

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN DE GRADO PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA**

**“LA REGULACIÓN DE LOS SEGUROS PRIVADOS
DE CONTRATACIÓN MASIVA EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA”**

PAULINA ALEXANDRA ZAMBRANO RODRÍGUEZ

DIRECTOR: DR. VÍCTOR CEVALLOS VÁSQUEZ

QUITO, 2014

Quito, 31 de enero de 2014

Señora Doctora
Ivette Haboud B.
SECRETARIA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Presente

De mi consideración:

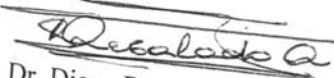
Mediante Oficio No. 009-SIG-14 de 7 de enero de 2014, pone en mi conocimiento que de acuerdo con el Reglamento de Grados vigente, he sido designado Profesor Informante de la Disertación de Licenciatura "LA REGULACIÓN DE LOS SEGUROS PRIVADOS DE CONTRATACIÓN MASIVA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA", elaborada por la señorita PAULINA ZAMBRANO RODRÍGUEZ, previo a la obtención del título de Licenciada.

Al respecto cumpla con informar lo siguiente:

En el trabajo objeto del presente análisis, a lo largo de los cinco capítulos que la conforman, el estudiante aborda con prolijidad el tema de la Regulación de los Seguros Privados de Contratación Masiva, partiendo de una necesidad inmanente al ser humano que es la protección de su patrimonio, a través de empresas que garantizan, hasta donde sea posible, la mitigación de los contingentes frente a una sociedad cada vez más vulnerable, literalmente asediada por hechos que entrañan cada vez más peligros lo que potencializa los riesgos incluida la vida del titular de los bienes. En ese contexto surge una nueva figura, a tono con las circunstancias económicas imperantes que es la contratación masiva de seguros, mediante la implementación de contratos de adhesión orientados a enfrentar hechos y sucesos nuevos y difíciles, lo que incorpora al trabajo una alta dosis de complejidad la misma que es superada con un estudio sobrio, detallado y consistente del tema, motivo por el cual me permito recomendar la aprobación del trabajo investigativo de la referencia.

Salvo el mejor criterio del señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, me permito imponer al presente trabajo la calificación de NUEVE.

Atentamente,


Dr. Diego Regalado Almeida
PROFESOR

ALFREDO MANCERO SAMÁN
Economista

Quito, 13 de febrero de 2014

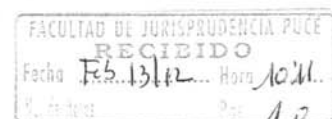
Doctora
Ivette Haboud B.
Secretaria
Facultad de Jurisprudencia
Presente

De mi consideración:

Mediante su atento oficio N° 021-SJG-14, del 20 de enero de este año, me informa Usted que he sido designado Profesor Informante y, en tal virtud, debo proceder a la presentación del Informe y la consignación de una calificación respecto de la Disertación de Licenciatura intitulada "LA REGULACIÓN DE LOS SEGUROS PRIVADOS DE CONTRATACIÓN MASIVA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA", elaborada por la señorita Paulina Zambrano Rodríguez.

Dentro del plazo de quince días que corre desde la fecha de mi reincorporación a la Facultad, doy respuesta a su requerimiento, en los términos siguientes:

