

ALGUNOS APUNTES PRÁCTICOS SOBRE DERECHO DE SEGUROS EN EL PERÚ - PRIMERA ENTREGA

SOME PRACTICAL NOTES OF INSURANCE LAW IN PERU - FIRST SUBMISSION

Rafael Corzo de la Colina*
Miranda & Amado Abogados
Eduardo Wiese Bazo**
Miranda & Amado Abogados

In this article, the authors attempt to provide a practical review of insurance law in Peru. For that purpose, they use the experience gathered in their years working in this area and allow themselves to go deeper and give their opinion on premiums, the 'big risks', the capacity of the companies of the Insurance System to post bonds, among others.

The authors intend this text to serve as a practical guide for those involved in insurance law.

KEYWORDS: *Insurance; reinsurance; LCS; general law; insurance contract; premiums.*

En el presente artículo, los autores intentan dar un repaso práctico sobre el derecho de seguros en el Perú. Para ello, usan la experiencia recolectada en sus años laborando en esta área y se permiten profundizar y opinar sobre las primas, los 'grandes riesgos', la capacidad de las empresas del Sistema de Seguros para emitir fianzas, entre otros.

Los autores pretenden que este texto sirva de guía práctica para quienes se dedican al derecho de seguros.

PALABRAS CLAVE: *Seguro; reaseguro; LCS; Ley General; contrato de seguro; prima.*

* Abogado. Socio del Área Financiera y de Seguros de Miranda & Amado Abogados. Contacto: rcorzo@mafirma.com.pe

** Abogado. Consejero del Área Financiera y de Seguros de Miranda & Amado Abogados. Contacto: ewiese@mafirma.com.pe

Los autores queremos agradecer de manera especial a Antonella Tirado y a María Fernanda Lazo por el gran apoyo y contribución académica que ha permitido que esta 'primera entrega' de nuestro artículo sea una realidad.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 28 de agosto de 2023, y aceptado por el mismo el 28 de septiembre de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando surgió la oportunidad de escribir un artículo en esta edición de THĒMIS y decidimos tratar algún tema específico en materia de Derecho de Seguros (rama del Derecho a la que nos dedicamos en la práctica), surgieron una serie de ideas y materias, así como de enfoques y formas en los que podríamos tratar y desarrollar este tipo de asuntos especializados, respecto de los cuales se ha escrito muy poco en el Perú.

Luego de discutirlo internamente y asumiendo el riesgo de no publicar un artículo de corte teórico y doctrinario (como usualmente se presentan en este tipo de revistas jurídicas), es que optamos por tratar en esta oportunidad no solo uno, sino varios temas vinculados con el Derecho de Seguros y, además, decidimos darle una visión y enfoque bastante práctico al artículo, así como que su contenido pueda ser de utilidad e interés para los abogados, intermediarios de seguros y demás profesionales especializados que se dedican a la actividad de los seguros y reaseguros en el Perú.

Además, como estamos tratando solamente algunos de los temas que hemos podido conocer de manera concreta, en la práctica, y sobre los que hemos investigado y fijado una posición (para absolver consultas ‘de la vida real’), es que nos hemos animado a proponer, en el título de este artículo, la posibilidad de que el mismo constituya una ‘primera entrega’ de algunas más que podríamos escribir en el futuro, esperando que, en caso logremos el objetivo (ambicioso, pero retador), podamos ser invitados, en el futuro, a escribir las siguientes entregas, en las que nos podremos referir a otras materias vinculadas al Derecho de Seguros que han quedado en el tintero por diversas razones (especialmente por limitaciones en la extensión de este artículo y el tiempo máximo de entrega).

Hecha esta precisión (como una ‘cuestión previa’, como dicen los abogados de disputas), vamos a presentar, de manera general, cuáles son las materias sobre Derecho de Seguros en el Perú (que contienen nuestros ‘apuntes prácticos’) que desarrollaremos en esta ‘primera entrega’ para esta edición de THĒMIS-Revista de Derecho:

- Vamos a tratar, en primer lugar, sobre los efectos del incumplimiento en el pago de primas (como contraprestación esencial en

un contrato de seguro) conforme a la Ley del Contrato de Seguro (en adelante, LCS)¹, razón por la que nos vamos a referir a tres instituciones vinculadas, como son: (i) la suspensión de la cobertura; (ii) la extinción del contrato de seguros; y, finalmente, (iii) la resolución del contrato de seguro. Dentro de ello, vamos a referirnos, de manera general, también a determinadas disposiciones regulatorias que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs (en adelante, SBS) ha emitido sobre esta materia.

- Hace algunos años tuvimos la oportunidad escribir sobre el tratamiento de los denominados ‘grandes riesgos’ de acuerdo a la LCS (vigente en el Perú desde el año 2013) y, sinceramente, no pensamos que nuestro artículo pudiese generar y ‘provocar’ tanta discusión de parte de algún sector de especialistas y personas reconocidas en el mundo del Derecho de Seguros en el Perú (y, por lo que ha sido indicado, a nivel internacional). En esta parte del presente artículo pretendemos desarrollar, explicado en sencillo y de manera objetiva, nuestra posición sobre la regulación de los grandes riesgos en el Perú, así como dejar planteadas varias ideas generales y sustento para un siguiente artículo que estamos preparando de manera específica sobre esta materia y aclarar lo que no haya quedado claro sobre nuestra posición académica y sin ningún tipo de interés o ‘desconocimiento’, como se ha pretendido sostener.
- La tercera materia a la que nos vamos a referir en esta ‘primera entrega’ se refiere a nuestra posición respecto a si es que, desde la perspectiva de la legislación peruana vigente, todos los ‘Seguros Obligatorios’ (esto es, aquellos seguros y coberturas con las que deben contar los distintos agentes económicos para cumplir una exigencia legal o regulatoria vigente en el Perú) deben ser contratados necesariamente y, valga la redundancia, de manera obligatoria con empresas que forman parte del Sistema de Seguros en el Perú.
- Aunque no ha sido tradicionalmente (a diferencia de lo que sucede, en la práctica, en otras jurisdicciones) una actividad propia de la industria de seguros en el Perú, la Ley Ge-

¹ Aprobada mediante la Ley 29946 de fecha 26 de noviembre de 2012.

neral del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (en adelante, Ley General)² permite que las empresas del Sistema de Seguros, que cuenten con una autorización complementaria expedida por la SBS, puedan ‘emitir fianzas’. En esta sección vamos a referirnos a distintos aspectos y diferencias importantes que este tipo de operaciones tiene en comparación con esta actividad que ha sido desarrollado usualmente en nuestro país por las empresas del Sistema Financiero.

- Finalmente, vamos a tratar sobre el régimen legal que resulta aplicable a los contratos de reaseguros, que constituyen contratos especializados y estandarizados (muchos de ellos) que son celebrados por las empresas del Sistema de Seguros peruano con empresas de reaseguros, que pueden encontrarse domiciliadas en el exterior. En algunas ocasiones (a diferencia de lo que sostiene alguna parte de la doctrina peruana experta en el tema), los contratos de reaseguro se someten a legislación y jurisdicciones extranjeras y no a la peruana³. Sin perjuicio de ello, a partir de una interesante consulta que tuvimos la oportunidad de absolver, un contrato de reaseguro relevante fue sometido a la legislación peruana y se discutió mucho sobre cuál es el marco legal que resultaba aplicable a este contrato. Incluso, pudimos conocer que un par de firmas de abogados con experiencia en estas materias han opinado que resultaban aplicables los dos artículos contenidos en la LCS sobre los ‘contratos de reaseguro’ y, luego de ello, en forma inmediata y de manera supletoria, las disposiciones en materia de contrato de locación de servicios contenidas en el Código Civil peruano (posición con la que discrepamos, como desarrollaremos posteriormente en este artículo).

Esperamos lograr el objetivo que nos hemos planteado al decidir preparar este artículo para esta edición de THĒMIS, así como haber elegido (entre los distintos asuntos y materias vinculados al Derecho de Seguros que revisamos) aquellos que pudiesen ser de utilidad e interés para el lector, así como que podamos tratarlos desde una perspecti-

va práctica. Ya sabremos si es que podrán existir, a futuro, más ‘entregas’ sobre esta interesante rama del Derecho (como es nuestro deseo e intención) o si nuestra idea quedará, simplemente, como la ‘primera y única entrega’. El tiempo nos lo dirá. Nosotros estaremos aquí.

II. EFECTOS DE INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE PRIMAS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO: SUSPENSIÓN DE COBERTURA, EXTINCIÓN O RESOLUCIÓN

Como lo hemos mencionado en la parte introductoria, en esta sección analizaremos y revisaremos el tratamiento y el régimen regulatorio que resulta aplicable a los efectos del incumplimiento en el pago de primas, esta última, como contraprestación principal y esencial en un contrato de seguro sujeto a ley peruana, conforme a la LCS. En ese sentido, centraremos nuestro análisis y revisión a las siguientes tres instituciones vinculadas al incumplimiento de pago de prima: (i) la suspensión de la cobertura de la póliza de seguro; (ii) la extinción del contrato de seguro; y, finalmente, (iii) la resolución del contrato de seguro.

Ahora bien, en la primera sección haremos mención de la regulación anterior de dichas tres instituciones contenidas en la Ley General y otras disposiciones reglamentarias de la SBS, que tenían un tratamiento regulatorio distinto respecto de dichas figuras, lo cual, juntamente con una redacción poco clara de la LCS, ocasiona una confusión tanto en las empresas de seguros como en los asegurados al momento de ocasionarse una falta de pago de la respectiva prima pactada entre dichas partes. Luego, en la segunda sección, analizaremos la actual regulación de estas instituciones que, por cierto, son esenciales en la relación aseguradora-asegurado, bajo la normativa aplicable y cómo deberían aplicarse en un escenario general.

A. De la Ley General y sus modificaciones

De forma anterior a la publicación de la LCS, la regulación sobre los efectos de incumplimiento del pago de prima se encontraba en los artículos 329 y 330⁴ de la Ley General y en el Reglamento del Pago de Primas de Pólizas de Seguro, que fue aprobado mediante la Resolución SBS 225-2006⁵ (el ‘Regla-

² Aprobada mediante la Ley 26702 de fecha 6 de diciembre de 1996 y las distintas normas modificatorias y derogatorias que se han aprobado hasta el momento.

³ Como es el caso, por ejemplo, de la legislación y competencia jurisdiccional de Inglaterra y de Gales o, en todo caso, la vigente y aplicable del Estado de Nueva York.

⁴ Cuyo texto fue derogado por la Décimo Tercera Disposición Complementaria Final y Modificatoria de la LCS.

⁵ Reglamento dejado sin efecto por la Resolución SBS 3198-2013, que aprobó el Reglamento del Pago de Primas de Pólizas de Seguros que se encuentra vigente en este momento.

mento de Pago de Primas Derogado'), régimen normativo que a la fecha se encuentra derogado. De acuerdo con dicha regulación, el incumplimiento de pago de la prima del seguro, según lo acordado en el convenio de pago pactado entre la aseguradora y el asegurado, ocasionaba la suspensión **inmediata** de la cobertura del contrato de seguro. Así, el contrato se encontraría suspendido hasta el momento en que el asegurado realizase el pago de la prima adeudada. En este lapso (desde la suspensión de la cobertura hasta el pago de la prima), la empresa de seguros no era responsable por los siniestros que pudieran ocurrir. Nos explicamos.

El régimen regulatorio derogado disponía una suspensión **inmediata y automática** de la cobertura de seguros por el solo hecho de verificarse una falta de pago de la prima convenida, es decir, ninguna de las partes tenía que remitir alguna comunicación o realizar algún acto para la suspensión procediera desde una perspectiva legal.

Con respecto a la resolución de los contratos de seguros, la LCS y el Reglamento de Pago de Primas Derogado regulaban que, en caso la cobertura del seguro se encontrase en **suspenso** como consecuencia del incumplimiento en el pago de primas, las empresas de seguros podían optar por **resolver** el contrato de seguros. Para proceder con la resolución la empresa de seguros debía remitir, como regla general, una comunicación escrita al contratante y/o al asegurado indicando su decisión de resolver el respectivo contrato debido al no pago de la prima convenida (y la suspensión de la cobertura).

No obstante, si la póliza de seguros contenía una cláusula de resolución automática por incumplimiento de pago, el contrato de seguro quedaba resuelto de manera automática por el solo hecho de verificarse el incumplimiento del pago de la prima. Esta resolución era efectiva a partir de la fecha en que se produjo la mora en el pago de la prima convenida.

El tratamiento regulatorio explicado en los párrafos anteriores, como hemos mencionado, fue sustituido por la LCS, publicada el 27 noviembre 2012, y el Reglamento del Pago de Primas de Pólizas de Seguro, que ha sido aprobado por la Resolución SBS 3198-2013, publicada con fecha 26 de mayo de 2013 (el 'Reglamento de Pago de Primas'), normas que regulan de forma distinta la suspensión, la extinción y la resolución de la cobertura y de los contratos de seguros por falta de pago de primas convenidas. Según nuestra experiencia, las empresas de seguros o algunos asegurados razonables tienen en mente la regulación anterior de dichas figuras, desconociendo cómo

es el tratamiento actual para efectos de proteger sus respectivos derechos.

B. Regulación actual de la suspensión de cobertura, resolución y extinción del contrato de seguro

1. Perspectiva de la regulación actual contenida en la LCS

De forma previa a analizar cada una de las figuras en cuestión, debemos indicar que el cambio en el sentido y alcances de la regulación peruana sobre los contratos de seguros bajo la LCS gira en torno a poner al asegurado como un sujeto y centro especial de protección (Zegarra, 2017). Así, por ejemplo y como referencia, los artículos I y II de la LCS parten de la premisa que el asegurado merece una especial protección, razón por la que se ha incluido el principio interpretativo 'pro asegurado' que resulta aplicable actualmente al contrato de seguro en el Perú.

