

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor**

**Las condiciones de activación en los contratos de seguro como supuestos de cláusulas abusivas**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor**

**AUTORA**

Andrea Isabel Egoavil Guerra

**ASESOR**

Javier Mihail Pazos Hayashida

**CÓDIGO DE LA ALUMNA:**

20110967

**2018**

## ÍNDICE

1.	Resumen .....	3
2.	Introducción.....	4
3.	El concepto de cláusulas abusivas y su regulación.....	5
3.1	Las cláusulas abusivas según INDECOPI y el Código de Protección y Defensa del Consumidor .....	8
3.2	Las cláusulas abusivas según la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP .....	10
4.	Cláusulas abusivas en los contratos de seguros.....	12
4.1	Los contratos de seguros de salud.....	14
4.1.1	Las preexistencias y el periodo de carencia como supuestos de cláusulas abusivas .....	16
5.	Conclusiones.....	18
6.	Bibliografía.....	20

## RESUMEN

El presente artículo tendrá por objeto analizar la existencia o no de potenciales cláusulas abusivas para los casos de activación de coberturas en los contratos de seguros de salud. De acuerdo a la mecánica actual del mercado, los contratos de seguro se caracterizan por ser contratos con cláusulas generales de contratación y a su vez por ser contratos de adhesión. Ello significa por un lado que, un consumidor no tendrá la capacidad para negociar cada una de las estipulaciones incluidas dentro del contrato y por otro que, recae en la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), la gran responsabilidad de analizar de forma adecuada cada una de las posibles cláusulas a ser incluida en este tipo de contratos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la Ley de Contrato de Seguros, es un supuesto completamente válido que la SBS pueda no observar el carácter de abusiva de determinados supuestos; para lo cual, dicha norma señala que deberá entenderse que una cláusula será abusiva siempre que se genere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes<sup>1</sup>. En ese sentido, si bien existe una responsabilidad por parte de la SBS de vigilar la adecuada incorporación de las cláusulas en los contratos de seguro, existe la posibilidad de que algunas de estas que en principio no han sido calificadas como abusivas, realmente sí lo sean con lo cual se afectaría, para el caso en particular, la salud de los asegurados, dejándolos sin la protección debida.

---

<sup>1</sup> **LEY 29946. LEY DEL CONTRATO DE SEGURO**

**Artículo 39.- Cláusulas abusivas**

- I) Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que, aun cuando no hayan sido observadas por la Superintendencia, causen en contra de las exigencias de la máxima buena fe, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando ha sido redactada previamente y el contratante no ha influido en su contenido.  
(...)

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la contratación de seguros se ha vuelto un fenómeno cada vez más frecuente. La justificación de esta puede encontrarse ya sea en una obligación legal o en motivaciones personales. Sin embargo, sea cual fuera el caso, debe tenerse en claro que adquirir un seguro no es un tema sencillo, sobretodo, al momento de ejecutar dicho contrato.

De acuerdo con la Ley de Contrato de Seguro así como con la normativa emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, las empresas aseguradoras se encuentran facultadas para incluir supuestos de activación o exclusión como cláusulas de los contratos a suscribir con los potenciales asegurados. A pesar de ello, sucede que algunos de dichos supuestos, con la finalidad de limitar la actuación de las empresas, podrían llegar a ser considerados como abusivos.

Así, resulta de interés analizar estos escenarios pues, la contratación de un seguro no solo tiene implicancias económicas sino que; por ejemplo, en los casos de seguros de accidentes o de salud tenemos que también tendrán efectos a otros niveles en tanto que, en este tipo de contratos lo que se busca proteger es, precisamente, la salud de los asegurados de forma tal que, de no activarse de manera plena la cobertura del seguro adquirido debido a cláusulas potencialmente abusivas, se podría estar vulnerando uno de los derechos fundamentales de toda persona.

En ese sentido, a la luz de lo dispuesto por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el INDECOPI y SUSALUD, el presente artículo tendrá por objeto analizar la figura de cláusulas abusivas, de forma particular en los contratos de seguros de salud ya que, la posible inclusión de este tipo de supuestos generarían una afectación gravísima en los y posibles consumidores.