1. La disertación está contenida en un documento de 117 páginas, más el Índice y la Bibliografía detallados en otras 6 páginas. La disertación está dividida en cinco capítulos que desarrollan los siguientes temas: I. Introducción al Derecho de Seguros (p. 1-30); II. Los Contratos de Adhesión (p. 31-48); III. El Seguro Privado de Contratación Masiva (p. 49-91); IV. Marco Propositivo (p. 92-113); y, V. Conclusiones y Recomendaciones (p. 114-117).
2. En el Capítulo I, la Disertante desarrolla un recuento histórico desde los orígenes de los seguros hasta la época contemporánea y concluye con una brevísima referencia a los seguros en el Ecuador; prosigue con una extensa descripción de los elementos constitutivos y las características de los contratos de seguros; y, finalmente, concluye con una breve alusión al principio indemnizatorio y los tipos de siniestros.
3. En el Capítulo II, la Disertante se refiere a los contratos de adhesión, su naturaleza jurídica y sus cláusulas, la protección del consumidor en los contratos de adhesión y la teoría del contrato de seguro como uno de adhesión.
4. En el Capítulo III, la Disertante explora algunos aspectos del seguro privado de contratación masiva, su naturaleza jurídica, su comercialización y los mecanismos de defensa de los asegurados según la legislación ecuatoriana; y, en un último acápite (16), describe brevemente algunos aspectos de la legislación en Colombia, Argentina y Chile.
5. En el Capítulo IV, intitolado Marco Propositivo, la Disertante elabora lo que, a su juicio, debe contener un proyecto de Resolución que expedirá la Superintendencia de Bancos y Seguros para regular la contratación y la comercialización de seguros masivos, y desarrolla luego extensivamente el texto de dicho proyecto de resolución (Propuesta de Resolución).



ALFREDO MANCERO SAMÁN
Economista

... sigue

6. El Capítulo V, que debería contener las conclusiones y recomendaciones derivadas de todo el análisis precedente, es en mi opinión demasiado esquemático y no revela los aspectos cruciales del problema que ha pretendido examinar la Disertante.
7. Acaso, la principal contribución de la Disertante es la proposición de un texto exhaustivo de lo que sería el proyecto de resolución para regular la contratación y la comercialización de los seguros de contratación masiva. No obstante, no he encontrado en la Disertación alguna argumentación que pretenda demostrar que no hace falta la expedición de una ley sobre este tópico y que sea suficiente una resolución de la Superintendencia de Bancos y Seguros.
8. Me llama la atención que la Disertante no haya incorporado un acápite introductorio que explique claramente el objeto de su investigación y delimite los alcances y resultados esperados de la misma. Las únicas referencias para el lector resultan ser el título de la Disertación y el proyecto de resolución con el que concluye la Disertación.
9. De dichas referencias no se puede desprender nítidamente cuál es el itinerario de la investigación, de conformidad con el Plan de Tesis que aprobó la Facultad, como tampoco se puede establecer si la Disertante se ha apegado estrictamente a él.
10. Luego de una cuidadosa lectura de todo el documento, me permito hacer notar el insuficiente desarrollo del capítulo (IV) que debía explicar y analizar exhaustivamente el caso de los "contratos masivos", sus ventajas y desventajas, la conveniencia de su regulación y los aspectos más relevantes de este negocio. Lamentablemente, este capítulo no pasa de ser un comentario muy superficial, sin sustento bibliográfico y sin proposiciones analíticas.
11. Con base en las consideraciones precedentes, consigno la calificación de OCHO sobre DIEZ (8/10).

Atentamente,



Alfredo Mancero Samán
Profesor de la Facultad

DEDICATORIA

A Dios por sus constantes bendiciones

A mis padres, mi mejor ejemplo de dedicación y responsabilidad, gracias a sus palabras y su esfuerzo.

A mis hermanos Carolina y Xavier, mis mejores amigos, por el constante apoyo y todos los momentos juntos y a Camila, mi sobrina, quien con tan poca edad me ha enseñado tanto.

AGRADECIMIENTOS

A mis amigos, por las clases, los estudios en grupo y mis apuntes; gracias por hacer de la universidad una de las mejores experiencias.

RESUMEN

Las compañías aseguradoras privadas han expandido su presencia en el mercado en los últimos años; la cantidad de entidades frente al número de consumidores ha impulsado a que las aseguradoras busquen medios alternativos para vender sus productos, siendo los seguros privados de contratación masiva o “seguros masivos” una forma rentable de comercialización, al otorgar a sus clientes seguros con coberturas básicas, por el pago de primas a valores accesibles.