Dicha protección reforzada fue reflejada en todo el régimen regulatorio que resulta aplicable a los contratos de seguros incluidos en la LCS, lo que ha incluido también a la regulación actual de los supuestos de suspensión, extinción y resolución derivados del incumplimiento de pago de las primas, razón por la que, como lo veremos más adelante, se regulan, por ejemplo, plazos de comunicación, deberes de información de la empresa de seguros al asegurado, entre otros aspectos que recogen este régimen de protección de los asegurados en el Perú.

2. De la suspensión de cobertura por falta de pago de la prima

La suspensión de cobertura del seguro por incumplimiento en el pago de las primas convenidas se encuentra regulada en el artículo 21 de la LCS, actualmente vigente. En virtud de dicho artículo, el legislador peruano optó por una solución **parcialmente** distinta al régimen anterior.

Ahora bien, en base a la normativa actual, el incumplimiento de pago de la respectiva prima original, de acuerdo con el texto expreso del artículo 21 de la LCS, la supuesta suspensión 'automática' de la cobertura. No obstante, y de forma contradictoria, esta suspensión ocurre recién luego de transcurrido un plazo de treinta días calendario de vencida la obligación de pago de la prima (fecha desde que la prima convenida resulta exigible legal o contractualmente). En ese sentido, se incluye un plazo para que la suspensión de la cobertura proceda en caso de incumplimiento de pago de la prima, lo cual implica que la suspensión en realidad

no sea automática, conforme lo regulaba el régimen normativo anterior.

En consecuencia, la normativa vigente acepta y regula un supuesto de suspensión 'automática' de la cobertura del seguro por falta de pago de las primas, pero luego de (i) transcurrido un plazo determinado desde el incumplimiento y (ii) cursada una comunicación al asegurado cumpliendo con ciertas formalidades y requisitos (fecha de vencimiento del pago de la prima, plazo máximo para el pago de la prima antes de la suspensión e indicar las consecuencias de mantener impaga la prima⁶). Estos requisitos previos exigidos por la LCS deben cumplirse de forma obligatoria pues, de lo contrario, la cobertura no quedará suspendida. Reiteramos, en realidad, **la suspensión prevista en el artículo 21 de la LCS no resulta ser, ni operar de manera automática.**

La regulación sobre la suspensión de la cobertura del seguro por incumplimiento de pago de la prima pactada también ha sido prevista en el artículo 7 del Reglamento de Pago de Primas. Dicho artículo precisó que la comunicación que deberá ser cursada por la empresa de seguros al asegurado en un supuesto de incumplimiento de pago de la prima debe ser remitida 'de manera cierta' a través de los medios y en la dirección previamente acordada entre las partes, añadiendo así requisitos que antes no eran aplicables en aras de 'proteger' al asegurado.

3. Resolución del contrato de seguro por falta de pago

El artículo 23 de la LCS regula la resolución del contrato de seguro por falta de pago de prima. Dicha resolución procede cuando la cobertura del seguro se encuentra en **suspense** como consecuencia del incumplimiento de pago en las primas (es decir, por aplicación de lo señalado en el artículo 21 de la LCS). En ese sentido, al estar en suspense la cobertura del seguro (y habiéndose seguido el procedimiento requerido para ello que ya hemos explicado), la aseguradora podrá optar, si lo considera pertinente, por resolver el contrato de seguro. Cabe tener en cuenta que, para resolver el contrato de seguro, dicha empresa deberá enviar una comunicación por escrito al contratante (no al asegurado, salvo que también tenga calidad de contratante) informándole sobre su decisión.

A partir de la recepción por el contratante de la comunicación escrita de la empresa de seguros infor-

mándole sobre su decisión de resolver el contrato de seguro, deberá transcurrir un plazo de treinta días calendarios para que, una vez cumplido este plazo, se considere que el contrato de seguro ha quedado resuelto. Es desde ese momento en el que recién las partes quedan efectivamente desvinculadas desde una perspectiva contractual.

La resolución contractual anteriormente referida también ha sido recogida por los artículos 9 y 10 del Reglamento de Pago de Primas, los cuales disponen que la comunicación de resolución debe señalar de manera obligatoria la fecha de suspensión de la cobertura y, además, precisar que en el plazo de treinta días calendarios contados a partir del día en que el contratante reciba la comunicación indicada con anterioridad, se considerará resuelto el contrato de seguro. De forma adicional, estos artículos establecen que la decisión resolutoria que sea comunicada al contratante determina la imposibilidad de que se produzca la rehabilitación de la cobertura del respectivo contrato de seguro.

4. Extinción del contrato de seguro

La extinción del contrato de seguro se encuentra regulada en el último párrafo del artículo 21 de la LCS. Así, dicho artículo indica que si la empresa de seguros no reclama el pago de la prima dentro de los noventa días calendarios siguientes al vencimiento del plazo⁷, se entiende que el contrato de seguro quedará extinguido. Consideramos que esta redacción debe ser interpretada conjuntamente y de manera sistemática con el artículo 11 del Reglamento de Pago de Primas, norma, por cierto, de carácter específico. Este artículo establece en **forma expresa** que la fecha a la que hace referencia la parte final del artículo 21 de la LCS es la que corresponde a la **fecha de vencimiento de pago de la prima**, establecido en el contrato de seguro o, de ser el caso, en el respectivo convenio de pago pactado entre las partes.

En esa línea, si el contratante del seguro no ha pagado la prima y la empresa de seguros no ha reclamado o requerido el pago de dicha prima, **vencido el plazo de noventa días calendarios computado a partir del vencimiento de la fecha de pago de prima, este contrato quedará extinguido.** Un aspecto importante a tener en cuenta es que **la extinción**, a diferencia de la figura de la resolución del contrato de seguro a la que nos hemos referido en la sección anterior, **procede aún cuando, en aplicación del artículo 21 de la LCS, no se haya suspendido la cobertura del seguro.**

⁶ Véase al artículo 8 del Reglamento de Pago de Primas.

⁷ Referido a la fecha de vencimiento de la obligación del pago de la prima.

Por tanto, de una interpretación conjunta de las figuras analizadas en el presente artículo, en tanto **no** se extinga el contrato de seguro, y siempre que la cobertura **no** se haya suspendido o el contrato de seguro **no** hubiese sido resuelto, **la mora en el pago de la prima no libera a la empresa de seguros de cubrir los siniestros que ocurran durante ese lapso**. Según lo indicado por la SBS en el Oficio 25590-2022-SBS⁸ de fecha 22 de junio de 2022, una vez extinguido el contrato, persiste la obligación de pago del asegurado respecto de la prima por el periodo durante el cual la aseguradora otorgó la cobertura, es decir, el plazo anterior a los noventa días referido.

Por otro lado, nos parece interesante lo que ha sido resuelto en el mismo sentido por la Defensoría del Asegurado⁹ (en adelante, DEFASEG) en su Resolución 129/2019 de fecha 28 de octubre de 2019, en el sentido que “la extinción demanda únicamente **una inacción de las partes** dentro de cierto plazo, esto es, 90 días que se computan **desde el día siguiente a la fecha en que venció el plazo para el pago de la prima**, sea estipulado en el propio contrato o mediante un convenio de pago” [el énfasis es nuestro]. Este criterio ha sido adoptado en otras resoluciones que han sido emitidas por la DEFASEG y es el que, desde nuestro punto de vista, consideramos que interpreta de forma adecuada lo regulado en la LCS y en el Reglamento de Pago de Primas para la verificación del supuesto de extinción del contrato de seguro por falta de pago de la prima.

Como un supuesto adicional, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI¹⁰ ha establecido y resuelto que, si la empresa de seguros opta por no resolver el contrato de seguros por mora en el pago de las primas, “[...] **solo deberá esperar a que se cumpla el plazo de noventa (90) días luego de la fecha de vencimiento de pago de la prima, sin encontrarse obligada a comunicar al asegurado sobre dicho incumplimiento y de la consecuente suspensión**” [el énfasis es nuestro], opinando, así, de la misma forma que DEFASEG.

C. Conclusiones

En el presente artículo, teniendo en cuenta diversas consultas que hemos revisado de aseguradoras, hemos analizado las tres figuras contempladas y reguladas en la LCS y en el Reglamento de Pago de Primas que podrían derivarse del incumpli-

miento en el pago de primas dentro de un contrato de seguro: (i) la suspensión de la cobertura del seguro; (ii) la resolución del contrato de seguro; y, finalmente, (iii) la extinción del contrato de seguro. Para entender estas figuras es importante realizar una interpretación **conjunta y complementaria** de la LCS y de lo establecido por el Reglamento de Pago de Primas.

Ahora bien, con relación a la **suspensión** de la cobertura del seguro por incumplimiento de pago de la prima convenida, para que esta proceda consideramos que deben cumplirse y concurrir las siguientes condiciones: (i) que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días calendarios computados desde la fecha de vencimiento de la obligación de pago de la prima; y (ii) que la empresa de seguros haya remitido una comunicación al asegurado, cumpliendo con las formalidades y requisitos establecidos en los artículos 7 y 8 del Reglamento de Pago de Primas. Una vez suspendida la cobertura del respectivo seguro, la empresa de seguros no será responsable por los siniestros que pudiesen ocurrir y verificarse en relación a la misma.

Por otro lado, para que proceda la **resolución** de un contrato de seguro como consecuencia de la falta de pago de las primas deben cumplirse y concurrir las siguientes condiciones: (i) que la cobertura del seguro se encuentre suspendida; (ii) que la empresa de seguros remita al contratante (no asegurado) una comunicación escrita informándole su decisión de resolver el contrato de seguros, cumpliendo para ello con los requisitos establecidos en el artículo 10 del Reglamento de Pago de Primas; y (iii) que transcurra un plazo de treinta (30) días calendarios contados a partir del día que el contratante reciba la comunicación indicada en el numeral (ii) anterior.

Como última institución analizada, para que proceda la **extinción** del contrato de seguro por falta de pago de las primas convenidas deben cumplirse y concurrir las siguientes condiciones: (i) que la empresa de seguros no haya reclamado el pago de la prima mediante un proceso judicial o arbitral; y (ii) que haya transcurrido un plazo de noventa (90) días calendario contados desde el día siguiente al vencimiento del plazo convenido para el pago de la respectiva prima, según lo haya establecido el contrato de seguro o, de ser el caso, en el respectivo convenio de pago.

⁸ Oficio emitido como respuesta a consulta realizada por la Asociación Peruana de Empresas de Seguros a la SBS.

⁹ Entidad de resolución de disputas que ha sido establecido por la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG).

¹⁰ Según lo resuelto por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, en el procedimiento seguido bajo el Expediente 628-2026-CC1.

Para nosotros es claro que con los cambios introducidos por la LCS respecto a las tres (3) instituciones estudiadas en el presente artículo se ha pretendido proteger al asegurado, debiendo las empresas de seguros cubrir ciertos siniestros aún cuando exista un incumplimiento de una obligación (contraprestación) esencial por parte del asegurado si dicha empresa no sigue con cada uno de los pasos que hemos señalado de forma cuidadosa y diligente, según la figura que sea aplicable. Por ello, es importante que dichas instituciones sean entendidas claramente por las áreas correspondientes de las empresas de seguros y, de forma adicional, por los asegurados, para evitar incurrir en algún incumplimiento que les genere un perjuicio en caso de ocurrencia de algún siniestro.

III. LOS GRANDES RIESGOS EN LA LCS PERUANA

Como hemos señalado en la introducción de este artículo, a partir de nuestra experiencia en el ejercicio profesional y una opinión objetiva, hace unos años escribimos un artículo para la revista *Ius et Veritas*, en coautoría con José Villafuerte Mendoza, artículo en el que expusimos nuestra posición respecto al tratamiento de los ‘grandes riesgos’ en la LCS y, con toda sinceridad, debemos decir que no nos imaginamos que este artículo fuese a generar tal nivel de discusión y repercusión en un sector de la doctrina nacional¹¹.

En vista que la finalidad de este artículo es presentar, de manera puntual, determinados temas que podrían tener alguna utilidad para los lectores y especialistas en Derecho de Seguros en el Perú, en esta sección no nos vamos a dedicar a contraargumentar, ni a sustentar la posición que sostuvimos en nuestro artículo del año 2017. Sin embargo, debo indicar que ello sí será materia de un artículo distinto y específico que con José Villafuerte (luego de algún tiempo) consideramos que resulta necesario escribir para fijar nuestra posición en relación a ciertas afirmaciones y conclusiones que el Dr. Alonso Núñez del Prado Simons¹² ha formulado en un artículo que publicó en diciembre de 2017 (en adelante, el Artículo)¹³.

En este sentido, de manera individual, el autor aludido en este caso no se va a pronunciar sobre algunas afirmaciones, conclusiones y especulaciones

que se han incluido en el Artículo, ni tampoco a insinuaciones y adjetivos usados (tales como, ‘patético’, ‘actuación sospechosa’, ‘esperando que sea por desconocimiento y no por otra razón’, entre otros), ya que, en lo personal, como coautor del Artículo, considero que no viene al caso, ni contribuirá a una discusión académica y seria, como corresponde y es necesario ahora.

De todas maneras, debo reconocer (de manera individual y al haber sido aludido de manera directa) que resulta posible que no hayamos sido del todo claros o, en todo caso, que no nos hayamos explicado bien en ciertas partes de nuestro artículo inicial, razón por la que se piden las disculpas del caso y, situación que nos ha animado (a José Villafuerte Mendoza y a mí) a preparar un segundo artículo específico sobre esta interesante y ‘controversial’ materia (que en este momento se encuentra en una etapa de redacción inicial).