## **EL CONCEPTO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU REGULACIÓN**

Para explicar la naturaleza de las cláusulas abusivas debemos referirnos primero a la evolución del concepto de contrato. Así, coincidimos con Tony Barturén cuando señala que la noción tradicional de contrato se sustenta en tres pilares (i) el contrato como expresión de la autonomía privada; (ii) el contrato como acto jurídico celebrado por sujetos que actúan en igualdad de condiciones y con total libertad; y, (iii) el contrato como vínculo jurídico que obliga a las partes celebrantes al cumplimiento de sus propios términos<sup>2</sup>.

Sin embargo, como consecuencia del desarrollo económico, hoy en día las empresas han optado por un nuevo camino, la contratación en masa o contratación estandarizada; entendiéndose por esta aquella que “[...] obedece a la necesidad de que en una sociedad de consumo y de economía de mercado, se reduzcan o eliminen los costos de transacción que la contratación tradicional genera y que pueden encarecer el precio de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado”<sup>3</sup>.

En esa misma línea, Freddy Escobar señala que “Si los proveedores tuvieran que negociar con cada persona los términos de cada contrato, aquellos tendrían que diseñar e implementar procesos operativos extremadamente complejos para estar en condiciones de responder a la diversidad de preferencias exteriorizadas en el contexto de cada negociación individual”<sup>4</sup>; además nos indica que “gracias a la estandarización de sus compromisos contractuales, dichos proveedores pueden simplificar sus procesos operativos y, por ende, reducir sus costos de producción y de comercialización”<sup>5</sup>.

De esta manera, entre las principales ventajas que presenta la contratación en masa se encuentra la reducción de costos de (i) acceso a la información relevante, (ii) de negociación y celebración de contratos y, (iii) de hacer cumplir los contratos<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> BARTURÉN LLANOS, Tony. “El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. En: IUS. Revista de Investigación N.º 1. 2011

<sup>3</sup> Op. citado

<sup>4</sup> RAKOFF D., Todd citado por ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Entendiendo el Mercado: La contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa”

<sup>5</sup> Op. citado

<sup>6</sup> Op. citado

Como consecuencia de ello, uno de los debates que se ha generado ha tenido como objeto a las cláusulas abusivas puesto que, en un escenario donde los proveedores son capaces de estipular de manera unilateral las condiciones bajo las cuales pueden o no contratar con sus potenciales clientes, es posible que dicha facultad sea mal utilizada de forma tal que le genere un perjuicio a aquellos.

Así, Messineo afirma que el concepto de cláusulas abusivas surge y se entiende como aquellas que buscan “mantener a la contraparte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta situación”<sup>7</sup>. Por tanto, se entendería como cláusula abusiva aquella que genera un desequilibrio entre las partes que suscriben un contrato; esta concepción, como lo veremos más adelante, ha sido recogida también por el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

El Código Civil, de forma general, ha establecido una referencia frente al concepto de “cláusulas abusivas”. De esta manera, para poder analizar dicho concepto, debemos partir por los conceptos de contratos por adhesión y de cláusulas generales de contratación.

Estaremos frente a un contrato por adhesión cuando una de las partes tenga únicamente la posibilidad de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra<sup>8</sup> y, no encontraremos frente a cláusulas generales de contratación cuando se trate de estipulaciones que hayan sido redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos<sup>9</sup>.

Como ya se mencionó, el primer debate que se generó con relación a la contratación en masa se encuentra vinculado a la posible estipulación de cláusulas que resulten abusivas; sin embargo, no es el único debate que se ha evidenciado sino que también

---

<sup>7</sup> MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tercera Edición. Lima: ARA Editores, 2007..

<sup>8</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N.º 295, CÓDIGO CIVIL**

**Artículo 1390.-**

El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

<sup>9</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N.º 295, CÓDIGO CIVIL**

**Artículo 1392.-**

Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

deberá analizarse si es que en realidad dichos contratos expresarían de manera fehaciente la voluntad de los consumidores puesto que, en estos supuestos, los consumidores únicamente tendrían la posibilidad de aceptar o rechazar.