La normativa ecuatoriana no contempla una normativa específica para el tema de seguros masivos, lo que ha generado diversos inconvenientes en el sector asegurador, tanto para clientes como para las compañías.

Teniendo como objetivo presentar una propuesta normativa para regular los seguros privados de comercialización masiva, en la presente disertación se analizó el contrato de seguros desde su origen, la naturaleza jurídica, los elementos constitutivos y sus características, principalmente como contrato de adhesión; posteriormente se presentaron los aspectos del seguro privado de contratación masiva, su forma de comercialización y los mecanismos de defensa de los consumidores; se revisó en legislación comparada a Colombia, Argentina y Chile para en base a su ejemplo determinar la forma correcta normar la comercialización de seguro masivos.

Finalmente, una vez determinada la necesidad de introducir en la legislación ecuatoriana, una norma que regule la comercialización de seguros masivos, así como los beneficios que ésta tendría tanto para las compañías aseguradoras como para los asegurados, se presentó una propuesta de resolución que brindará un control previo por parte del órgano de control a las compañías aseguradoras, teniendo como objetivo principal proteger los derechos de los asegurados, como consumidores.

Palabras clave: Contrato de Seguros, Asegurados, Contrato de Adhesión, Canales de distribución alternativos, Póliza, Ramos de Seguros.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
1 INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE SEGUROS	4
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	4
1.1.1 La Primera Época	5
1.1.1.1 Las Guildas.....	5
1.1.1.2 El Comercio Marítimo	6
1.1.1.3 El Decretal de Gregorio IX.....	6
1.1.2 La Segunda Época.....	7
1.1.2.1 Lloyd's.....	7
1.1.2.2 El gran incendio de Londres	8
1.1.3 La Tercera Época.....	8
1.1.4 Los Seguros en el Ecuador	9
1.2 CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO DE SEGUROS	10
1.2.1 Delimitación del Seguro	10
1.2.1.1 Diferencia entre Seguro Público y el Seguro Privado.....	10
1.3 EL CONTRATO DE SEGUROS	12
1.3.1 La Denominación Seguro.....	12
1.3.2 El Contrato de Seguros (concepto).....	12
1.3.3 Elementos del Contrato de Seguros	13
1.3.3.1 Elementos Subjetivos del Contrato de Seguros	14
1.3.3.2 Elementos Objetivos del Contrato de Seguros.....	15
1.3.4 El Contenido del Contrato de Seguros.....	19
1.3.4.1 Las Exclusiones.....	20
1.3.5 Características del Contrato de Seguros	20
1.3.6 El Principio de Buena Fe en la Contratación de un Seguro	26
1.4 EL SINIESTRO.....	27
1.4.1 El Principio Indemnizatorio.....	28
1.4.2 Los Tipos de Siniestros.....	29
CAPÍTULO II.....	31
2 LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	31
2.1 INTRODUCCIÓN.....	31

2.2	LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN	31
2.2.1	Aproximaciones al Concepto.....	31
2.2.2	Concepto de Contrato de Adhesión	32
2.2.3	Introducción al Principio de Libertad Contractual.....	33
2.3	LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	34
2.4	LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN	37
2.4.1	La Naturaleza Jurídica de las Condiciones Generales	37
2.4.2	Concepto y Características de las Condiciones Generales en los Contratos de Adhesión	37
2.4.3	Las Condiciones Generales en los Contratos de Seguros.....	39
2.4.4	Las Cláusulas Abusivas	40
2.4.4.1	Noción del término “Cláusulas Abusivas”	42
2.5	LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	42
2.6	LA TEORÍA DEL CONTRATO DE SEGUROS COMO DE ADHESIÓN.....	45
	CAPÍTULO III.....	48
3	EL SEGURO PRIVADO DE CONTRATACIÓN MASIVA	48
3.1	LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS MASIVOS.....	48
3.1.1	Delimitación del término “Contrato Masivo”	51
3.1.2	Un Concepto de Contrato Masivo	52
3.1.2.1	Contratos Masivos, no Contratos Colectivos.....	52
3.1.3	La Fuerza Obligatoria de los Contratos Masivos	53
3.1.4	La Igualdad de las Partes en la Contratación Masiva.....	55
3.2	LA COMERCIALIZACIÓN DE SEGUROS MASIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	57
3.2.1	El Seguro es la Ley de los Grandes Números y la Solidaridad	59
3.2.2	Los ramos de seguros que pueden comercializarlos de manera masiva.....	61
3.2.2.1	El Ramo de Vida.....	62
3.2.2.2	El Ramo de Accidentes Personales	63
3.2.2.3	El Ramo de Vehículos	64
3.2.2.4	El Ramo de Incendio	64
3.2.3	Canales de comercialización masiva	65
3.2.3.1	Banca Seguros	65
3.2.3.2	Call Center.....	66