Dicho ello, quisiéramos referirnos en esta sección del artículo, de manera puntual, a determinados aspectos vinculados a los ‘grandes riesgos’, tal como se encuentran tratados y regulados actualmente en la LCS, a fin de poder ir fijando y aclarando nuestra posición (y, entiendo, la de José Villafuerte Mendoza):

- a) No hemos propuesto ‘excluir’ de manera total y absoluta a los ‘grandes riesgos’ de la regulación de la LCS y que, a partir de ello, dejemos a los contratos de seguros y de reaseguros que sean celebrados por los grandes tomadores de seguros sin ningún marco legal y librado solamente a la autonomía y voluntad individual de las partes contratantes. La idea es generar un ‘régimen legal y regulatorio’ específico y especial que sea adecuado y se ajuste a las particularidades y a la naturaleza de los grandes riesgos. Si no hemos sido del todo claros en nuestro artículo del año 2017, es importante que aclaremos nuestra posición en relación a este aspecto, a fin de que no se lleguen a conclusiones equivocadas o que ello pueda prestarse a malos entendidos.

Debemos aclarar que en nuestro artículo hicimos referencia, de manera objetiva y como

¹¹ Véase a Núñez del Prado (2017).

¹² Quien es abogado y Magister especialista en temas de Seguros y con un *curriculum vitae* y trayectoria importante, tanto en el Perú como a nivel internacional, según ha detallado en un pie de página incluido en el Artículo, en donde, además, ha comentado que el autor formó parte (bastante activa, por lo que ha señalado) de la Comisión de expertos que participaron en la redacción y revisión de la LCS que fue propuesta y finalmente aprobada por el Congreso de la República del Perú en el año 2012.

¹³ Artículo que el autor tituló, de manera provocadora: “Grandes Riesgos e Información tergiversada e incompleta” (publicado en la edición 55 de *Ius et Veritas*).

un antecedente aplicable (de la vida real), a la existencia del Proyecto de Ley 4635/2014-CR, pero no por hacer referencia al mismo consideramos que (como proyecto) el mismo era perfecto, sino que, como todo 'proyecto' y obra humana, siempre podría ser mejorado, así como redactado de una manera más completa y clara.

Quizá, hubiese sido mejor, a partir del conocimiento y de la importante experiencia que tienen en el mercado de seguros (en el Perú y a nivel internacional), que los expertos convocados hubiesen hecho aportes y propuestas para mejorar dicho 'Proyecto de Ley' (tratando de construir y de 'agregar valor') y no tratando de 'desenmascarar intenciones verdaderas' o asumiendo *a priori* y sin ningún sustento, posiciones sobre actuaciones 'sospechosas' de los reguladores (lo que no nos parece adecuado, así como, en todo caso, no debería ser materia de artículos de opinión profesional como este)¹⁴.

- b) La alta complejidad y especialidad de las materias y casos en el ámbito del Derecho de Seguros, además de la falta de predictibilidad del Poder Judicial en sus decisiones, así como, el largo tiempo que toma la conclusión de los procesos (especialmente en el caso de los procesos judiciales), constituyen, desde nuestro punto de vista, argumentos válidos para sostener que el 'control difuso' (a nivel judicial o arbitral) de disposiciones legales no constituiría una solución válida y eficiente al problema y, sobre todo, cuando el problema es la aplicación y definición de aspectos contractuales (en materia de seguros) y no lo es la aplicación (o no) de cierta disposición legal a un contrato de seguro o de reaseguro.

Por ello, esta propuesta, consideramos, no constituye una alternativa de solución al problema existente, sino que genera una incertidumbre jurídica permanente en la contratación en materia de seguros en el Perú, en el caso que se trate de Pólizas Corporativas o referida a 'grandes riesgos'. Es más, hemos podido conocer que el doctor Núñez del Prado no es ajeno a la problemática que implica llevar un proceso judicial en el Perú, especialmente en materia de seguros, pues fuera del 'excesivo volumen de procesos y consiguiente demora en la administración

de justicia' dentro del Poder Judicial, ha manifestado, como una preocupación y dificultad adicional en este caso, "la falta de preparación y desconocimiento del tema entre los magistrados" (Núñez del Prado, 2020, p. 451). En esa misma línea, el doctor Núñez ha criticado de manera directa y sin reparos al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias existente en nuestro marco constitucional cuando señaló, refiriéndose al arbitraje, que "por desgracia ya no se puede confiar del todo en este mecanismo de solución de conflictos" (Núñez del Prado, 2020, p. 454). Incluso, ha llegado a sostener (en una de sus publicaciones) que la figura del arbitraje ha sido tan manipulada que puede darse el supuesto de que los "«árbitros» no actúan como tales, sino como abogados de las compañías al interior del Tribunal Arbitral" y que, finalmente, emplean "sus conocimientos para manipular el «derecho» en beneficio de su cliente" (Núñez del Prado, 2020, p. 452).

En todo caso, cabe preguntarnos lo que supondría que la definición y pronunciamiento sobre los alcances de determinados contratos de seguros celebrados requieran llegar al Poder Judicial o a los Tribunales Arbitrales para resolver las dudas y diferencias de opinión que podrían surgir entre las empresas de seguros y los tomadores corporativos de seguros en el caso de los grandes riesgos. Consideramos que, al menos, deberíamos evaluar con mayor detenimiento lo que supondría aplicar esta propuesta de solución.

- c) Consideramos que posiciones y algunas afirmaciones que se han incluido en el Artículo generan diversas consecuencias negativas en el Sistema de Seguros en el Perú. Entre estas consecuencias negativas (con cargo a sustentar ello posteriormente y con mayor detalle) tenemos que:
- Genera las condiciones para que no se cumpla con el objeto declarado y expreso de la Ley General, cuando en su artículo 2 dispone que la misma debe "propender a un sistema de seguros sólido, competitivo y confiable, que contribuya al desarrollo nacional".
 - Incentiva una falta de penetración y contratación de coberturas en el Sistema de

¹⁴ La mala fe y el dolo se deben probar. No se pueden presumir. Incluso, en esta misma línea, en el Artículo su autor ha señalado que "se legisla suponiendo la buena fe y no la mala" (pág. 194), con lo que sí coincidimos plenamente.

Seguros en el Perú, en comparación con lo que sucede, por ejemplo, en los principales países desarrollados y, además, en los países de la región. Sin ir muy lejos, en el año 2022, en Chile, la penetración del sector asegurador en la ratio entre Valor de Primas/PBI fue de 3.8%, y en Brasil fue incluso de 4%; mientras que en Perú dicho ratio asciende solamente a 2%¹⁵.

- Genera, a la larga, un sobre costo e incremento de las primas y costos de operación del Sistema de Seguros para los agentes económicos que operan en el Perú (Núñez del Prado, 2017, p. 195).
 - Contribuye a incrementar la percepción que el mercado tiene sobre las empresas del Sistema de Seguros (respecto a tender a no pagar los siniestros), ya que ante la ausencia de un marco legal claro y que regule de manera técnica y adecuada los grandes riesgos, se genera una incertidumbre y ciertos vacíos normativos, lo que generará grandes controversias respecto a los alcances y la cobertura de este tipo de pólizas de seguros y riesgos (lo que, además, tiene que ver, muchas veces, con la posición de las empresas de reaseguros que cubren una parte de estos riesgos).
- d) Como consecuencia de la regulación de los grandes riesgos de manera directa y sin ninguna limitación o precisión por la LCS (dándole el mismo trato que a un consumidor promedio) se producen las condiciones necesarias para que se produzca una 'desintermediación' en el Sistema de Seguros en el Perú (que agrava la falta de contratación y penetración existente en esta industria), derivada de estos problemas en su regulación legal.

Ante ello, las grandes corporaciones (como viene ocurriendo en la práctica) van a preferir contratar sus coberturas de seguros a través de la emisión de Pólizas de Seguros Globales con aseguradoras que operan en los grandes mercados de seguros (y, muchas veces, a nivel corporativo o global)¹⁶, limitando la participación de las empresas del Sistema de Seguros que operan en el Perú a porcentajes reducidos de retención del riesgo o, en el peor de los casos, a través de estructuras de contratación bajo la modalidad *fronting* (en donde las empresas de seguros locales se limitan a actuar como emisor de las pólizas de seguros, pero sin asumir ningún riesgo y reduciendo su nivel de ingresos, así como tamaño de la industria de seguros en el Perú).

Por ello y con cargo a desarrollar este punto posteriormente con mayor amplitud, consideramos que esta situación genera las condiciones y el escenario adecuados para que pueda producirse un 'arbitraje regulatorio' entre las empresas y la industria de seguros en el Perú con el de otras jurisdicciones, lo que nos beneficia, al final de cuentas y en el mediano y largo plazo, a los usuarios y tomadores de seguros en el Perú.

- e) Esta situación, creemos, genera un típico caso de 'riesgo de reaseguro' (término definido en el Reglamento de Gestión Integral de Riesgos aprobado por la SBS¹⁷) en el caso de contratación de los grandes riesgos, en vista de que al tener que regularse los contratos de seguro por la legislación peruana y, a su vez y en algunos casos, los contratos de reaseguro por una legislación foránea (como la legislación de Inglaterra y Gales o la del Estado de Nueva York), existirá (en caso surja alguna controversia) una posible falta de 'coincidencia perfecta' entre el marco legal

¹⁵ Véase a Asociación Peruana de Empresas de Seguros (s.f.).

¹⁶ El artículo 10 de la Ley General (Ley 26702) dispone que "los residentes en el país pueden contratar seguros y reaseguros en el exterior". Asimismo, y de manera sistemática, el artículo 2095 del Código Civil, incluido en el Título sobre Derecho Internacional Privado, establece que "las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración".

¹⁷ El denominado 'riesgo de reaseguro' se encuentra definido como:

"la posibilidad de pérdidas en caso de insuficiencia de la cobertura de reaseguro contratada por la empresa de seguros cedente, cuando las necesidades de reaseguro no fueron identificadas, determinadas o precisadas adecuadamente en los contratos; o cuando el reasegurador no se encuentra en capacidad de cumplir sus compromisos de pago, o no está dispuesto a pagarlos por discrepancias en la aplicación de las condiciones del contrato de seguro y/o de reaseguro; así como la demora en los pagos del reasegurador que puedan afectar los flujos de efectivo de la cedente, generando un riesgo de liquidez (literal g) del artículo 23 del Reglamento GIR sobre «Tipos de Riesgos» que afectan a las empresas de seguros y reaseguros".

y condiciones aplicables al contrato de seguro celebrado con el tomador del seguro (asegurado en Perú) y, por su parte, el marco legal y las condiciones aplicables al contrato de reaseguro (suscrito entre las empresas de seguros locales y los reaseguradores internacionales)¹⁸.

- f) Consideramos que la propuesta que ha sido mencionada en el Artículo respecto a eliminar la libertad de contratación de seguros y reaseguros en el exterior (Núñez del Prado, 2017, p. 194), en línea con lo establecido en la Constitución Política de 1993, así como lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley General, supondría aislar a los agentes económicos que operan en el Perú del mercado internacional de seguros, lo que considero que no es razonable, ni adecuado.

Lo que tenemos que hacer, entiendo, es generar las condiciones para que las empresas que forman parte del Sistema de Seguros en el Perú sean sólidas, competitivas y confiables, pudiendo competir con sus pares que operan en otras jurisdicciones, pero contando con un marco legal y regulatorio adecuado (como uno referido, por ejemplo, a los grandes riesgos).

- g) Un aspecto a ser considerado en la regulación y negociación de los contratos de seguros, referido a los grandes riesgos, es que si bien las empresas del Sistema de Seguros conocen su negocio, así como redactan sus contratos y acuerdos, las grandes corporaciones y empresas globales también conocen muy bien sus negocios (bienes y actividades aseguradas), especialmente cuando dichos negocios son actividades reguladas o requieren de una especialización o conocimiento particular (por ejemplo, los negocios de hidrocarburos, minería, electricidad, telecomunicaciones, aviación, transporte terrestre, entre otros), en donde las grandes corporaciones y empresas globales conocen mucho mejor su negocio y actividad que será materia de la cobertura de seguros que las empresas de seguros.

Consideramos que este análisis no solo debe ser hecho desde la perspectiva (limitada y

exclusiva) del Derecho de Seguros, sino que debe hacerse desde una visión y perspectiva de una regulación integral.

- h) Finalmente, respecto a la afirmación que se ha hecho en el Artículo respecto a que la LCS vigente en el Perú “es muy similar a la española y a la alemana y, en general, a las más modernas legislaciones sobre seguros en el mundo” (Núñez del Prado, 2017, p. 195), debemos señalar que coincidimos en esta afirmación en el sentido que la LCS constituye una norma más moderna que se encuentra dentro de un mismo cuerpo legal, la cual ha reemplazado varias disposiciones dispersas y desfasadas como aquellas que se encontraban incluidas en el Código de Comercio de 1902, así como otras en la misma Ley General, lo que creemos que es positivo.

Sin embargo, tal como lo hemos sostenido anteriormente (opinión que mantenemos en esta oportunidad), pensamos que los ‘grandes riesgos’ en materia de contratos de seguros deberían tener una regulación específica y que recoja sus particularidades y naturaleza especial. No debería regularse, de manera general y sin ninguna excepción, por la LCS como se hace con usuarios, consumidores y tomadores de seguros (sean personas naturales, pequeñas y medianas empresas o grandes corporaciones o empresas globales); sino que, reconocidas estas particularidades y naturaleza especial, se debería aplicar a este tipo de contratos de seguros las disposiciones de una regulación específica para estos casos.