Frente al primero de los problemas, en el caso de las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el artículo 1397° del Código Civil ha establecido que estas podrán incorporarse siempre que estas hayan sido conocidas por la contraparte o esta haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria<sup>10</sup>.

Asimismo, el artículo 1398° del Código Civil ha reconocido que en aquellos contratos celebrados por adhesión y que contengan cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato; entre otras, no serán válidas<sup>11</sup>.

Con relación al segundo de los problemas, el Tribunal Constitucional también ha resuelto que en material contractual, la autonomía de la voluntad está compuesta por la libertad de contratar, entendida esta como la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y por la libertad contractual que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato<sup>12</sup>. Así, tendremos que la libertad que se vendría a cuestionar con el fenómeno de la contratación en masa sería el de la libertad contractual.

Al respecto, Bullard nos indica que para configurar la autonomía privada, requerimos de dos libertades; la de contratar y la contractual siendo que esta segunda implicará necesariamente “negociar”, lo cual a su vez generará costos de transacción; por ello,

---

<sup>10</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N.º 295, CÓDIGO CIVIL**

**Artículo 1397.**

Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

<sup>11</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N.º 295, CÓDIGO CIVIL**

**Artículo 1398.-**

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

<sup>12</sup> STC del Expediente N.º 02175-2011-PA/TC

para él, en un escenario de contratación en masa, “es preferible que las cláusulas sean redactadas por una de las partes y que la protección contra dichas cláusulas se dé por intermedio del rechazo o la aceptación a las mismas sin necesidad de negociarlas<sup>13</sup>”.

Como se puede observar, en realidad de lo que se trata de llevar a cabo con la contratación en masa es la reducción de costos y si bien, se podría cuestionar la expresión de voluntad de los potenciales consumidores, dicha problemática podría ser resuelta en tanto este consumidor tendrá la posibilidad de contratar o no el bien o servicio; además de que se cuenta con la regulación pertinente para poder establecer o no cláusulas en los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación.

### **Las cláusulas abusivas según INDECOPI y el Código de Protección y Defensa del Consumidor**

Inicialmente fue la denuncia presentada por Baldo Kresalja Roselló contra Foto Digital S.A.<sup>14</sup> la que determinó los criterios que, según el INDECOPI, determinarían el carácter de “abusiva” de una cláusula; estos criterios han sido reiterados en diversos pronunciamientos estableciéndose así que se estará frente a una cláusula abusiva siempre que<sup>15</sup>:

- (i) No haya existido una negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y,
- (ii) Exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor.

En este punto entonces, resulta claro que, las cláusulas abusivas son entendidas como todas aquellas que han sido redactadas de forma unilateral y que a su vez generan desequilibrio entre las partes suscriptoras del contrato.

---

<sup>13</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección del consumidor”

<sup>14</sup> Resolución N.º 0078-2012/SC2

<sup>15</sup> Resolución N.º 0092-2018/SPC

Otro punto que en materia de protección al consumidor resulta pertinente referir es el del consumidor razonable. Así tenemos que las personas que deseen contratar deberán actuar de manera diligente para que, como ya mencionamos, puedan analizar si les resulta o no conveniente contratar el bien o servicio que desean.

Sobre el particular, Bullard es muy claro al momento de indicar que “Esto funcionará, obviamente, si los consumidores están adecuadamente informados, y toman en cuenta el contenido de las cláusulas a la hora de tomar sus decisiones en el mercado”<sup>16</sup>.

En el Código de Protección y Defensa del Consumidor tenemos que el artículo 1.1° literal c) le ha reconocido a estos el derecho a la protección de sus intereses económicos y de forma particular, su protección frente a cláusulas abusivas, métodos coercitivos; entre otros<sup>17</sup>.

De igual manera, el artículo 47°, literal b) ha establecido que los contratos de consumo no deben incluir cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor siendo que, de existir, estas no podrán ser exigibles<sup>18</sup>. Y, en su artículo 48° ha dispuesto los requisitos aplicables a las cláusulas contenidas en contratos por adhesión o contratos con cláusulas generales de contratación siendo que, destaca de forma particular lo dispuesto por el literal c) de este ya que menciona que se deberá respetar “la buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Op. citado

<sup>17</sup> **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

**Artículo 1°.-Derechos de los consumidores**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

(...)

