hablando de una interpretación axiológica.

Poniéndonos ya en el caso de que efectivamente se puede pactar cláusulas ‘Claims made’, aunque hay autores que consideran que este tipo de póliza afecta al asegurado, considero que el único favorecido es él quien de otra manera se hubiera visto seriamente afectado. En realidad, como hemos explicado, es sólo una forma diferente de cobertura que tiene por principal objeto evitar problemas contables en las aseguradoras.

Como era de esperar las compañías de seguro protestaron airadamente y la SBS tuvo que ceder y pre-publicó una resolución desdiciéndose, ya que le demostraron que estaba equivocada. Lo increíble es la fundamentación del indicado proyecto de resolución en el que se si bien se recoge primero la obligación del supervisor de proteger los intereses del público (Art. 345 de la Ley 26702 del Sistema Financiero), se pone énfasis en el derecho constitucional a la libre contratación suponiéndose de manera errónea que las pólizas de responsabilidad civil con cláusula ‘Claims made’ son negociadas íntegramente entre las partes, cuando todos sabemos que eso es falso.

Esas cláusulas están pre-redactadas y registradas ante la SBS. Bastaba el primer fundamento y la necesidad de los asegurados de contar con ese tipo de cobertura para reconocer su error y permitir la mencionada cláusula. En pocas palabras, un mal intento de concordar el Oficio 36805 con la nueva resolución. Cuando uno se equivoca lo reconoce aunque sea la SBS.

Así podría seguir enumerando *ad infinitum*. La SBS no está cumpliendo a cabalidad su función en el sector seguros y el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República debería fiscalizarla periódicamente. Es una labor que también les corresponde a los medios en especial a los especializados.

4. Las aseguradoras no registradas

Recuerdo que hace más de treinta años –mientras cursaba mi MBA y practicaba en el Departamento Internacional de Suscripción (Underwriting) de Cigna– me sorprendió comprobar que en Nueva York las aseguradoras y reaseguradoras extranjeras no registradas en el Estado podían libremente vender seguros sin ninguna restricción.

Su única obligación era informar que, efectivamente, no estaban registradas y entonces el cliente podía tomar su decisión comprándoles o no y asumiendo un cierto nivel

de riesgo, ya que no estaban supervisadas por el Departamento de Seguros del Estado. Como es obvio, estas aseguradoras estaban supervisadas, como en todo el mundo, por la entidad competente de sus respectivos países, muchas veces tan o más eficiente que el neoyorquino que es uno de los más exigentes en los Estados Unidos. También se daba el caso de aseguradoras domiciliadas en paraísos fiscales cuya supervisión no era la ideal; pero todo esto lo sabía el cliente y tomaba su decisión y asumía los riesgos inherentes al caso.

En nuestro país, las personas y empresas pueden comprar seguros en el extranjero²⁰ (una concesión que tuvo que hacer a principio de los noventa el gobierno de Fujimori al Banco Interamericano de Desarrollo durante la negociaciones para la re inserción en la comunidad internacional), pero está prohibido²¹ venderlos, lo que es a todas luces absurdo, pero la Internet y el uso de algunos artilugios legales hace que algunas aseguradoras extranjeras vendan seguros, sobre todo de vida, en el Perú lo que afecta a las compañías locales en la colocación de los suyos en especial en los sectores A y B

. ¿Por qué hay personas que compran seguros a empresas no registradas en la SBS? Por la sencilla razón de que son más baratos y las aseguradoras extranjeras como es de esperar están supervisadas –muchas veces con más eficiencia que aquí– en sus propios países, en Estados Unidos la mayoría.

Muchos recordarán que nuestro país vivió muchos años protegiendo su ‘industria’ con altas tasas de impuestos a la importación, pero cuando llegó la moda neoliberal y se bajaron los aranceles la mayor parte de nuestra pseudo-industria tuvo que cerrar y la que subsistió se vio obligada a competir con la extranjera. Desde entonces podemos decir que nuestra industria (la sobreviviente y la

que se constituyó después) es verdadera y real y no un grupo de ‘fábricas’ que importaba las piezas y armaba automóviles, televisores, entre otros y los vendía mucho más caros que en el mercado internacional. Sin embargo, la ‘protección’ ha continuado con nuestra industria aseguradora y todavía no permitimos que compita libremente con la extranjera. ¿Por qué?

La mayor parte de ejecutivos y accionistas de nuestras compañías de seguros son defensores del libre mercado, pero como suele ocurrir en otros casos los principios se acaban cuando se afecta el bolsillo. Las razones que se arguyen son las de proteger al asegurado de compañías que les vendan productos que más adelante no puedan honrar, pero esa es la misma lógica que se aplica cuando el Estado regula la compra de comida chatarra tan criticada por el sector neoliberal.