IV. LOS SEGUROS OBLIGATORIOS EN EL PERÚ Y LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS DE CONTRATAR SEGUROS EN EL EXTERIOR

Continuando con los temas del presente artículo, la tercera materia que vamos a analizar se encuentra vinculada a la regulación de los seguros obligatorios en el Perú, de acuerdo con lo señalado en la Constitución Política del Perú, el Código Civil, la LCS y la Ley General. En ese sentido, buscamos determinar si, desde la perspectiva de la legislación peruana vigente, todos los seguros obligatorios (esto es, aquellos seguros y coberturas con las que de-

¹⁸ El artículo 322 de la Ley General establece que:

“el contrato de reaseguro no subordina las relaciones que emanan 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 la empresa de seguros y el reasegurador. Por norma de carácter general, la Superintendencia puede establecer excepciones a esta disposición”.

Ello coincide con lo dispuesto por el artículo 139 de la LCS.

ben contar distintos agentes económicos para cumplir una exigencia legal o regulatoria expresa), sin importar el riesgo que cubran, deben ser contratados obligatoriamente con empresas que forman parte del Sistema de Seguros en el Perú o si, por el contrario, pueden ser contratados con empresas de seguros extranjeras. Para ello, explicaremos qué es un seguro obligatorio bajo la normativa aplicable, sus características, alcances y limitaciones.

A. De la calificación de un 'Seguro Obligatorio' bajo la normativa peruana

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo I de la LCS: “[...] En el caso de **seguros obligatorios** y aquellos que se encuentren regulados por leyes especiales, **esta ley es de aplicación supletoria...**” [el énfasis es nuestro]. Además, la Octava Disposición Complementaria Final y Modificatoria de LCS establece que los seguros obligatorios deberán ser contratados **con empresas de seguros constituidas en el Perú**¹⁹ y que, por tanto, se encuentren debidamente autorizadas por la SBS. De dicha regulación, nos queda claro que la LCS aplica **supletoriamente** a los seguros obligatorios. No obstante, dicha norma no nos brinda una definición del seguro obligatorio, que nos permita dilucidar ante que figura jurídica nos encontramos, por lo cual debemos recurrir a la normativa reglamentaria de la SBS.

En ese sentido, el numeral 31 del artículo 2 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema de Seguros, aprobado mediante Resolución SBS 4143-2019 (en adelante, Reglamento de Conducta de Mercado) define a los seguros obligatorios como “seguros cuya contratación y condiciones de cobertura son exigidas por **norma legal expresa**” [el énfasis es nuestro]. Por tanto, teniendo en cuenta dicha definición, bastante general por cierto, este tipo de seguros se refieren a aquellos que son requeridos por una **normativa sectorial específica** y, adicionando lo regulado por la Octava Disposición Complementaria Final y Modificatoria de LCS, pareciera que deben ser contratados por una empresa de seguros constituida bajo la ley de la República del Perú sin realizar alguna diferenciación entre la gran cantidad de seguros que estarían dentro del alcance de dicha definición.

De forma adicional, el artículo 1 del Reglamento de Conducta de Mercado, de manera similar a lo

regulado por la LCS, indica expresamente que su aplicación es **supletoria** a la contratación de los seguros obligatorios, reconociendo, por tanto, al igual que la LCS, la aplicación directa y preferencia de la normativa sectorial. Ahora bien, la SBS mediante lo que consideramos una **interpretación literal** de los artículos anteriormente mencionados, ha publicado en su página web una relación (no taxativa) de los seguros obligatorios señalados en la normativa peruana²⁰, entre los cuales se encuentran los seguros de responsabilidad civil para, entre otras, las siguientes actividades: (i) gestión de residuos sólidos; (ii) almacenamiento de hidrocarburos; (iii) venta de gas licuado; y (iv) distribución de gas natural.

Por otro lado, el artículo 1988 del Código Civil²¹ establece que la ley (especial o específica) determinará el tipo de daño sujeto al régimen del seguro obligatorio además de las demás características de este tipo de seguros. Esta norma tampoco define qué es un seguro obligatorio. Sin embargo, en línea con lo mencionado por Torres, el Código Civil hace una remisión total a la regulación especial de este tipo de seguros para que los regulen en función de la actividad que buscan cubrir, reconociendo, de esta manera, su aplicación supletoria (de forma similar a la LCS y el Reglamento de Conducta de Mercado). Así, dicho autor señala que el seguro obligatorio tiene la finalidad de brindar una reparación efectiva y rápida respecto de un daño injustificado (frecuente y grave) que sufre una persona resultante de actividades riesgosas o peligrosas (por su propia naturaleza o el modo de ejercicio) (Torres, 2016). En ese sentido, los seguros obligatorios buscan proteger a la persona de ciertos daños que ocurren con frecuencia en la sociedad y que, por sus características, suelen ser graves respecto de actividades usuales y necesarias que, por su naturaleza, pueden ser riesgosas (como, por ejemplo, los accidentes de tránsito, ciertos trabajos de alto riesgo como los de obra, entre otros).

Ahora bien, debemos enfatizar que la LCS como la respectiva normativa reglamentaria emitida por la SBS e incluso el Código Civil señala, como hemos mencionado, la aplicación **supletoria** de dichas normas. Por tanto, deberá aplicarse de forma directa y preferente la normativa sectorial que sea aplicable a las determinadas actividades que exigen para su desarrollo la contratación de seguros en función de los riesgos que se encuentran vinculados a estas.

¹⁹ Octava Disposición Complementaria Final y Modificatoria.- Los seguros obligatorios deberán ser contratados con empresas de seguro constituidas en el Perú y debidamente autorizadas por la Superintendencia (2012).

²⁰ Véase a Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.a).

²¹ Artículo 1988.- La ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro (1984).

En virtud de ello, consideramos que la obligación de contratar un seguro con una empresa de seguros peruana y que, además, califiquen como 'obligatorios' debe ser determinado por la normativa sectorial que sea aplicable, en función de las características que se regulen del respectivo seguro. Ello teniendo en cuenta que este tipo de seguros suelen ser ampliamente regulados por las normativas sectoriales, por lo cual, cualquier limitación debería constar en dichas normas. A continuación, nos explicamos con ejemplos.

Los explotadores de la actividad aeronáutica deben contar con seguros de responsabilidad civil. En ese sentido, el Título XIII del Capítulo XII de la Ley de Aeronáutica Civil, Ley 27261 (en adelante, LAC), regula los seguros que deben tener los explotadores de dicha actividad. La LAC califica a los mismos como 'obligatorios', según los artículos 97 y 146 de la referida ley. Bajo nuestra opinión, esta obligatoriedad implica que los explotadores y titulares de permisos de operación que realizan operaciones de Aviación Civil en el ámbito nacional, por disposición normativa, **están obligados a contratar seguros** que cubran los riesgos para pasajeros, tripulantes, equipajes facturados, los efectos personales del pasajero, carga y para los daños y perjuicios causados a terceros en la superficie. No obstante, **ninguna disposición normativa aeronáutica (ni la LAC ni cualquier otra) exige que se deberán contratar estos seguros únicamente con una aseguradora peruana regulada por la SBS**. Consideramos que este aspecto debe estar expresamente señalado en la normativa sectorial aplicable a la explotación de la actividad de aeronáutica civil.

Cabe señalar que la LAC y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 050-2001-MTC, regulan todos los aspectos vinculados a la póliza y al seguro que serán contratados por los operadores de la Aviación Civil, es decir, estas normas señalan de forma expresa, sus requisitos, las condiciones mínimas, riesgos que deben ser cubiertos, entre otros. Por tanto, es evidente que los seguros se encuentran ampliamente regulados por la normativa aeronáutica, por lo cual, consideramos que se debe regir por la misma y aplicar únicamente de forma supletoria la LCS, el Código Civil y la normativa reglamentaria de la SBS. En virtud de ello, teniendo en cuenta que dichas normas sectoriales (es decir, la LAC y su Reglamento) no señalan que los seguros vinculados a la operación de Aviación Civil deben ser contratados con una empresa de seguros peruana debidamente autorizada por la SBS²², consi-

deramos que esta limitación no debe ser aplicable a este tipo de seguros, aunque estén calificados como 'obligatorios', en función de la libertad de contratar que señalaremos más adelante.

Dicho esto, sostenemos que la Octava Disposición Final y Modificatoria de la LCS está destinada a regular ciertos seguros que por su naturaleza deben ser emitidos por compañías de seguros peruanas por el riesgo que cubren, como, por ejemplo, el Seguro Obligatorio por Accidentes de Tránsito (en adelante, SOAT), que está destinado a la cobertura de accidentes de tránsito ocasionados por vehículos que transiten en todo territorio nacional²³. En ese sentido, de acuerdo con lo señalado por Torres, el SOAT fue instituido en 1999 para que cada vehículo automotor que circule en territorio peruano cuente, de forma obligatoria, con una póliza vigente (contratado por el propietario o el prestador del servicio de transporte), en calidad de seguros de accidentes corporales como, por ejemplo, lesiones, entre otros (Torres, 2015).

Una vez ocurrido el accidente y que existan lesiones de por medio, el SOAT se activa sin requerir una investigación o algún pronunciamiento de una autoridad (Torres, 2015). Así, dado que los accidentes de tránsito son de alto riesgo y probabilidad frecuente, el legislador optó por requerir la contratación del SOAT para que circule cualquier vehículo automotor en el Perú, y debido a los riesgos que cubre (accidentes personales), la forma más sencilla para hacer efectiva la cobertura del siniestro para efectos de los terceros afectados es mediante la contratación con una empresa de seguros peruana, por temas procedimentales, de cobertura, entre otros.

Ahora bien, de forma distinta a la regulación de Aeronáutica Civil, el inciso c) del artículo 5 del Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo 024-2002-MTC, que regula la obligatoriedad de la contratación del SOAT, define como 'Compañía de Seguro' a una "empresa **autorizada** por la Superintendencia de Banca y Seguros para operar en el Perú" [el énfasis es nuestro]; y, el artículo 11 señala que el SOAT debe ser contratado con las **compañías de seguros autorizadas por la SBS**. Es evidente, y concuerda con nuestra posición, que la normativa específica establece la obligatoriedad de contratar este tipo de seguros con una **aseguradora peruana**, en línea con lo regulado por la LCS.

²² De nuestra experiencia, incluso la autoridad competente ha aceptado la contratación de este tipo de seguros con empresas de seguros extranjeras.

²³ Véase a Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.b).

B. Posibilidad de contratar un 'Seguro Obligatorio' con una empresa de seguros extranjera

El artículo 10 de la Ley General²⁴ regula el derecho de los residentes en Perú de contratar seguros y reaseguros **en el exterior**. En ese sentido, cualquier persona natural o jurídica residente o domiciliada en el Perú, puede libremente contratar pólizas de seguros de una empresa aseguradora extranjera para la cobertura de determinados riesgos, así como también contratar reaseguros. De este modo, la limitación que establece la Ley General es que empresas de seguros domiciliadas en el extranjero desarrollen y presten servicios vinculados a la actividad de aseguramiento o cobertura de riesgos en territorio peruano sin contar con la autorización de la SBS, en función de lo señalado en el numeral 2 del artículo 11 de la Ley General. Lo regulado en dicho inciso constituye un supuesto distinto a la contratación de un seguro en el extranjero, esto es, fuera del territorio peruano.

El sustento del artículo 10 de la Ley General anteriormente referido, consideramos, se encuentra en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú²⁵, el cual regula como derecho fundamental de la persona el **contratar con fines lícitos** (debiendo cumplir las partes involucradas con los límites de orden público y con los demás derechos fundamentales regulados en la Constitución). Además, el artículo 62 de la Constitución Política del Perú²⁶ regula la **libertad de contratar**, lo cual implica que las partes, como parte de su esfera jurídica, puedan pactar válidamente aquellos acuerdos que consideren pertinentes, de acuerdo y teniendo como límite las normas vigentes al momento de celebración del acuerdo y los principios generales del derecho.

Así, conforme lo señala Roppo, existe una esfera de libertad de las partes llamada la autonomía contractual²⁷, en virtud de la cual, estas pueden realizar elecciones voluntarias y libres para efectos de vincularse entre ellas. Por tanto, las partes deciden, por voluntad propia, que sus esferas jurídi-

cas se vean afectadas con base en un determinado acuerdo que las vincule (Roppo, 2009). De esta forma, Landa reconoce que la libertad contractual también implica la libertad de las personas para que mediante un acuerdo de voluntades convengan sobre cualquier materia lícita para el derecho. Consideramos importante señalar que, según lo indicado por el Tribunal Constitucional²⁸, la autonomía de la voluntad tiene doble contenido: (i) la libertad de contratar (decidir cómo, cuándo y sobre todo con **quién** se contrata); y (ii) la libertad contractual (decidir el contenido del contrato) (Landa, 2014). En el caso de la limitación establecida en la Octava Disposición Final y Modificatoria de la LCS, se estaría restringiendo la libertad de contratar del contratante del seguro, al señalar que únicamente pueden vincularse para contratar un seguro obligatorio con empresas de seguros peruanas.

Dicho esto, teniendo en cuenta la libertad de contratar como parte del contenido de la autonomía de la voluntad, consagrada en la Constitución Política del Perú y en el artículo 10 de Ley General, no consideramos razonable que se limite sin fundamento que los residentes y domiciliados peruanos puedan decidir con quién contratar pólizas de seguros para determinados riesgos cuando normas sectoriales exigen su contratación de forma expresa, sobre todo cuando tenemos en el Perú un Sistema de Seguros muy concentrado²⁹. En ese sentido, consideramos necesario que la SBS, teniendo en cuenta que es su normativa reglamentaria la que define a los seguros obligatorios, realice una mayor precisión respecto de qué seguros son calificados como obligatorios para efectos de la aplicación de la LCS y en concordancia por lo establecido por la Ley General. Ahora bien, consideramos que, basado en parámetros en razonabilidad, esta restricción para la contratación de seguros obligatorios debe encontrarse limitado a riesgos que únicamente deban ser cubiertos por empresas de seguros peruanas, por temas de practicidad y viabilidad.