3.2.3.3 Medios electrónicos	67
3.3 LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO COMO ÓRGANO RECEPTOR DE QUEJAS	68
3.3.1 Facultad de Protección a los Consumidores	70
3.3.2 Análisis de Reclamos y Quejas Llevadas a la Defensoría del Pueblo	72
3.4 MECANISMOS DE DEFENSA DE LOS ASEGURADOS ANTE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES	75
3.5 LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS COMO ÓRGANO REGULADOR	76
3.5.1 La Defensoría del Usuario de la Superintendencia de Bancos y Seguros	77
3.5.2 Análisis de Queja Llevada a la Superintendencia de Bancos y Seguros	80
3.6 ANÁLISIS DE LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS MASIVOS EN LEGISLACIONES EN LATINOAMÉRICA	81
3.6.1 Colombia	82
3.6.2 Argentina	84
3.6.3 Chile	85
CAPÍTULO IV	87
4 MARCO PROPOSITIVO	87
4.1 ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA	87
4.1.1 La necesidad de la aplicación de una normativa	87
4.1.2 Beneficios de la regulación de la comercialización de los seguros masivos	87
4.2 PROPUESTA DE UN PROYECTO DE RESOLUCIÓN NORMATIVA QUE REGULE LA CONTRATACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE SEGUROS MASIVOS	88
4.3 INNOVACIONES DE LA PROPUESTA DE LA RESOLUCIÓN	93
4.4 LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN	94
CAPÍTULO V	110
5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	110
5.1 CONCLUSIONES	110
5.2 RECOMENDACIONES	112
BIBLIOGRAFÍA	114

INTRODUCCIÓN

Las compañías aseguradoras, como poseedoras de un importante capital económico y debido a la importancia que tienen dentro del mercado ecuatoriano, se encuentran bajo la regulación de la Superintendencia de Bancos y Seguros, que como órgano de control, establece la normativa y los lineamientos para un correcto funcionamiento de estas instituciones.

Para los ecuatorianos la importancia de adquirir un seguro que les permita protegerse ante cualquier eventualidad que pueda afectarlos, es cada vez mayor, por lo que las compañías aseguradoras en su búsqueda de captar clientes, bajo la característica del contrato de seguros como un contrato de adhesión, han iniciado la comercialización de sus productos de forma masiva, a través de otras compañías o entidades ajenas al sector, aprovechando su cartera de clientes y los medios que estas poseen para ofrecer y distribuir sus productos.

La inexistencia de una normativa específica para la comercialización de los seguros masivos, ha permitido que las compañías aseguradoras vendan estos productos sin un control adecuado, sin ofrecer la información mínima que debiera tener el cliente al momento de contratar, o inclusive obligándolo a una contratación sin contar con su debida aprobación; teniendo además la complicación de que la venta se realiza en su mayoría por medios no presenciales, es decir a través de medios electrónicos o llamadas telefónicas en las que el tiempo con el que cuenta el cliente para determinar si la contratación le es o no favorable, es insuficiente.