Como ya indiqué una persona o empresa que compre un seguro a una compañía extranjera tendría que ser informado de los riesgos que asume y no creo que sea necesario que el Estado la obligue a comprar en el mercado peruano. Creo que ha llegado la hora de dejar de proteger a nuestra industria aseguradora y que ésta enfrente la competencia que tienen los otros negocios. Las consecuencias serán similares a las que tuvo la baja de aranceles y subsistirán las compañías de seguros que hagan su trabajo profesional y eficientemente y las otras tendrán que liquidarse.

La globalización tendría que alcanzar a todos los sectores y una industria aseguradora competitiva sólo favorecerá a los usuarios, como ha ocurrido en los otros negocios en que no sólo hay otros productos que antes no se conseguían, sino que son de mejor calidad y menor costo.

5. La supervisión en un mundo globalizado

20 Ley 26702 del Sistema Financiero, Artículo 10.

21 Ibidem, Art. 11.

Como una muestra la evolución y las tendencias globalizantes en la supervisión de la actividad aseguradora, a continuación enunciamos algunas características de un convenio celebrado entre la Unión Europea (UE) y los Estados Unidos. Se trata de un acuerdo sobre la actividad de las entidades de seguros y reaseguros que eliminó los requisitos “colaterales” en el país norteamericano para grupos europeos y limitará la supervisión estadounidense sobre ellos, y viceversa²². El acuerdo, que empezó a negociarse en febrero de 2016 concierne a la supervisión de las operaciones de las aseguradoras activas en los países comunitarios y Estados Unidos, los requisitos para los grupos de reaseguros y el intercambio de información entre supervisores, según informó la Comisión Europea.

El acuerdo “asegurará la robustez de la protección de los usuarios de seguros y proporcionará mayor certidumbre para las aseguradoras y reaseguradoras tanto en Estados Unidos como en la UE”, rezaba el comunicado conjunto. Se afirmó que el acuerdo es una “solución ganadora” para ambas partes y mostraba que sus reguladores “pueden conseguir soluciones mutuamente beneficiosas a través de una cooperación internacional reforzada”.

El acuerdo prevé que tanto Estados Unidos como la UE supriman las exigencias de colateral y de presencia física que exigen para las operaciones transfronterizas a los grupos de la otra parte que operan en sus respectivos territorios.

Este punto era especialmente importante para la UE, ya que según la Comisión Europea las reaseguradoras europeas tienen aproximadamente 40.000 millones de dólares (37.592 millones de euros) en “colateral” en Estados Unidos y asumen unos costes de oportunidad equivalentes a 400 millones de

dólares (casi 376 millones de euros).

Por otra, incluye una modificación del actual sistema de supervisión de las aseguradoras que operan a nivel mundial, de forma que la vigilancia de la actividad del grupo en su conjunto estará principalmente en manos de los supervisores de su lugar de origen, aunque con ciertas salvaguardas.

Esto significa que “los reguladores estadounidenses tendrán primacía sobre las aseguradoras de Estados Unidos y la UE conserva la primacía sobre las compañías de la UE”, explicaba el comunicado de Bruselas y Washington.

Se incluyeron, sin embargo, ciertos límites en los que es posible la supervisión fuera de la jurisdicción de origen en materia de solvencia y requisitos de capital, obligación de información y gobernanza. Los supervisores podrán pedir y obtener información sobre las actividades globales de las compañías en otras jurisdicciones cuando crean que son importantes para los asegurados de su país o puedan afectar a la estabilidad financiera.

En la práctica, esto supone que los grupos europeos estarán sometidos a una menor supervisión por parte Washington, y viceversa. La idea es que para las operaciones globales de las aseguradoras no se solapen los requisitos de supervisión, un punto que tenía especial interés Estados Unidos.

También se acordaron unos principios generales que deberían regir el intercambio de información entre los supervisores a ambos lados del Atlántico, al tiempo que se ha elaborado un borrador del documento que deberían utilizar para ello. Esta parte del acuerdo, al contrario de las relativas a reaseguros y supervisión, no es vinculante.

La Autoridad Europea de Seguros y

22 <https://www.inese.es/noticias/ue-y-estados-unidos-sellan-un-acuerdo-sobre-requisitos-y-supervision-de-aseguradoras#.WHzki1PhDIV>

Pensiones de Jubilación (EIOPA) valoró este acuerdo como un paso adicional “en la exitosa cooperación entre los supervisores de seguros de la UE y Estados Unidos para fortalecer la certeza reglamentaria y generar oportunidades para las compañías que operan a ambos lados del Atlántico a fin de beneficiar a los consumidores”.

A partir de lo expuesto considero que podemos concluir que la supervisión en el mundo globalizado tenderá a hacerse en el país de constitución de la aseguradora o en el que tenga su oficina principal, pero podrá operar en cualquier parte del mundo. El proceso abarcará primero a los países desarrollados e irá incluyendo a los otros así como sus entidades supervisoras funcionen eficientemente.

* * * *