<sup>18</sup> **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

**Artículo 47°.- Protección mínima del contrato de consumo.**

En los contratos de consumo se observa lo siguiente:

(...)

b. No pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

(...)

<sup>19</sup> **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

El artículo 49° dispone que en los casos de contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, tendrán el carácter de abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o anulen sus derechos; asimismo, exige que a efectos de determinar si una cláusula es o no abusiva se deberá evaluar la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa<sup>20</sup>.

### **Las cláusulas abusivas según la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP**

Como ya mencionamos, existen contratos por adhesión y contratos con cláusulas generales de contratación; a su vez estas últimas se subdividen en cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente y las no aprobadas administrativamente.

En el caso particular de seguros, debe tenerse en cuenta que nos encontramos frente a contratos con cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente; esto ha sido reconocido en el artículo 54° numeral 2 del Código donde se señala que para los

---

**Artículo 48°.- Requisitos de las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión** En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

- a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.
- c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Lo dispuesto en el presente artículo resulta de aplicación a los contratos celebrados en base a cláusulas generales de contratación, se encuentren o no sometidas a aprobación administrativa.

<sup>20</sup> **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

**Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas**

49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

49.3 El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba

contratos celebrados con empresas supervisadas por la SBS, la aprobación administrativa de las cláusulas le corresponderá a dicha entidad<sup>21</sup>.

De esta manera, deberemos remitirnos a la Ley del Contrato de Seguro, Ley N.º 29946, que en el numeral I) de su artículo 39º establece que serán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas que, aun cuando no hayan sido observadas por la Superintendencia, causen en contra de las exigencias de la máxima buena fe, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato<sup>22</sup>.

Así tenemos que, al igual que en la doctrina y normativa, para la SBS estaremos frente a una cláusula abusiva en materia de seguros cuando la empresa establezca a través del contrato, estipulaciones que generen un desequilibrio entre las partes.

Otro punto importante a anotar es que, de acuerdo con la misma ley, si bien la Superintendencia tiene la carga de aprobar las cláusulas que serán incluidas en estos contratos de seguro, puede ocurrir que en determinados casos, esta no identifique una cláusula como abusiva siendo que para ello deberá utilizarse el criterio anteriormente planteado.

---

<sup>21</sup> **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

**Artículo 54.- Aprobación de cláusulas generales de contratación**

(...)

54.2 En el caso de los contratos de consumo celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad, conforme a la ley de la materia.

(...)

<sup>22</sup> **LEY 29946. LEY DEL CONTRATO DE SEGURO**

**Artículo 39.- Cláusulas abusivas**

I) Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que, aun cuando no hayan sido observadas por la Superintendencia, causen en contra de las exigencias de la máxima buena fe, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando ha sido redactada previamente y el contratante no ha influido en su contenido.

(...)

## **CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS**

De acuerdo con la Ley del Contrato de Seguro, este se define como aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado.<sup>23</sup>

Asimismo, en la misma ley se establece que los principios bajo los cuales se tendrá que regir todo contrato de seguro serán seis; entre ellos, (i) la máxima de buena fe y (iii) en caso de duda, las estipulaciones se interpretarán a favor del asegurado<sup>24</sup>.

En el caso del principio de buena fe, entendemos que se refiere a que, como el Código Civil lo señala, en todo contrato se entenderán los actos de las partes como verídicos, evitando todo intento de mala intención<sup>25</sup>. En el caso de la mutualidad Por su parte, el segundo principio, refiere a que, entendiendo la asimetría entre las partes, se ha optado por brindarle una protección mayor al asegurado, con lo cual, en caso existiera alguna duda en la interpretación de las cláusulas establecidas en el contrato, deberá interpretarse a favor de este.