“Las técnicas actuales de contratación exigen formulaciones que atiendan, con decisión pero sin perder el equilibrio deseado, al ritmo acelerado en que se suceden los hechos que dominan las relaciones actuales”. (Stiglitz, 1985)

Vista la necesidad de regular la comercialización de los seguros masivos, en este documento se quiere determinar una propuesta de normativa que beneficie al consumidor al proteger sus derechos, así como a las compañías aseguradoras, permitiéndoles crear nuevos productos pero bajo lineamientos técnicos y legales, ajustándose a las técnicas actuales de contratación, por medio de un control previo por parte del órgano de control.

Para lograr el objetivo planteado, es necesario abarcar la institución del seguro desde sus orígenes, entender su concepto, sus elementos y sus características; es importante resaltar que el campo del derecho de seguros es poco explorado y que al ser una rama técnica requiere de un conocimiento mínimo para poder comprenderlo en su contexto, es por ello que el primer capítulo de la presente disertación contendrá una introducción a los antecedentes históricos del derecho de seguros, como este nace de manera incipiente hasta convertirse en la institución que actualmente conocemos; posteriormente se delimitará el campo de estudio al seguro privado, se explicará el concepto tanto desde un campo doctrinario como del campo normativo, describiendo los elementos constitutivos y características de los contratos de seguros.

En el segundo capítulo de la investigación se realizará una introducción al principio de libertad contractual, que ha sido pilar fundamental de las contrataciones tradicionales, es decir el que las partes acuerden de manera equitativa sus derechos y obligaciones.

Tomando en cuenta y en virtud del constante avance científico que ha incidido en las modalidades de contratación, se analizará la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, considerando que la particularidad de este tipo de contratos es la inalterabilidad, generalidad e uniformidad de su contenido, es decir las partes no discuten las cláusulas sino que una de ellas se adhiere al texto elaborado por la otra; en este contexto se analizará la posibilidad de que la parte adherente al contrato pueda ver afectados sus derechos, por la inclusión de cláusulas abusivas, dado que se considera a la parte adherente como la parte “débil” del contrato se analizará adicionalmente, la protección que el Estado otorga a los consumidores.

En el tercer capítulo el análisis de la investigación tomará relevancia al explorar los seguros privados de contratación masiva, desde una perspectiva más técnica, en la que se deberá describir el procedimiento que utilizan las compañías aseguradoras para crear un producto masivo, qué datos son relevantes para viabilizar el producto, cuáles son los ramos en los que esta modalidad masiva funciona y a través de qué canales se ofrecen los seguros masivos, determinando posteriormente cuáles son los mecanismos que tienen los consumidores, en su calidad de asegurados para solicitar la protección de sus derechos, pudiendo acudir a órganos estatales como la Superintendencia de Bancos y Seguros y a la Defensoría del Pueblo.

Se ha considerado como legislación comparada a Colombia, Argentina y Chile, tres de los países Latinoamericanos que más relevancia han presentado en el sector

asegurador, quienes además utilizan normas para regular la comercialización de seguros masivos desde hace algunos años, pudiendo determinar de esta forma la necesidad y los beneficios que una norma similar ajustada a las condiciones del mercado ecuatoriano, puede traer al sector asegurador.

Luego de un amplio análisis del contrato de seguros, y su modalidad de comercialización masiva, cumpliendo el objetivo de la investigación, se realizará el marco propositivo, una resolución emitida a través de la Junta Bancaria, la misma que le permitiría al órgano de control, verificar previamente los productos que las compañías aseguradoras deseen vender por medio de canales no tradicionales.

Finalmente logrado el objetivo de la presente disertación, en base al análisis realizado a lo largo del documento, se consignarán las conclusiones.

CAPÍTULO I

1 INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE SEGUROS

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La comprensión de toda institución jurídica se realiza mediante sus referencias históricas; las causas que justifican su aparición y la importancia adquirida con su evolución, conlleva a descubrir conceptos, normas y demás elementos que la conforman, en este caso el derecho de seguros.

No existe históricamente una fecha determinada respecto del nacimiento de la institución de seguros, aunque se puede señalar que el derecho de seguros nace en forma incipiente, a propósito de la búsqueda del hombre de soluciones para prevenir o remediar hechos que lo afecten.