Siguiendo con nuestro análisis, con relación a la contratación de seguros con empresas de seguros

²⁴ Artículo 10.- Los residentes en el país pueden contratar seguros y reaseguros en el exterior (1996).

²⁵ Artículo 2, inciso 14.- Toda persona tiene derecho [...]: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (1993).

²⁶ Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...] (1993).

²⁷ Sinónimo, según el autor, de la libertad contractual.

²⁸ Fundamento Jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02158-2002-AA, de fecha 4 de agosto de 2004.

²⁹ Por ejemplo, solo dos compañías de seguros peruanas ofrecen pólizas de aviación, las cuales no cubren la demanda de todos aquellos explotadores de la actividad aeronáutica. Por ello, es razonable que acudan a empresas de seguros extranjeras que cubran este tipo de riesgos técnicos.

extranjeras, la Trigésima Disposición Final y Complementaria de la Ley General³⁰ regula la posibilidad de que las empresas del sistema de seguros y/o proveedores de servicios relacionados con los seguros, domiciliados en el territorio de un país con el cual Perú mantenga vigente un Tratado Internacional en el que se haya permitido la contratación de los servicios de seguros y relacionados con los seguros contra riesgos relativos a transporte marítimo, aviación comercial, y lanzamiento y transportes especiales (incluidos satélites) se encuentran autorizadas para suministrar en el Perú tales servicios de seguros y relacionados. Así, dicha regulación expresa de la SBS, si tomamos en cuenta la definición señalada en el Reglamento de Conducta de Mercado para seguros obligatorios, iría en contra de la Octava Disposición Final y Modificatoria de la LCS en ciertos casos específicos, pues la contratación de diversos seguros incluidos en la Trigésima Disposición Final y Complementaria de la Ley General (como, por ejemplo, la aviación comercial), ha sido requerida por una norma en específico y, por tanto, calificaría como seguro obligatorio bajo la LCS y el Reglamento de Conducta de Mercado.

Como referencia adicional, debe tenerse en cuenta que la Ley General permite que las empresas de seguros domiciliadas en el extranjero suministren sus servicios en el Perú siempre que se encuentren vinculados a las actividades señaladas en la Trigésima Disposición Final y Complementaria de la Ley General (como la de aviación comercial que hemos utilizado de ejemplo a lo largo de esta sección). Cabe reiterar que esta disposición implica que exista un Tratado Internacional suscrito entre el Perú y el país en el que se encuentra domiciliada la empresa de seguros, requisito que debe ser evaluado antes de la contratación de la respectiva póliza.

C. De la clasificación de riesgo internacional

De acuerdo con el Reglamento para la Gestión y Contratación de Reaseguros y Coaseguros, aprobado mediante la Resolución SBS 4706-2017, se pueden contratar reaseguros de forma directa con

empresas de reaseguros que no se encuentren establecidas en Perú, siempre que cuenten con una clasificación de riesgo internacional³¹ considerada **no vulnerable** otorgada por determinadas clasificadoras (como, por ejemplo, Standard & Poor's, Moody's y Fitch Ratings). Para esto, se consideran como clasificaciones mínimas para ser considerada una reaseguradora no vulnerable a las siguientes:

Tabla 1

Empresa Clasificadora de Riesgo	Clasificación Mínima
Standard & Poor's	BBB
Moody's	Baa2
Fitch Ratings	BBB
A. M. Best	B+

Fuente: Elaboración propia

Consideramos que el **parámetro de no vulnerabilidad**, aplicado por la SBS para el caso de reaseguros, **debe también ser considerado para el caso de contratación de pólizas emitidas por una empresa de seguros extranjera**, en el marco del artículo 10 de la Ley General. Así, el contratante puede verificar que está realizando la contratación de una póliza sujeta a normativa extranjera, con una empresa de seguros confiable y con trayectoria en el mercado.

Incluso, para ciertos técnicos, la contratación de pólizas extranjeras puede proteger al contratante y al asegurado al contar las empresas aseguradoras extranjeras con una mejor clasificación financiera, lo cual implica que cuentan con una mejor fortaleza financiera en términos de cobertura de los riesgos técnicos involucrados.

D. Conclusiones

El numeral 31 del artículo 2 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado define, de forma bastante general, los seguros obligatorios como aquellos que son requeridos por una **normativa sectorial específica** y, teniendo en cuenta lo regulado por la Octava Disposición Complementaria Final y Modificatoria de LCS, pareciera, erróneamen-

³⁰ Trigésima Disposición Final y Complementaria.-

[...] las empresas del sistema de seguros y/o proveedores de servicios relacionados con los seguros, domiciliados en el territorio de un país con el cual Perú mantenga vigente un Tratado Internacional en el que se haya permitido la contratación de los siguientes servicios de seguros y relacionados con los seguros:

a) seguros contra riesgos relativos a:

i) transporte marítimo, aviación comercial y lanzamiento y transporte espaciales (incluidos satélites), que cubran alguno o la totalidad de los siguientes elementos: las mercancías objeto de transporte, el vehículo que transporte las mercancías y cualquier responsabilidad

que pueda derivarse de los mismos; y

ii) mercancías en tránsito internacional [...] (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, 1996).

³¹ La clasificación de riesgo internacional no puede tener una antigüedad mayor de dieciocho (18) meses.

te desde nuestro punto de vista, que todos estos seguros deben ser contratados por una empresa de seguros constituida bajo la ley de la República del Perú. Ahora bien, la LCS, así como la respectiva normativa reglamentaria emitida por la SBS e incluso el Código Civil, señalan la aplicación supletoria de dichas normas. Por tanto, deberá aplicarse de forma directa y preferente la normativa sectorial específica para determinadas actividades que exigen para su desarrollo la contratación de seguros.

La normativa sectorial que exige la contratación de seguros de forma obligatoria suele regular, de forma amplia y específica, las características de los seguros, incluyendo sus condiciones mínimas, riesgos que deben ser cubiertos, entre otros. En virtud de ello, deben también delimitarse si únicamente pueden ser contratados con empresas de seguros peruanas (como en el caso de la LAC y su Reglamento para las actividades de Aviación Civil). Dicho esto, sostenemos que la Octava Disposición Final y Modificatoria de la LCS está destinada a regular ciertos seguros que, por su naturaleza, deben ser emitidos por compañías de seguros peruanas por el riesgo que cubren (como por ejemplo, el SOAT) y no todos los seguros que sean requeridos por una norma expresa.

Una posición en contrario vulneraría la libertad de contratar del contratante de este tipo de seguros, teniendo como base una definición amplia y una disposición que, a nuestro parecer, es bastante restrictiva y puede afectar la cobertura de ciertos riesgos técnicos. Además, sería contraria a la Trigésima Disposición Final y Complementaria de la Ley General, que permite la contratación de seguros con empresas de seguros extranjeras constituidas en países con los que el Perú haya celebrado determinados Tratados Internacionales respecto de ciertas actividades (como la de aviación comercial) y que no vulneren el artículo 10 de la Ley General.

Finalmente, para efectos de proteger y beneficiar al contratante del seguro, consideramos que el parámetro de no vulnerabilidad aplicado por la SBS para contratar reaseguros de forma directa con empresas de reaseguros que no se encuentren establecidas en Perú, según el Reglamento de Reaseguros y Coaseguros, también debe ser considerado para el caso de contratación de pólizas emitidas por una empresa de seguros extranjera, en el marco del artículo 10 de la Ley General. Este tipo de contratación, como hemos mencionado, puede ser beneficioso para el contratante al obtener un seguro de una empresa con una mejor clasificación financiera, lo cual implica que cuenta con una también con fortaleza financiera más sólida en términos de cobertura de los riesgos técnicos involucrados.

V. EMISIÓN DE CARTAS FIANZAS POR EMPRESAS DE SEGUROS EN EL PERÚ

A. Las garantías

En una acepción amplia, una garantía puede ser entendida como un instrumento en virtud del cual un acreedor se asegura que su deudor cumplirá con la obligación a su cargo. Es lo que todo acreedor desea. A decir de Varsi Rospigliosi (2019), una garantía:

[...] es cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito, dependiendo de una obligación principal. Estas no solo deben ser entendidas en su contexto jurídico, su esencia es económica, y están dirigidas a permitir el desarrollo de los negocios y la sostenibilidad del sistema financiero (p. 14).

Si bien existe un concepto amplio y general del vocablo garantía, emplearemos en esta ocasión dicho término en un sentido restringido para referirnos a las denominadas garantías reales y a las garantías personales.

En ese sentido, siguiendo a Carlos Cárdenas Quiroz (2001):

Entendida la garantía en los términos restringidos propuestos, cabe distinguir entre las reales y las personales. Las primeras, estarán referidas a un bien específico sobre el cual recae el gravamen, como sucede en los casos de la prenda y la hipoteca, habiéndose propuesto ampliar el concepto al punto de comprender entre ellas a figuras como el pacto de reserva de propiedad y las arras. Las segundas, en cambio, otorgan al acreedor una facultad que no involucra la afectación de un bien determinado, sino que puede hacerse efectiva directamente contra el deudor o un tercero (p. 219).

Ahora bien, las garantías personales a las que nos referiremos en este artículo son la fianza y la carta fianza, sobre todo esta última, cuya característica principal es que, en caso de que el deudor afianzado **no** cumpla con la obligación a su cargo, el acreedor podrá exigir al fiador que responda por la obligación y realice determinada prestación que, en la generalidad de los casos, es pagar una determinada cantidad de dinero.

Una desventaja para el acreedor sin garantías, además de la de tener un crédito al descubierto, es que tendrá que dedicar algún tiempo y recursos para verificar la solvencia y antecedentes crediticios de su potencial deudor. Incluso luego, una vez adquirida la acreencia y mientras esté vi-

gente, deberá mantener cierta vigilancia sobre su contraparte, ya que el patrimonio de esta puede variar, sin mencionar que el mismo deudor puede contraer obligaciones adicionales con terceros que podrían eventualmente comprometer sus bienes. Pretender que un acreedor esté en constante vigilancia del patrimonio de su deudor es excesivo, ya que significa una carga onerosa y una tarea en algunos casos difícil.

Luciano Barchi Velaochaga (2009) describe muy claramente esta circunstancia cuando menciona que:

La condición del patrimonio del deudor como garantía de la responsabilidad asumida supone entonces que, previo a la constitución de la relación obligatoria, el eventual acreedor requiere obtener información sobre el eventual deudor y, una vez constituida, el acreedor necesita, hasta que se cumpla la obligación, supervisar la solvencia de su deudor. No obstante, el costo de la búsqueda de la información y de supervisión podría ser lo suficientemente alto para desanimar al eventual acreedor acerca del intercambio, han aparecido nuevas formas de garantías personales que permiten reducir los costos de información **en la medida que son otorgadas por entidades de reconocida solvencia y además su ejecución es inmediata** [el énfasis es nuestro] (p. 71).

Dicho esto, cabe indicar que las cartas fianza emitidas por las empresas de seguros, junto con las cartas fianza bancarias, pertenecen a esta clase de garantías.

B. Las cartas fianza

Aunque las cartas fianza, sobre todo las bancarias, están firmemente asentadas y difundidas en nuestra práctica comercial desde hace muchos años y son ampliamente empleadas, lo cierto es que su regulación específica ha sido paulatina y aún puede ser mejorada. Se puede apreciar, además, que la doctrina nacional no es unánime respecto de la naturaleza de las cartas fianza y su relación con el contrato de fianza, y hay diversas posiciones sobre el particular.

Así, para algunos autores las cartas fianzas se tratan de verdaderos contratos de fianza siempre que cuenten con la aceptación, al menos tácita, del acreedor (Arias Schreiber y Cárdenas, 1995). Otros

consideran que, dentro del género de las garantías personales, las cartas fianza y las fianzas tradicionales (estas últimas reguladas como contratos nominados en los artículos 1868 y siguientes del Código Civil) son dos especies de un mismo género, con la diferencia de que la carta fianza es una garantía atípica dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que tiene determinadas características particulares; también se ha opinado que las cartas fianza son 'contratos de garantía', distintos al Contrato de Fianza, ya que se tratarían de contratos unilaterales en cuanto a las obligaciones que generan (Barchi, 2009; De La Puente, 2004). Por otro lado, algunos estudiosos, por lo que se refiere a su formación, han opinado que el Contrato de Fianza puede ser de formación unilateral, sobre la base de lo establecido en el artículo 1381 del Código Civil que regula la 'aceptación excepcional' del contrato en aquellos casos en los que no se rehúsa la oferta (Cárdenas, 2008).

En la práctica comercial³², se observa que las cartas fianza son emitidas por las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros en documentos que tienen el formato de una carta dirigida al beneficiario, firmada sólo por el emisor, donde se consignan los términos y condiciones de la garantía que se emite a su favor. El beneficiario y el deudor garantizado no intervienen en el documento.

Prescindiendo de las diversas opiniones acerca de su naturaleza, lo cierto es que la emisión de garantías personales bajo la modalidad de cartas fianza es una operación permitida a las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y que, según lo establecido por la SBS, se rige por las disposiciones del Contrato de Fianza contiene el Código Civil, con ciertas particularidades contenidas en la Ley General y en los demás Reglamentos de la SBS.

C. Las garantías personales y las operaciones de las Empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros

Si bien es cierto que el artículo 221 de la Ley General permite a las empresas del Sistema Financiero "otorgar avales, fianzas y **otras garantías**, inclusive en favor de otras empresas del sistema financiero"³³ [el énfasis es nuestro], no sucede lo mismo con las empresas del Sistema de Seguros, las que tienen una doble restricción, contenida en el artículo 318 de la Ley General:

³² Según el artículo 4 de la Ley General, los usos y las prácticas comerciales son de aplicación supletoria a las empresas de los Sistemas Financiero y de Seguros.