De esta manera, es claro que la intención del legislador al momento de emitir la mencionada ley ha sido la de establecer un marco normativo que busque no solo complementar y mejorar aquellos vacíos que la antigua norma dejó sino también brindar

---

<sup>23</sup> **LEY 29946. LEY DEL CONTRATO DE SEGURO**

**Artículo 1. Definición**

El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

<sup>24</sup> **LEY 29946. LEY DEL CONTRATO DE SEGURO**

Artículo II. El contrato de seguro se rige por los siguientes principios:

- a) Máxima buena fe.
- b) Indemnización.
- c) Mutualidad.
- d) Interés asegurable.
- e) Causa adecuada.
- f) Las estipulaciones insertas en la póliza se interpretan, en caso de duda, a favor del asegurado.

<sup>25</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N.º 295, CÓDIGO CIVIL**

**Artículo 1362.-**

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

un marco de protección mayor, alineándose a lo ya dicho por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Tal y como lo señalan en su artículo “Apunte sobre la nueva ley del contrato de seguro: análisis y críticas a dos años de su publicación”, otra de las innovaciones de la ley fue el de definir claramente lo que son las cláusulas abusivas y las cláusulas no negociadas<sup>26</sup>.

Así, como ya se mencionó, es el artículo 39° aquel que detalla las características de las cláusulas abusivas en los contratos de seguro y, se entiende que las cláusulas no negociadas serán aquellas que, como su nombre lo dice, no habrán sido negociadas entre las partes sino que vienen preestablecidas en el contrato.

Para los supuestos de cláusulas abusivas, debemos comprender que la idea base de estas es la de provocar un desequilibrio entre las partes, desequilibrio que no se encontrará justificado y que busca perjudicar al asegurado. Así, un ejemplo claro de este tipo de cláusulas vendría a ser aquella por la cual la aseguradora establece que el asegurado solo podrá interponer denuncias o reclamos luego de haber pagado determinada suma de dinero.

Por otro lado, es importante establecer el contexto en el cual este tipo de contrataciones se da y es que como ya lo señalamos, debido al dinamismo con el que se maneja el mercado actual, las empresas se han visto “obligadas” a ser parte del fenómeno de la contratación en masa. Aplicado esto en el sector de seguros tenemos que, ya no solo existe el clásico seguro de salud o de vida sino que también existen los seguros de protección de tarjeta, seguros de viviendas; entre otros.

Sin embargo, a nuestro parecer, en el sector seguros cobran particular relevancia aquellos vinculados al sector salud puesto que, es claro que el objeto de protección no es cualquiera sino que nos encontramos frente a un bien jurídico de especial protección que es la salud.

---

<sup>26</sup> Alfaro Rosas, Pamela; Bossio Bossio, Carlos; Guillén Lazo, Alejandra; Martínez Ventura, Jazmón; Tomanguillo Vásquez, Alessandra. “Sobre la nueva Ley del Contrato de Seguro: Análisis y crítica a dos años de su publicación”. En: Revista Equipo de Derecho Mercantil N.º III, Lima, 2014.

## **Los contratos de seguros de salud**

De acuerdo con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, el seguro de salud es aquel a través del cual se contrata la prestación de servicios de medicina profesional, que incluyen atención médica ambulatoria, hospitalaria, exámenes médicos y tratamientos según la póliza suscrita siendo usual que para la contratación, el asegurado tenga que declarar el estado de salud en el que se encuentra al momento de la suscripción<sup>27</sup>.

Como se puede ver, el contrato de seguro salud lo que busca es brindar servicios médicos al asegurado a cambio de una contraprestación; teniendo claramente entonces como objeto principal a la salud.

En este punto, debemos recordar que la salud es un bien jurídico que ha sido reconocido por nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional como también por la normativa internacional como un derecho fundamental<sup>28</sup> y, en ese sentido, posee una mayor protección frente al resto de bienes jurídicos que no ostentan esa calidad.

Con lo indicado en el párrafo anterior no se busca satanizar los intereses de las empresas aseguradoras sino que, lo que se quiere resaltar es la importancia del bien jurídico con el que se establecen en el mercado, generándose así una mayor regulación y protección para los consumidores con los cuales se puedan vincular.