Las primeras comunidades, basados en sus principios de solidaridad y ayuda mutua, lograron protegerse de los riesgos que afectaban a sus familias y bienes.

Las primeras referencias jurídicas se dan dos mil años antes de Cristo, en el Código de Hammurabi, siendo probablemente la forma más antigua del seguro el de los babilonios e hindúes, que protegían a los dueños de mercaderías; los viajeros se unían en grupos con la finalidad de reparar las pérdidas que podían sufrir por asaltos o robos en el desierto.

Existía también en el Código de Hammurabi y en el de Talmud, una asociación que con la unión de sus miembros reparaba la pérdida de una nave con la entrega de otra (Palacios, 2005: 4).

En la medida en que trasciende la necesidad de cubrir los contingentes que dan lugar a pérdidas, van apareciendo formas incipientes del seguro.

Como lo señala el autor Sergio Baeza Pinto (Baeza, 1967), otro ejemplo histórico lo tenemos en Asiria, donde los templos que eventualmente eran destruidos en incendios estaban bajo el cargo de todos los ciudadanos, quienes debían reconstruirlos.

En Grecia, quienes constaban como propietarios de esclavos pactaban convenios con ciertos banqueros, para que en caso de fuga, fueran indemnizados.

En Roma, se puede tomar a varias instituciones como antecedentes de lo que actualmente se considera un seguro, se destacan las *collegiamilitum*, asociaciones de militares que mediante el pago de una cuota, estaban amparados en sus viajes y traslados, así como en sus guarniciones, recibían un cierto capital en caso de retiro o costeaban los gastos funerarios de sus miembros; o el *asecuratio*, en el que los soldados o sus familias podían cobrar la suma que hayan estipulado, por un hecho previsto.

Luego de las formas incipientes, la historia del seguro puede dividirse en varias etapas, las cuáles se vinculan a circunstancias relevantes de cada época.

1.1.1 La Primera Época

(Siglo IX – XVI D.C.)

1.1.1.1 Las Guildas

Alrededor del siglo IX D.C., en Inglaterra, aparecen asociaciones denominadas Guildas, en principio estas asociaciones de carácter religioso se constituían con la finalidad de asistencia mutua y defensa común en el caso de enfermedades, incendio de sus bienes o cuando pudieran resultar heridos en sus viajes; sus miembros mediante un sistema de reparto resarcían los gastos en los que haya incurrido la persona afectada, incluso con el pago de gastos funerarios.

Existía un fondo común con los aportes monetarios de todos sus miembros, con el que se auxiliaban en casos de siniestros.

Por el siglo XI, se aprecia la característica de proteger los intereses personales de sus miembros, lo mismo que se extiende hasta convertirse paulatinamente en asociaciones semejantes a empresas con el objeto de organizar, regular y distribuir el trabajo. Su mayor apogeo se produce en los siglos XII y XIV, reflejado en el sentido comercial de éstas, en particular el comercio marítimo.

1.1.1.2 El Comercio Marítimo

Las primeras referencias ciertas y más estructuradas, respecto al seguro, se derivaron del comercio marítimo, por el siglo XII, como consecuencia del incremento del intercambio mercantil, en el Mar Mediterráneo (Uría, 1940: 8)

De otro lado las naves y buques de la época tenían poca vida útil, luego de cada expedición éstos eran desarmados, sobre todo en época invernal, dado que las catástrofes y naufragios se producían reiterada o frecuentemente, es así, como con la finalidad de protección, aparecieron asociaciones vinculadas a la idea de asumir el riesgo ajeno mediante el pago de una prima.

Aproximadamente por el siglo XII surge lo que actualmente se conoce como el “préstamo a la gruesa”, un contrato por el que los propietarios de mercaderías cargadas en un buque reembolsaban una cantidad de dinero, además de un pago de intereses o premios al prestatario, si su mercadería llegaba al destino en el tiempo y de la forma prevista. Esta operación permitió el ejercicio de un comercio incipiente y el uso del crédito como medio anticipado para satisfacer gastos.