³³ Salvo que sean acreedores, es muy poco frecuente que las empresas del Sistema Financiero celebren contratos de fianza. Cuando, en cambio, son fiadores de sus clientes, emiten exclusivamente cartas fianza.

- (i) Solo pueden emitir garantías personales bajo la forma de fianzas³⁴.

El que las empresas del Sistema de Seguros sólo puedan emitir garantías bajo la forma de fianzas implica que no puedan otorgar otros tipos de garantías personales que, si están permitidas a las empresas del Sistema Financiero, como las cartas de crédito (*standby letter of credit- SBLC*) o las garantías a primera demanda, reguladas por las reglas de la UCP 600 y de la URDG 758 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

- (ii) Una restricción adicional para las empresas de seguros es que, para emitir fianzas, según el artículo 318 de la Ley General, deben previamente ampliar su autorización de funcionamiento, lo que supone recurrir a la SBS e iniciar el trámite correspondiente³⁵.

Desde el 1 de junio de 2023 se encuentra vigente el Reglamento de seguros de crédito, de caución y de fianzas emitidas por las empresas de seguros, aprobado por la Resolución SBS 00332-2023 (en adelante, Reglamento Fianza), que hace una precisión respecto de los requisitos que deberán cumplir las empresas de seguros para emitir fianzas: (i) en caso se trate de la emisión de fianzas que garantizarán obligaciones crediticias, se debe solicitar autorización previa a la SBS³⁶; o (ii) en caso se trate de la emisión de fianzas en garantía de obligaciones distintas a las crediticias, solo se deberá informar en forma previa a la SBS. En ambos casos se deben efectuar las modificaciones estatutarias que resulten necesarias e inscribirlas en la partida registral de la sociedad.

D. Dos normas que han sido emitidas por la SBS sobre esta materia

La SBS ha regulado las cartas fianza emitidas por las empresas de seguros básicamente en las siguientes dos normas:

- a) La Circular SBS B-2101-2001/S-0590-2001, de aplicación, entre otras, a las empresas bancarias y a las empresas de seguros y de reaseguros, estableció precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías, y contribuyó en su momento a aclarar este panorama hasta entonces algo

impreciso. Nos permitimos a este respecto citar la opinión de Jorge María Luzuriaga Chiappe (2008) sobre de la situación de las cartas fianza antes de la emisión de la Circular de la SBS B-2101-2001:

En nuestro país, sin embargo, la situación de las cartas-fianza emitidas por los bancos comerciales era –hasta antes de la publicación de la Circular de la SBS B-2101-2001, de fecha 19 de Octubre del año 2001– bastante confusa, pues por su indesligable atadura al Contrato de Fianza regulado en los artículos 1868 al 1905 del Código Civil, se hacía necesario para el banco fiador, antes de efectuar el pago, comprobar fehacientemente que la obligación garantida había sido efectivamente incumplida por el deudor, lo que muchas veces daba lugar a engorrosas situaciones que se prolongaban por mucho tiempo y que, eventualmente, terminaban ventilándose a nivel del Poder Judicial (p. 2).

- b) Por lo que a las empresas del Sistema de Seguros se refiere, desde el 1 de junio de 2023 se encuentra vigente el Reglamento Fianza.

A pesar de lo mencionado, las cartas fianza emitidas por empresas supervisadas por la SBS gozan de ‘buena salud’ y son una garantía muy apreciada por los acreedores debido a la seguridad que ofrece el patrimonio del fiador y a la facilidad con que pueden ser ejecutadas. No están libres de dificultades, pero, en general, gozan en la práctica de excelente reputación.

E. Las ‘garantías autónomas’

Las llamadas garantías autónomas o independientes, también en ocasiones denominadas garantías abstractas, incondicionales, o a primer requerimiento,

[...] nacieron a la vida jurídica como réplica a las garantías tradicionales, que precisan de trámites engorrosos y económicamente ineficientes, que frustran, por lo mismo, la posibilidad de llevar a efecto negociaciones financieramente relevantes. El hecho de contar con proveedores de garantía como establecimientos de crédito de reconocidas calidades de solvencia patrimonial, así como el hecho de no tener que entrar

³⁴ Por cierto, que la SBS ha aclarado en su página web, al publicar la lista de empresas de seguros autorizadas a emitir fianzas, que “[...] el término Fianza refiere indistintamente a Fianzas o Cartas Fianzas”.

³⁵ Véase a Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.c.).

³⁶ El trámite es el establecido en el Procedimiento 209 del TUPA de la SBS, “Autorización para que las empresas de seguros emitan fianzas que garanticen obligaciones crediticias (Fianzas GOC)”.

en controversias judiciales para hacer efectivos los derechos, generan climas de confianza y eficiencia que propician el buen ejercicio de las operaciones de intercambio (García Vásquez, 2006, p. 15).

Lo que caracteriza a esta clase de garantías es precisamente que son autónomas respecto de la obligación garantizada y que el compromiso del garante es considerado válido con independencia de su causa. Se ha señalado que:

La autonomía de la garantía, respecto a la relación garantizada, es el elemento característico y se manifiesta por medio de una cláusula en la cual está inequívocamente expresada la renuncia del garante a deducir cualquier medio de defensa referido a la relación principal (comprendida aquella de la invalidez de su fuente contractual), de manera que se le asegure al beneficiario en cada caso el pago de la suma de dinero contractualmente establecida. En otras palabras, el compromiso asumido por el garante es considerado válido con independencia de su causa, considerándose que la obligación que asume de pagar la garantía constituye una obligación autónoma, lo que explica adecuadamente que la obligación del garante sea una distinta de la del deudor de la relación subyacente (por lo cual la referencia a la «solidaridad» no es precisa) y que el garante no pueda oponer medios de defensa (lo que motiva un pago a primer requerimiento) (Barchi, 2018, p. 85).

En el Perú, aunque no tienen una consagración regulatoria expresa, las cartas fianza que emiten las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros serán garantías autónomas o independientes (o deberían ser consideradas como tales) en la medida que contengan cláusulas que obliguen a su realización automática, a primer requerimiento o similares, a pesar de que nada impide que se emitan sin estas características.

En cuanto a las empresas de seguros, es importante tener en cuenta lo indicado en el artículo 4 del Reglamento Fianza, en el sentido de que las fianzas emitidas bajo las características de incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática a solo requerimiento, o con cláusulas similares, no deben tener o condiciones o requisitos previos para el pago, por lo que “deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito”, de acuerdo a lo que disponen los numerales 5.1 y 5.2 de la Circular SBS S-0590-2001.

Es recomendable, por esta razón, examinar detenidamente el texto de cada garantía en particular,

ya que la literalidad del documento determinará si nos encontramos frente a una garantía independiente o no.

Acerca de la literalidad, conviene tener presente lo opinado por la SBS en su Oficio 5196-2011, del 27 de enero de 2011, dirigido a la OSCE, en el que indica:

La carta fianza es una operación eminentemente formal y **se rige por el principio de literalidad**, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación (carta Fianza).

[...]

Sobre el particular, la regulación vigente no establece que información deben contener las cartas fianza, sino que su contenido se sujeta al principio de literalidad antes acotado y en ese sentido, dicho documento **debe contener toda la información que se estime relevante para establecer, claramente, el ámbito de aplicación de la garantía y si a ello contribuye la data consultada, deberá hacerse**. A este fin debe quedar claro que para que la garantía sea eficaz y no presente dificultades al momento de su ejecución, debe permitir, unívocamente, de su lectura determinar de modo preciso lo que es objeto de cobertura pues de lo contrario, la empresa emisora podría negarse a su ejecución [el énfasis es nuestro].

F. Las fianzas y cartas fianza emitidas por las Empresas del Sistema de Seguros

Como ya lo hemos indicado, de acuerdo con el artículo 318 de la Ley General, las empresas de seguros y/o de reaseguros pueden emitir fianzas (y, se entiende, cartas fianza). La SBS, primero mediante la Resolución SBS 4025-2016 y, posteriormente, a través del Reglamento Fianza, hizo una distinción entre las fianzas que garantizan obligaciones crediticias y las fianzas que respaldan otro tipo de obligaciones, precisando que las fianzas que garantizan obligaciones crediticias solo pueden ser emitidas si la empresa de seguros cuenta con autorización previa de la SBS para este tipo de operaciones y, por su naturaleza, son consideradas como operaciones sujetas a riesgo de crédito y afectas a la constitución de provisiones, requerimientos de patrimonio efectivo y a los límites de concentración propios del Sistema Financiero.

La emisión de fianzas que garantizan otras obligaciones, distintas a las obligaciones crediticias, no requiere de autorización previa por parte de la SBS, pero solo puede ser realizada luego de que la empresa de seguros envíe información que susten-

ta la nueva operación y la forma en que se gestionará sus riesgos.

1. Fianzas que garantizan obligaciones crediticias (Fianzas GOC)

Este tipo de fianzas sólo pueden ser emitidas por las empresas de seguros y/o de reaseguros previa ampliación de su autorización de funcionamiento³⁷, conforme a lo previsto en el artículo 318 de la Ley General. La autorización permitiría tanto la celebración de contratos de fianza como la emisión de cartas fianza.

Se tratan estas fianzas de aquellas emitidas para garantizar obligaciones de pagar sumas de dinero u 'obligaciones crediticias', como las denomina la SBS, quien las considera operaciones sujetas a riesgo de crédito, sin vinculación con el riesgo de caución³⁸, por lo que están afectas a la constitución de provisiones, requerimientos de patrimonio efectivo y a los límites de concentración del sistema financiero³⁹. Son consideradas por la SBS como una modalidad o tipo de 'financiamiento'⁴⁰ y, más exactamente, como un financiamiento concedido bajo la modalidad de 'créditos indirectos o contingentes'⁴¹.

2. Las fianzas que respaldan otro tipo de obligaciones

La emisión de fianzas que garantizan obligaciones distintas a las obligaciones crediticias no requiere de autorización previa de la SBS. Este tipo de fianzas están definidas por exclusión, ya que son todas aquellas fianzas que no garantizan obligaciones crediticias. Involucran 'riesgo de caución', por lo que reciben el tratamiento propio de las operaciones de seguros.

Un caso a tener en cuenta es el de aquella fianza emitida para garantizar 'el fiel cumplimiento' de un contrato complejo, que contiene obligaciones diversas, que involucran prestaciones de distinta naturaleza, incluyendo tanto obligaciones de dar sumas de dinero como también obligaciones de dar otra clase de bienes, además de obligaciones de hacer o de no hacer. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas fianzas que garantizan el fiel cumplimiento de contratos de obra de gran envergadura, en los que el afianzado tiene asumidas múltiples y muy diferentes obligaciones. Se trata de un asunto opinable y discutible el tratar de calificar a la garantía como una fianza GOC o como una fianza GOO, pero importante, ya que determinará el tratamiento que la empresa emisora deberá dar a la fianza o carta fianza para efectos contables y de registro de la operación en general.

G. Las Fianzas y las Pólizas de Caución

El artículo 318 de la Ley General, al señalar las operaciones que pueden realizar las empresas de seguros, indica que también están autorizadas "para emitir pólizas de caución vinculadas a prestaciones de hacer o de no hacer" (1996). Se tratan, estas pólizas, de un producto de seguro, a diferencia de las fianzas o cartas fianza que son emitidas para garantizar obligaciones crediticias.

De la Ley General y de la regulación emitida por la SBS se desprende que las fianzas emitidas por las empresas de seguros pueden cubrir obligaciones de dar (incluyendo obligaciones de dar sumas de dinero), de hacer y de no hacer, mientras que las pólizas de caución, por el contrario, solo pueden cubrir obligaciones de hacer y de no hacer (o de-

³⁷ El Procedimiento 209 del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la Superintendencia, describe el procedimiento y requisitos necesarios para expedir esta autorización complementaria para que una empresa de seguros pueda emitir Cartas Fianza que garanticen obligaciones crediticias.

³⁸ El numeral 54 de la sección II del Capítulo II 'Riesgos' del Plan de Cuentas para las Empresas del Sistema Asegurador define el riesgo de caución:

Por el seguro de caución el asegurador se obliga frente al asegurado, dentro de los límites y condiciones establecidas en el contrato y en la ley aplicable, a indemnizarlo en caso de que el contratante o tomador del seguro incumpla sus obligaciones contractuales o legales garantizadas, **distintas a la entrega de dinero**" (2016) [el énfasis es nuestro].

³⁹ De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.3 del artículo 3 del Reglamento de los Requerimientos Patrimoniales de las empresas de Seguros y Reaseguros, aprobado por Resolución 1124-2006-SBS, entre los activos y contingentes sujetos a riesgo de crédito se encuentran "las fianzas otorgadas por las empresas, referidas a aquellas garantías sobre obligaciones crediticias. Para tal efecto, se entiende por obligación crediticia aquella que consista únicamente en el pago de una suma de dinero".

⁴⁰ La Circular SBS B-2148-2005 - S-0613-2005 (aplicable a las 'Empresas de Seguros') define a los 'financiamientos' como: [...] los créditos directos, cuentas por cobrar, arrendamientos financieros, inversiones, exposición crediticia equivalente de las operaciones con derivados y **los créditos contingentes**, a excepción de las líneas de crédito no utilizadas y los créditos aprobados no desembolsados, cuyos compromisos puedan ser terminados o cancelados unilateralmente por la empresa en cualquier momento [el énfasis es nuestro].

⁴¹ La misma Circular SBS B-2148-2005/ S-0613-2005 define a los 'Créditos Indirectos' o a los 'Créditos Contingentes' como los que "representan los avales, **las cartas fianza**, las aceptaciones bancarias, las cartas de crédito, los créditos aprobados no desembolsados y las líneas de crédito no utilizadas" [el énfasis es nuestro].

ben estar vinculadas a ‘prestaciones de hacer o no hacer’, como lo menciona la Ley General).