Un punto importante a considerar respecto a los contratos de seguro es aquel vinculado a los costos que se generan y es que, lamentablemente en un país como el nuestro en el que la tecnología no ha alcanzado un desarrollo tan amplio, la obtención de aparatos médicos se vuelve más compleja, generándose mayores costos además de que, dependiendo de la enfermedad de la que se trate, los medicamentos y tratamientos pueden tener un mayor costo.

---

<sup>27</sup> SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. “Seguro de Salud o Asistencia Médica” <http://www.sbs.gob.pe/usuarios/informacion-de-seguros/otros-seguros/seguro-de-salud-o-asistencia-medica> Consultado el 9 de noviembre de 2018.

<sup>28</sup> León Florián, Felipe Johan. “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Peruano”. En: Pensamiento Constitucional N.º 19, 2014.

De esta manera, si bien lo que la aseguradora buscará es contratar con la mayor cantidad de personas para poder así obtener mayor cantidad de ingresos a través de las pólizas, también buscará cubrir la menor cantidad de personas aseguradas y es por ello que, como lo menciona la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, para que se pueda celebrar el contrato de seguro, los asegurados deberán firmar una declaración jurada en la cual indiquen el estado de salud en el que se encuentran siendo ello el instrumento a través del cual, en un futuro, la empresa podrá determinar el costo de la póliza, los supuestos de cobertura; entre otros.

Es así, en un escenario con estas características, que surge el cuestionamiento respecto a las cláusulas incluidas en los contratos de seguros y es que, como ya se mencionó, estos versarán sobre la salud del asegurado donde a la vez se va a buscar limitar la protección por parte de la aseguradora o la elevación de costos, condiciones que podrían llegar a generar la estipulación de cláusulas de naturaleza abusiva.

A lo largo del desarrollo del negocio de seguros, las cláusulas que llamaban y siguen llamando la atención son aquellas vinculadas al periodo de carencia y las preexistencias; debiendo entenderse por periodo de carencia aquel tiempo que debe transcurrir entre la suscripción del contrato y el momento a partir del cual se podrá disfrutar las ventajas que ofrece la póliza contratada<sup>29</sup> y por preexistencias, el grupo de enfermedades o defectos de carácter congénito, físico o mental que hayan sido diagnosticado o se presuma que se originaron con anterioridad a la fecha de la contratación del seguro y cuyo efecto será limitar la cobertura adquirida<sup>30</sup>.

Ambas cláusulas llaman la atención debido a que, como se puede observar, lo que generarán será la limitación de la actuación por parte de la aseguradora; sin embargo, debe dejarse en claro que no en todos los casos estas cláusulas podrán ser catalogadas como abusivas sino que dependiendo del grado de limitación y detalle es que se podrá determinar este.

---

<sup>29</sup> MAPFRE. “¿A qué denominamos periodos de carencia?”  
<https://www.mapfre.es/seguros/particulares/salud/faqs-salud/carencia.jsp>  
Consultado: 9 de noviembre de 2018

<sup>30</sup> Padilla Contreras, Rommy, “La preexistencia en los seguros de salud”. INDECOPI.  
<http://www.indecopi.gob.pe/documents/51779/178244/28.-Segurosalud.pdf/23f3016c-af79-4f4d-aa01-9d14a64c33df>  
Consultado: 9 de noviembre de 2018

## Las preexistencias y el periodo de carencia como supuestos de cláusulas abusivas

Como ya se mencionó, las preexistencias son entendidas como aquellas enfermedades o defectos de carácter congénito, físico o mental que hayan sido diagnosticado o se presume que se originaron con anterioridad a la fecha de la contratación del seguro<sup>31</sup>. En el sector seguros estas cobran vital importancia debido a que se han presentado denuncias en las cuales las aseguradoras han utilizado el concepto de preexistencias para no brindar la cobertura o en todo caso, elevar los costos de la misma.

De igual forma, el periodo de carencia es una de las cláusulas más típicas con las que nos encontramos al momento de suscribir un contrato de seguro y es que con esta lo que ocurre es que se establece el periodo de tiempo por el cual la aseguradora no actuará la cobertura. Los problemas con esta cláusula se presentan cuando los periodos son establecidos de forma muy prolongada o, al igual que en el caso de las preexistencias, se elevan los costos de los contratos para poder ser reducidos.