1.1.1.3 El Decretal de Gregorio IX

En 1234 el Papa Gregorio IX prohíbe toda forma de interés al usuario de préstamos dinerarios, banqueros y comerciantes para financiar expediciones. Los banqueros de la época, en búsqueda de una solución, comienzan a practicar una aparente operación de aseguramiento que consistía en un contrato privado, en el que contra un pago anticipado, en caso de naufragio, piratería o si el barco era confiscado por la guerra, el banquero se comprometía a pagar al dueño una cantidad de dinero.

Aunque esta forma carecía de tecnicismo alguno o de una evaluación del riesgo, la suma que el dueño de la nave pagaba se relacionaba al tipo de buque, la clase de cargamento y el tiempo que duraría la excusión.

El comercio del Mediterráneo se fue expandiendo, el transporte marítimo se iba complementando con el terrestre, así empiezan a surgir ferias en las ciudades italianas de Génova, Florencia, Siena, Pisa y Venecia.

La palabra “seguro” es empleada por primera vez, en el año de 1309 en el decreto dado por el Duque de Génova, y en el año 1347 se celebra en esta misma el primer contrato de seguro marítimo, que amparaba los accidentes de transporte, así como la demora en la llegada de los buques a su destino.

En 1370 la actividad de repartir el riesgo entre varias personas se señala como “Securare, Sigurare o Assicurare”.

En el siglo XVI en Portugal, se impuso una especie de seguro obligatorio para navíos de más de 50 toneladas, bajo el control del estado, el 20 por ciento recaudado era enviado a un fondo común destinado a cubrir riesgos.

1.1.2 La Segunda Época

(Siglo XVI hasta XIX)

El Seguro se estructura en el siglo XVI hasta mediados del siglo XIX, tanto en el plano jurídico como en el económico. (Alvear, 2007: 84-85).¹

La segunda época se caracteriza por la aparición y el desarrollo de los elementos científicos y técnicos.

Con la expedición de la “Act of Court of Assurance” en el año de 1600, por parte de la Corte Inglesa, el comercio de seguros, restringido años atrás es liberado. Londres y Amsterdam suplen a las ciudades italianas como las capitales comerciales debido a la presencia de grandes capitales de empresarios privados.

En el año 1602, Inglaterra crea la Corte o Tribunal de Seguros para regular conflictos entre los asegurados y aseguradores.

1.1.2.1 Lloyd's

Las reuniones de empresarios con fines comerciales fueron permitidas por la “Act of Court of Assurance”, las mismas que se mantenían periódicamente en los llamados coffe house.

¹ De acuerdo al autor Alvear Icaza “Los vestigios históricos sobre el contrato de seguros empiezan a tener presencia a partir del siglo XIV”

Edward Lloyd, propietario de uno de los cafés londinenses, comenzó a tomar relevancia, en éste, su dueño se encargaba de fijar mensualmente un boletín con información marítima de los buques que llegaban al puerto así como los que salían de él, conocido como el “Lloyd’s News”, convirtió a este sitio en una parada obligatoria para quienes estaban vinculados al sector asegurador, el Lloyd's coffe proveía de información para concretar grandes negociaciones, los negociantes y armadores en base a esta información convenían transacciones y negociaban seguros.

1.1.2.2 El gran incendio de Londres

Desde Roma Imperial, los mecanismos de defensa contra incendios no habían cambiado en la ciudad de Londres; los habitantes mantenían grandes estanques de agua en caso de que uno de ellos se iniciara.

El denominado “The Great Fire” se dio en el año de 1666, con una duración de cuatro días produjo la pérdida de 13.200 casas y 87 iglesias incluida la Catedral de San Pablo y el edificio donde se encontraba el café de Lloyd's, este hecho provocó la necesidad de protegerse, surge así en 1667 la primera aseguradora de incendios, la “Friendly Society fire office”, la misma que ofrecía el resarcimiento del daño, por el pago de una prima fija, constituyendo el inicio de las compañías aseguradoras.