En el siguiente cuadro se grafican estas alternativas:



Fuente: Elaboración propia

1. Las Fianzas, las Pólizas de Caución, el Seguro de Crédito

Las pólizas de caución y los seguros de crédito tienen una finalidad similar a las cartas fianzas en varios aspectos; sin embargo, los dos primeros productos pertenecen al mundo de los seguros de daños patrimoniales, de acuerdo con la opción que ha tomado nuestro legislador y que ha sido reiterada por la SBS:

[...] la instrumentalización de los seguros de caución en documentos característicos del seguro, como es la póliza; el hecho de que la contraprestación asumida por el tomador del seguro sea una prima, y que en el contenido de

la póliza se puedan pactar cláusulas relativas a la descripción del riesgo, así como a la indisputabilidad de la prima, son circunstancias que impiden atribuir al seguro de caución la naturaleza jurídica de la fianza⁴².

Esta afirmación es también perfectamente aplicable al Seguro de Crédito.

A continuación, efectuamos una comparación, muy simplificada, de las Cartas Fianzas, el Seguro de Caución y el Seguro de Crédito sobre la base de las normas existentes, para el cual nos ha resultado muy ilustrativo lo opinado por Erika J. Valdivieso López (2017) en la obra que sobre el Contrato de Seguro tiene publicada la Universidad de Piura⁴³:

Tabla 2

Carta Fianza	Póliza de Caución	Seguro de Crédito
El Contratante es el deudor	El Contratante es el deudor	El Contratante es el acreedor
La aseguradora está obligada a pagar la carta fianza ante un incumplimiento del Contratante	La aseguradora está obligada a pagar el seguro ante un incumplimiento del Contratante	La aseguradora está obligada a pagar el seguro ante un incumplimiento de los deudores del contratante
El Contratante es distinto del beneficiario de la fianza.	El Contratante es distinto del Asegurado	El Contratante es el Asegurado
El Beneficiario es un tercero	El Asegurado es un tercero	El Asegurado es el Contratante
Cubre obligaciones de dar sumas de dinero, obligaciones de dar otros bienes, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer.	Cubre obligaciones de hacer o no hacer. No puede cubrir obligaciones de dar sumas de dinero.	Cubre obligaciones de dar sumas de dinero.
La empresa de seguros paga determinada cantidad de dinero al beneficiario si una obligación ajena no es cumplida por el deudor.	La empresa de seguros indemniza al Asegurado en caso de que el contratante o tomador seguro incumpla alguna obligación, distinta a una obligación crediticia.	La empresa de seguros indemniza al Asegurado o Beneficiario en caso se produzca la insolvencia de sus clientes
Cubre operaciones concretas	Cubre operaciones concretas	Cubre el monto de las cuentas por cobrar de una cartera de clientes del Contratante o Asegurado

⁴² Oficio 28355-2013-SBS, del 9 de julio de 2013, dirigido a la Intendente Nacional de la Sunat.

⁴³ Véase a Valdivieso, E (2017).

Carta Fianza	Póliza de Caucción	Seguro de Crédito
Puede emplearse para asegurar créditos otorgados por empresas del sistema financiero.	No aplica (sólo asegura obligaciones de hacer o no hacer)	No puede emplearse para asegurar créditos otorgados por empresas del sistema financiero.
Implica riesgo de crédito.	Implica riesgo de caucción.	Implica riesgo de caucción.
No interviene 'Ajustador de Seguros' (en principio)	Interviene 'Ajustador de Seguros'	Interviene 'Ajustador de Seguros'.
A las fianzas que garantizan operaciones crediticias se les aplica el tratamiento de operaciones de crédito. A las demás fianzas se les aplica el tratamiento de operaciones de seguros.	Se aplica el tratamiento de operaciones de seguros.	Se aplica el tratamiento de operaciones de seguros.

Fuente: Elaboración propia

Por lo expuesto hasta ahora, puede apreciarse que las cartas fianzas emitidas por las empresas de seguros y/o de reaseguros pueden garantizar un universo de obligaciones muy amplio, más amplio que el universo de obligaciones que pueden garantizarse con pólizas de caucción. Inclusive, respecto de las cartas fianza emitidas por las empresas del sistema financiero, no les alcanzaría la prohibición de garantizar operaciones de mutuo dinerario que se celebren entre terceros cuando ninguno de esos terceros sea una empresa del sistema financiero, o un banco o una financiera del exterior.

VI. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE REASEGUROS SUJETOS A LA LEGISLACIÓN PERUANA

Para cerrar este artículo, nos parece relevante analizar el régimen legal que resulta aplicable a los contratos de reaseguros en el Perú. Este tipo de acuerdos celebrados entre empresas especializadas (es decir, empresa de seguros y empresa de reaseguros locales o extranjeras) constituyen, en su mayoría, contratos especializados y estandarizados, salvo por alguna estipulación en particular consistente en que las partes discutan y, con base en ello, acuerden modificar. En algunas ocasiones, las empresas de seguros peruanas deciden celebrar contratos de reaseguros con otras empresas de reaseguros domiciliadas en el exterior por diversas causas específicas, entre estas, el riesgo muy especializado que ha sido cubierto por el contrato de seguro base (como, por ejemplo, algún seguro aeronáutico, marítimo, entre otros). En estos casos, es posible que los contratos de reaseguros, según lo pactado entre las partes, se sometan a alguna legislación y jurisdicción extranjera y no a la peruana.

Por otro lado, los contratos de reaseguros también pueden encontrarse sujetos a la legislación y jurisdicción peruana, no habiendo, para ello, ninguna prohibición legal⁴⁴. En estos casos, según nuestra experiencia y siempre que intervenga una empresa reaseguradora extranjera, cuando ocurre algún siniestro cubierto por el seguro base que conlleve a que se active el reaseguro, las partes discuten el marco legal peruano que resulta aplicable al contrato de reaseguro. Con base en ello, mediante el presente artículo, buscamos identificar la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdos para, luego, determinar la normativa aplicable a los contratos de reaseguros celebrados bajo la normativa peruana.

A. Contrato de Reaseguro: definición y sus principales características bajo la normativa peruana

El contrato de reaseguro es el acuerdo mediante el cual una empresa de seguros (cedente) transfiere la totalidad (100%) o una parte de los riesgos asumidos por esta en virtud de un contrato de seguro (contrato base) celebrado con un tercero (contratante/asegurado) a una empresa reaseguradora local o extranjera, a cambio de que esta última reciba el pago de una prima (prima del reaseguro). Según lo señala la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (en adelante, APESEG), el reaseguro funciona como 'el seguro del seguro'⁴⁵. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el reaseguro, en realidad, tiene como propósito principal cubrir el patrimonio de la empresa de seguros ante un siniestro cubierto por un contrato de seguro que esta ha otorgado.

Ahora bien, el artículo 138 de la LCS define al contrato de reaseguro como el acuerdo por el cual el

⁴⁴ Debiendo observar las empresas reaseguradoras los requisitos incluidos en la Ley General, el Reglamento para la Contratación y Gestión de Reaseguros y Coaseguros, aprobado mediante Resolución SBS 4706-2017 y demás normativa reglamentaria que sea aplicable.

⁴⁵ Véase a Asociación Peruana de Empresas de Seguros (2020)

reasegurador se obliga al pago de la deuda (consecuencias patrimoniales) que se origina del patrimonio reasegurado, derivado de un riesgo asumido, en su calidad de asegurador, en el marco de un contrato de seguro. Por otro lado, de acuerdo con el Reglamento para la Gestión y Contratación de Reaseguros y Coaseguros (en adelante, Reglamento Reaseguro SBS), aprobado mediante Resolución SBS 4706-2017, el reaseguro se puede dividir en:

- **Facultativo:** Contrato de reaseguro vinculado a un riesgo o a una póliza individual, mediante el cual la empresa de seguros y el reasegurador tienen la **facultad** de ceder y aceptar, según sea aplicable, un determinado riesgo. Es decir, la cesión y aceptación queda a discreción de cada una de las partes pertinentes.
- **Automático (obligatorio):** Contrato de reaseguro en el que la empresa de seguros y el reasegurador pactan la transferencia y aceptación **obligatoria** de riesgos. En ese sentido, las partes estarán vinculadas por una relación contractual que implica que el reasegurador asuma obligatoriamente determinados riesgos (según los límites pactados por las partes).
- **Facultativo-obligatorio:** Contrato de reaseguro mediante el cual las partes establecen la cesión facultativa de riesgos por parte de la empresa de seguros y la aceptación obligatoria de dichos riesgos por parte de la empresa reaseguradora. Es decir, es una mezcla entre el reaseguro automático y el facultativo.

Dentro de dicha división, los reaseguros podrán ser proporcionales o no proporcionales, dependiendo de si la empresa de seguros y el reasegurador comparten de forma proporcional la cobertura del riesgo delimitado con base en el contrato de seguro base o si la responsabilidad del reasegurador 'nace' cuando los siniestros ocurridos exceden el límite de retención o si existe una prioridad por parte de la empresa de seguros, según el contrato de seguro base, debiendo intervenir, por tanto, el reasegurador solo en ese escenario.

Por otro lado, un aspecto importante de los reaseguros es que esta figura contractual permite que las empresas de seguros diversifiquen o dispersen los riesgos que asumen con base en su actividad como aseguradoras⁴⁶. Esto permite, entre otros, que las empresas de seguros asuman grandes ries-

gos sin estar expuestos a pérdidas considerables en caso de siniestros, o que puedan brindar una mayor cobertura a determinados clientes.

Una vez explicada la definición de un reaseguro, consideramos necesario señalar las principales características de esta figura. En ese sentido, el contrato de reaseguro comparte ciertas características con el contrato de seguro, a pesar de ser figuras contractuales distintas. Además de la característica principal que comparten el reaseguro con el seguro que es la **transferencia de riesgo** con base en parámetros de onerosidad, dichas figuras tienen, entre otras, las siguientes similitudes: (i) bilateralidad; (ii) consensualidad; (iii) onerosidad; (iv) continuidad; y (v) aleatoriedad (Rodríguez, 1987).

Sin embargo, el contrato de reaseguro tiene características propias como, por ejemplo, la subordinación, las partes que los suscriben, su cobertura y su regulación (Rodríguez, 1987). En ese sentido, la subordinación implica, principalmente, que el reaseguro requiere necesariamente que exista un contrato de seguro base. No obstante, cabe indicar que el contrato de reaseguro **no** subordina las relaciones derivadas del contrato de seguro (ni el pago del siniestro cubierto por el seguro)⁴⁷, pues, como hemos mencionado, el contrato de seguro base cubre un riesgo distinto que el contrato de reaseguro.

Con relación a las partes que suscriben los contratos de reaseguros, si bien estamos ante una relación contractual entre empresas especializadas en la industria aseguradora, siendo el reaseguro un acuerdo muy sofisticado, consideramos que el poder de negociación no es equitativo en algunos casos. Nos explicamos: en algunas ocasiones, las empresas de reaseguradoras, sobre todo extranjeras, tienen un mayor poder de negociación al ser su cliente el que busca contratar una póliza de seguros peruana para el desarrollo de sus actividades comerciales, e incluso el reasegurador puede tener una especialización más profunda respecto del riesgo reasegurado.

Por otro lado, el reaseguro cubre las pérdidas (consecuencias) patrimoniales a las que se verá expuesta la empresa de seguros en caso se materialice un siniestro (riesgo) cubierto por el contrato de seguro base (póliza). Por el contrario, el contrato de seguro cubre un riesgo de forma directa a favor de un asegurado, de acuerdo con lo pactado con el contratante del seguro.

⁴⁶ Véase al artículo 3 del Reglamento Reaseguro SBS.

⁴⁷ De acuerdo con el artículo 139 de la LCS.

Una vez explicado la definición del contrato de reaseguro regulada en la normativa peruana y las principales características de este tipo de acuerdos, creemos que nos encontramos en una mejor posición para determinar la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro para luego delimitar la normativa peruana que le sería aplicable a este tipo contractual.

B. Naturaleza jurídica de los Contratos de Reaseguros en el Perú

Una parte de la doctrina sostiene que los contratos de reaseguros en el Perú son calificados como contratos atípicos. Como definición general, los contratos atípicos son aquellos acuerdos válidos que no pueden ser subsumidos en un tipo contractual que se encuentre regulado expresamente en la normativa. Ahora bien, con base en el artículo 1354 del Código Civil peruano, las partes pueden celebrar este tipo de contratos con base en el ejercicio de su autonomía privada (libertad contractual)⁴⁸. En ese sentido, los contratos atípicos se basan en un esquema contractual específico y particular derivado de la originalidad de las partes que no se puede subsumir en aquellos acuerdos típicos que regulan el tráfico jurídico, económico y comercial. Consideramos que los llamados ‘contratos innominados’, recogidos por el Código Civil peruano, son, en realidad, los contratos atípicos, es decir, aquellos que no tienen una fuente de integración legal (normativa específica supletoria) y que, por tanto, no están regulados en el ordenamiento jurídico peruano, pero están regidos por los principios generales del derecho, según sea aplicable a cada materia.

Un aspecto adicional que consideramos se debe tener en cuenta es que el contrato de reaseguro inicialmente, y antes de la LCS, fue considerado **atípico en su totalidad**, es decir, no se encontraba expresamente regulado en ninguna norma. No obstante, la LCS cambió dicho escenario e incluyó una sección que regula de forma expresa el contrato de reaseguro. No podemos sostener que dicha regulación es amplia y rigurosa, pero por lo menos nos brinda algunas características sobre el contenido del contrato de reaseguro (incluyendo, como hemos mencionado en la sección anterior, en su artículo 138, una definición general del contrato de reaseguro).