Como consecuencia de la primera problemática es que el legislador ha buscado formas de proteger al consumidor siendo así que por ejemplo, la Ley N.º 28770 dispone que no podrá considerarse como preexistencia aquel supuesto que se haya generado o por la que el asegurado y/o beneficiario haya recibido cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el período inmediatamente anterior<sup>32</sup>. Esta norma responde a un supuesto en particular y es el del cambio de aseguradora; sin embargo, los casos no se agotan en este supuesto.

---

<sup>31</sup> Ídem

<sup>32</sup> **LEY 28770, LEY QUE REGULA LA UTILIZACIÓN DE LAS PREEXISTENCIAS EN LA CONTRATACIÓN DE UN NUEVO SEGURO DE ENFERMEDADES Y/O ASISTENCIA MÉDICA CON LA MISMA COMPAÑÍA DE SEGUROS A LA QUE SE ESTUVO AFILIADO EN EL PERÍODO INMEDIATO ANTERIOR.**

Artículo 1º.- Tratamiento de las preexistencias en los seguros de enfermedades y asistencia médica

En la contratación de seguros de enfermedades y asistencia médica se considerará enfermedad preexistente aquella que se haya generado o por la que el asegurado y/o beneficiario haya recibido cobertura durante la vigencia de un contrato de seguro que cubrió el período inmediatamente anterior, aun cuando dicho beneficio haya tenido origen en una póliza de seguro de enfermedades o asistencia médica diferente.

El asegurado y/o beneficiario que, en los casos de pólizas grupales, deje de pertenecer al grupo asegurado, podrá contratar, en un plazo de 120 días contados a partir del término del contrato de seguro anterior, una nueva cobertura con cualquier aseguradora del sistema financiero peruano, para lo cual se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

Como ya se señaló, lo que suele ocurrir en el mercado de seguros es que, al tratarse de un contrato de adhesión que incluye cláusulas generales de contratación, el potencial asegurado se ve limitado a negociar con la empresa y, en caso lo haga, muy probablemente los costos se eleven.

Es claro que las empresas aseguradoras, como cualquier otra que forma parte del mercado, cuenta con la libertad de establecer los precios que considere pertinente; sin embargo, en el sector que estamos analizando, esta libertad se vuelve de particular relevancia.

Así, debemos tener en consideración que, tanto los supuestos de preexistencias y periodos de carencia podrían llegar a ser abusivas; a pesar de ello, esto no quiere decir que lo sean per se sino que para determinar esta naturaleza deberemos verificar la forma en la que han sido establecidas en el contrato de seguro, el costo que tendrá que asumir el beneficiario; entre otros.

Los riesgos al establecerse este tipo de cláusulas en los contratos de seguro se encuentran vinculados a la potencial no cobertura de los daños que, en el caso de los contratos de seguro, cobran relevancia en tanto el objeto del contrato se encuentra vinculado a la salud de las personas.

Por tanto, si bien existe una clara responsabilidad por parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de vigilar el establecimiento de cláusulas abusivas en los contratos de seguro, es claro que por los cambios en el tiempo o negligencia profesional, estas no puedan ser observadas lo cual implica que un análisis de cláusulas abusivas no puede limitarse a la autorización o no de un contrato de seguro sino que, debe analizarse también en virtud de lo dicho por el INDECOPI en sus múltiples resoluciones.