En ese sentido, consideramos que el análisis respecto de la naturaleza jurídica de los contratos de reaseguros debe responder a parámetros de tipicidad. Dicho esto, aunque todavía seguirá exis-

tiendo un gran elemento de la autonomía privada para estipular el clausulado, los términos y condiciones del contrato de reaseguro, no podemos negar que es un tipo contractual que, a la fecha, ya se encuentra regulado en la normativa peruana, tanto en la LCS, en el Reglamento Reaseguro SBS, como en la demás normativa reglamentaria emitida por la SBS.

Con relación a las disposiciones reglamentarias de la SBS, consideramos que su regulación permite también argumentar que no se puede concluir que el contrato de reaseguro es un contrato atípico, pues el mismo es, como hemos mencionado, un acuerdo que tiene nombre y regulación propia en el marco normativo peruano, pese a que su regulación no sea integral ni sistemática. En ese sentido, el contrato de reaseguro es más bien una ‘contrato típico muy sofisticado’, considerando que las partes que lo suscriben son empresas especializadas en la industria y teniendo en cuenta que les resulta aplicable la práctica y costumbres internacionales de la actividad reaseguradora.

C. ¿Qué normativa aplicaba a los Contratos de Reaseguros en Perú?

El artículo I de las Disposiciones Generales de la LCS establece que dicha norma se aplica **a todas las clases de seguros** y tiene carácter imperativo, salvo que admita expresamente lo contrario. Asimismo, es supletoria en los seguros obligatorios y en los que se encuentren regulados por leyes especiales. Con relación al reaseguro, el Título III que regula este tipo contractual únicamente contiene dos artículos (artículos 138 y 139 de la LCS), referidos en los numerales anteriores.

De forma adicional, con relación a la aplicación de la LCS a los contratos reaseguros, consideramos que es importante hacer un análisis de los artículos que sean afines al contrato de reaseguro y su estructura. En ese sentido, Vercher (2017), menciona:

El artículo 1 de la Ley peruana indica que se caracteriza por su **imperatividad**, salvo que se disponga lo contrario. Los artículos 138 y 139 destinados al reaseguro **no indican nada en contrario, es decir, que se someten a la imperatividad de la Ley**, por lo que la traducción de ello se centra en que **no cabe alterar ni la definición del contrato de reaseguro, ni la imposibilidad de subordinar las relaciones del contrato de seguro al del reaseguro** [...] (p. 761) [el énfasis es nuestro].

⁴⁸ Siempre que cumplan con los requisitos de validez señalados en el Código Civil.

Coincidimos con que la LCS tiene carácter imperativo y que, con base en ello, se debe aplicar algunas secciones de dicha norma a los contratos de reaseguros, teniendo en cuenta que son contratos típicos regulados expresamente en dicha norma y que comparten ciertas similitudes con los seguros en general.

Ahora bien, no hemos identificado alguna norma que, de forma expresa, señale que aplica la LCS directamente a los reaseguros. No obstante, es importante tener en cuenta la naturaleza y definición de estos acuerdos, indicadas en las secciones anteriores. Así, conforme lo hemos sostenido, un reaseguro implica una distribución de riesgos debido a que un asegurador traslada parte o la totalidad de su responsabilidad al reasegurador. Cabe señalar que al igual que las operaciones de seguros, el reasegurador recibe de la empresa de seguros una prima por el contrato de reaseguro. Además, el seguro y el reaseguro comparten el mismo propósito esencial, **la transferencia del riesgo**.

Incluso, en virtud de ello, algunos autores sostienen que no existe inconveniente en considerar los contratos de reaseguros **como una modalidad de seguro** (aunque no se cubra el riesgo directo del seguro) debido a sus similitudes y naturaleza, aunque tengan ciertas diferencias, de acuerdo con el siguiente detalle:

En la actualidad, **no existe ninguna controversia en considerar que los contratos de reaseguro son una modalidad del contrato de seguro**, pues se dan las características de este, siendo clasificado, además, como un seguro contra daños, es decir, que se resarce el daño efectivamente causado al asegurado [...] (Vercher, 2017, p. 759) [el énfasis es nuestro].

Dicho esto, analizando la estructura de la LCS, su ámbito de aplicación y la naturaleza del reaseguro, se puede sostener que dicha norma aplica a los contratos de reaseguros, **en específico el Título I (Disposiciones Generales) –en lo que sea pertinente– y el Título III (Contratos de Reaseguros)**. Como hemos mencionado, el reaseguro funciona como una modalidad de seguro, con ciertas particularidades entre empresas con un alto conocimiento del sistema de seguros. Además, el artículo I de la LCS señala claramente que dicha norma aplica para ‘toda clase de seguro’, por tanto, tiene un ámbito de interpretación amplio y, dentro de su regulación, se hace mención expresa a los contratos de reaseguros.

De forma adicional, si bien en los principios recogidos en el artículo II de la LCS se hace refe-

rencia al contrato de seguro de forma expresa, es importante tener en cuenta que estos son los que rigen la institución de los seguros en general en el Perú. Por ello, también deberían aplicar, según sea coherente, a los contratos de reaseguros que sean celebrados bajo ley peruana. Cabe indicar que en la normativa reglamentaria de la SBS vinculadas a la contratación de reaseguros en el Perú no se regulan estos principios generales. Por tanto, en caso no se considere aplicable directamente y de forma imperativa la LCS a los reaseguros, ello podría conllevar que la actuación de los reaseguradores en el Perú no esté correctamente delimitada, pudiendo afectar a las empresas de seguros.

No obstante, es importante mencionar que, desde otra perspectiva, podría argumentarse que las empresas de seguros son especializadas en este sistema, por tanto, no le deberían aplicar las garantías y protecciones reguladas en el Título I de la LCS. Sin embargo, bajo nuestra perspectiva, el hecho de que estemos frente a un contratante especializado no implica que se restrinja la aplicación de la LCS, sino que solo ciertas disposiciones aplicables a los asegurados en calidad de consumidores no sean aplicables, debiendo analizar cada caso concreto.

En función de lo mencionado, consideramos que los contratos de reaseguro sujetos a la ley peruana se encuentran regulados, en primer lugar y de manera específica al ser contratos típicos, por la **LCS** (artículos 138 y 139) y por las demás disposiciones de la LCS, en lo que fuese aplicable a su naturaleza y a la calidad/posición de las partes contratantes; luego, por la **Ley General** (y sus normas modificatorias); por las **disposiciones en materia de contratos de reaseguro emitidas por la SBS** (incluyendo el Reglamento Reaseguro SBS); por las disposiciones de **Derecho Mercantil** aplicables a esta materia (artículo 4 de la Ley General) y, finalmente, de manera supletoria y residual, por lo establecido por el Código Civil Peruano (Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil).

D. Conclusiones

De acuerdo con lo regulado en la LCS, el contrato de reaseguro se encuentra normado expresamente en dicha norma. Este tipo de acuerdos implica que una empresa de seguros (cedente) transfiera la totalidad o una parte de los riesgos asumidos por esta en virtud de un contrato de seguro (contrato base) a una empresa reaseguradora local o extranjera. Ahora bien, conforme sea pactado por las partes, el contrato de reaseguro puede encontrarse sujeto a la normativa peruana como a la extranjera.

Con relación a los contratos de reaseguros sujetos a la normativa peruana, antes de la LCS, el contrato de reaseguro fue considerado atípico en su totalidad, y, por tanto, regulado exclusivamente por las disposiciones del Código Civil y los usos y costumbres del mercado de seguros. Actualmente, la LCS incluyó una sección que regula el contrato de reaseguro, y, por tanto, el escenario cambió. En sentido, consideramos que el contrato de reaseguro no se puede considerar un tipo contractual innominado ni, a nuestro parecer, tampoco atípico. Por el contrario, el contrato de reaseguro es un contrato típico muy sofisticado que comparte ciertas similitudes con el contrato de seguro en general.

La LCS tiene carácter imperativo y con base en ello, debe aplicar algunas secciones a los contratos de reaseguro. En específico, sostenemos que serían aplicable a este tipo de acuerdos el Título I (disposiciones generales, en lo que sea aplicable según la naturaleza del contrato de reaseguro) y el Título III (regulación específica de los reaseguros) de la LCS, teniendo en cuenta cada relación contractual y las partes involucradas. En segundo lugar, sería aplicable la Ley General; luego las disposiciones reglamentarias de la SBS sobre la materia (incluyendo el Reglamento Reaseguros SBS, entre otros); y las disposiciones mercantiles aplicables. Finalmente, aplicarían las disposiciones del Código Civil de manera residual y supletoria a este tipo contractual.

Luego de haber desarrollado cada una de las materias vinculadas al Derecho de Seguros en el Perú que elegimos para esta 'primera entrega', las cuales, como mencionamos, constituyen asuntos especializados que hemos visto en nuestra práctica profesional y de los que se ha escrito muy poco, esperamos contribuir para que exista una mayor claridad sobre estos temas que son bastante relevantes para el mercado de seguros peruano; y, además, sobre todo, despertar el interés del lector para que se continúe investigando y profundizando sobre esta materia, así como que nuestros 'apuntes prácticos' sean de utilidad para aquellos profesionales que se dedican a la actividad de los seguros y reaseguros (en el mundo del derecho o fuera de este).

Esperamos tener la oportunidad de, en un futuro (no tan lejano), regresar con una 'segunda entrega', con otros apuntes prácticos y que puedan ser de utilidad sobre otras materias del Derecho de Seguros sobre las que creemos sería necesario escribir. Además, también retornaremos con el artículo complementario y aclaratorio sobre los 'grandes riesgos' al que nos hemos referido en la segunda sección de este artículo. 📄

REFERENCIAS

- Arias-Schreiber, M (1995). *Exégesis del Código Civil de 1984*. Gaceta Jurídica.
- Asociación Peruana de Empresas de Seguros (s.f.). LATAM Primas sobre PBI. *Asociación Peruana de Empresas de Seguros*. <https://www.apeseg.org.pe/latam-primas-sobre-pbi/>
- (03 de diciembre de 2020). ¿Qué son el coaseguro y el reaseguro?. *Asociación Peruana de Empresas de Seguros*. <https://www.apeseg.org.pe/2020/12/que-son-el-coaseguro-y-el-reaseguro/>
- Barchi, L. (8 de mayo de 2018). Aproximación a las mal llamadas cartas fianza bancarias: las garantías autónomas. *Jurídica: Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*. <https://hdl.handle.net/20.500.12724/6151>.
- (2009). La Carta Fianza Bancaria: Una Introducción a las garantías autónomas. *Advocatus*, (21), 71-98.
- Cárdenas, C. (2001). Las Garantías del Derecho de Crédito y la Reforma del Código Civil del Perú de 1994. *Derecho & Sociedad*, (16), 219-235.
- Cárdenas, L. (2008). La fianza como contrato de formación unilateral. Diálogo con la Jurisprudencia, *Gaceta Jurídica*, (121).
- De la Puente, M (2004). El Contrato de Garantía. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (49), 205-208.
- García, D (2006). Garantías Independientes y Cartas de Patrocinio: Las mejores alternativas para el comercio internacional. *Revista Mercatoria*, (5).
- Landa, C (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (66), 309-327.
- Luzuriaga, J (2008). *La carta Fianza Bancaria en el Perú (a raíz de una consulta hecha por un banco local en un caso en el que se vio involucrado y que me tocó patrocinar)*. https://www.academia.edu/33365122/LA_CARTA_FIANZA_BANCARIA_EN_EL_PERU_A_RAIZ_DE_UNA_CONSULTA_HECHA_POR_UN_BANCO_LOCAL SOBRE_UN_CASO_EN_EL_QUE_SE_VIO_INVOLUCRADO_Y_QUE_ME_TOC%C3%93_PA-TROCINAR
- Núñez del Prado, A (2017). Grandes riesgos e información tergiversada e incompleta. *Ius et Veritas*, (55), 184-196.

- (2020). *Derecho de Seguros y Reaseguros*. Fondo Editorial PUCP.
- Rodríguez, C (1987). *Derecho de Seguros y Reaseguros*. Fundación Bustamante De La Fuente.
- Roppo, V. (2009). *El contrato como acuerdo: voluntad y libertad contractual*. Gaceta Jurídica.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.a.). *Relación de Seguros Obligatorios*. <https://www.apeseg.org.pe/latam-primas-sobre-pbi/>
- (s.f.b.). *Seguros Obligatorios de Accidentes de Tránsito*. <https://www.sbs.gob.pe/usuarios/seguros/seguros-obligatorios/seguros-obligatorios-de-accidentes-de-transito>
- (s.f.c.). *Empresas autorizadas a emitir cartas fianza*. <https://www.sbs.gob.pe/supervisados-y-registros/empresas-supervisadas/informacion-sobre-supervisadas/sistema-financiero-supervisadas/relacion-de-empresas-que-se-encuentran-autorizadas-a-emitir-cartas-fianza>
- Torres, A (2015). *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*. Instituto Pacífico
- (2016). *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes, Sumillas, Legislación Complementaria*. IDEMSA.
- Valdivieso, E (2017). *Estudios sobre el Contrato de Seguro*. Universidad de Piura.
- Varsi, E (2019). *Teoría general de los Derechos de Garantía*. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/9190>
- Vercher, J (2017). *Estudios sobre el contrato de seguro*. Instituto Pacífico.
- Zegarra, Á (2017). *Estudios sobre el Contrato de Seguro*. Instituto Pacífico.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Defensoría del Asegurado [DEFASEG], 28 de octubre de 2019, Resolución 129/2019 (Perú).
- Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de diciembre de 1996 (Perú).
- Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de mayo de 2000 (Perú).
- Ley 29946, Ley del Contrato de Seguro, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de noviembre de 2012 (Perú).
- Resolución SBS 13278-2009, Reglamento de la Gestión Integral de Riesgos para las Cooperativas de Ahorro y Crédito, 22 de septiembre de 2009 (Perú).