## CONCLUSIONES

1. En la actualidad, la contratación en masa se ha convertido en un fenómeno que a pesar de las críticas, no puede ser detenido y es que, una de las principales ventajas que presenta este tipo de contratación es la de reducir costos, hecho que junto con la facultad con la que cuentan los consumidores de poder suscribir o no un contrato con una determinada empresa y la supervisión por parte de los entes reguladores, permitirían que este modelo de contratación siga vigente.
2. El crecimiento del sector seguros es cada vez más notorio y se debe no únicamente a las nuevas disposiciones legales que existen sino que, en general las personas han ido tomando mayor consciencia de lo importante que es contar con un respaldo en casos de emergencia. En el sector salud esto además se ve justificado por el hecho de que el país, actualmente, no cuenta con un sistema público que pueda brindarnos atención de forma eficiente por lo cual, la contratación de seguros de vida también se ha visto incrementada.
3. Los contratos de seguros responden a las categorías de contratos de adhesión y además cuentan con cláusulas generales de contratación, cláusulas que son aprobadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Sin embargo, como la propia ley de contrato de seguros establece, podría ocurrir que aquellas que son abusivas no sean observadas por la Superintendencia por lo cual, deberá prestarse atención de forma particular aquellas que limitan la actuación de la aseguradora.
4. Los casos más comunes a través de los cuales las aseguradoras han intentado limitar su actuación han sido los supuestos de preexistencias o periodo de carencia; sin embargo, la limitación de su actuación no ha sido la única opción de la empresa sino que también ha ocurrido que a través de estas han elevado los costos que asume el consumidor.
5. Por tanto, a la luz de los supuestos establecidos por el INDECOPI es que consideramos que, efectivamente, los supuestos mencionados podrían llegar a ser abusivos en tanto supondrían una limitación de la actuación de la empresa y su inclusión en el contrato no puede ser negociado por los consumidores y, en caso lo

haya sido, si la empresa decide elevar los costos de la prima pues, entonces sí tendrían la calidad de abusiva.



## BIBLIOGRAFÍA

BARTURÉN LLANOS, Tony.

2011 “El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. *IUS. Revista de Investigación*. Lima, número 1, pp. 1-25.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo.

2006 “El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección del consumidor”. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Palestra, pp. 497-666.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo.

2010. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, año 6, número 10, pp. 5-58.

CAVERO SADRA, Enrique.

2016 “¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto de consumidor protegido en el derecho peruano”. *Ius Et Veritas*. Lima, número 53, pp. 34-47.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

1993 Constitución Política del Perú. Lima, 29 de diciembre.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1996 *Ley N.º 26702*. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Lima, 26 de diciembre.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2006 *Ley 28870*. Ley que regula la utilización de las preexistencias en la contratación de un nuevo seguro de enfermedades y/o asistencia médica

con la misma compañía de seguros a la que se estuvo afiliado en el período inmediato anterior. Lima, 3 de julio.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2010 *Ley N.º 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima, 1 de septiembre.*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2012 *Ley N.º 29946. Ley del Contrato de Seguro. Lima, 26 de noviembre.*

DURAND CARRIÓN, Julio

2016 “El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú”. *Revista del Equipo de Derecho Mercantil. Lima, número 4, pp. 94-135.*

ESCOBAR ROZAS, Freddy.

2010 “Entendiendo el Mercado: La contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa”. *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú. Lima: Universidad del Pacífico, pp. 259-282.*

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2012 *Expediente N.º 2081-2010/CPC. Resolución: 11 de enero.*

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2013 *Expediente N.º 1182-2012/CPC. Resolución: 30 de septiembre.*

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2014 *Expediente N.º 1138-2012/CPC. Resolución: 29 de septiembre.*

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2015 *Expediente N.º 316-2014/CC1*. Resolución: 12 de mayo.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2016 “Lineamientos de Protección al Consumidor”. Lima: INDECOPI.  
Consulta: 27 de mayo de 2018.

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/747822/CC1+y+CPC+-+ILN+-+.pdf/cd9a32a6-4aab-4b60-993c-8bb3a202ad89>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2017 *Expediente N.º 1150-2016/CC1*. Resolución: 29 de noviembre

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2018 *Expediente N.º 164-2016/CPC*. Resolución: 15 de enero.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2018 *Expediente N.º 147-2017 /CC2*. Resolución: 7 de febrero.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2018 *Expediente N.º 612-2017 /PS0*. Resolución: 14 de febrero.

MESSINEO, Francesco

2007 *Doctrina General del Contrato*. Tercera edición. Lima, ARA Editores.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

1984 *Decreto Legislativo N.º 295*. Lima, 27 de julio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2012 *Expediente N.º 02175-2011-PA/TC*. Sentencia: 20 de marzo.

Consulta: 25 de noviembre de 2018.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02175-2011-AA.html>