Ya, en 1668 se crea “The Mercer Company”, la primera compañía aseguradora de vida.

1.1.3 La Tercera Época

(Siglo XIX D.C. en Adelante)

Los estudios de Blas Pascal acerca del cálculo de probabilidades y los de Edmund Halley sobre las leyes de mortalidad humana, entre otros, constituyeron las bases del desarrollo técnico de las compañías de seguros.

Con la reciente ciencia actuarial, se constituyen nuevas sociedades, así en 1762 nace “The Society For Equitable Assurance On Lives and Survivorships”, en 1710 “The Sun

Fire Office” y otras importantes compañías, para 1816 existían 16 de estas y 4 dedicadas al seguro de vida.² (Palacios, 2005: 7).

Los avances y la evolución del tecnicismo a través de los siglos conllevan a la creación de la institución del seguro, su legislación y su importancia en la sociedad.

1.1.4 Los Seguros en el Ecuador

La Institución de los seguros, surge en el Ecuador, en los primeros años de la época Republicana.

La primera norma de esta naturaleza, se puede encontrar en el Código de Comercio de Eloy Alfaro, en el que ya se habla del contrato de seguro entre los actos de comercio.

La inclusión de compañías aseguradoras extranjeras que laboraban sin norma alguna, dio como resultado el abuso de éstas sobre sus asegurados y grandes pérdidas económicas, lo que obligó al Gobierno Nacional en el año de 1909, a reglamentar mediante Decreto Supremo, el 21 de octubre de ese año, y publicado en el Registro Oficial 1105 del 18 de noviembre del año mencionado, las primeras normas respecto del funcionamiento y operación de las compañías aseguradoras extranjeras en el país.

De acuerdo a las necesidades que se iban presentando en el comercio nacional, los ramos de vida, incendio y marítimo, eran los de mayor demanda.

Entre los años de 1909 hasta 1935 se dictaron una serie de decretos ejecutivos que regulaban el tema, los mismos que fueron unificados en la llamada Ley sobre Inspección y Control de Seguros, el 31 de diciembre de 1937.

El crecimiento económico, la proliferación de compañías con esta actividad económica así como la negociación de los diferentes ramos de seguros, señalaban la necesidad de una legislación específica, siendo en el año de 1963 la reforma de la Ley de Seguros mediante el Decreto Supremo de la Junta Militar de Gobierno 1147, publicado en el Registro Oficial 123 del 07 de diciembre de 1963.

² De acuerdo al autor “los grandes avances de la ciencia en parte ya enumerados, se fue desarrollando la empresa de seguros hasta alcanzar los niveles técnico-científicos que hoy presenta”

En el año de 1927 el Gobierno considera la necesidad de un ente que regule a las compañías aseguradoras del país, es así que se crea la Superintendencia de Bancos y Seguros, que además era el ente controlador de agencias asesoras productoras de seguros, agentes de seguros y ajustadores de siniestros.

En la actualidad se puede manifestar el crecimiento económico y la importancia de las compañías de seguros en el mercado ecuatoriano.

En Ecuador el año 2011, se conformó el sistema de seguros privados con la participación de 44 entidades, seis especializadas en el segmento de seguros de vida y 38 en las operaciones de seguros generales.

De acuerdo a la revista Ekos negocios, “En conjunto, el sistema de privados alcanza los USD 1 044 millones en activos, lo que representa el 1,6% del PIB de la economía ecuatoriana y el 3% del total del sistema financiero, incluyendo a las instituciones financieras tradicionales” (Ekos negocios, 2012)

1.2 CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO DE SEGUROS

1.2.1 Delimitación del Seguro

1.2.1.1 Diferencia entre Seguro Público y el Seguro Privado

Dentro de la investigación respecto al derecho de seguros, es importante conocer la delimitación del campo en el que se desarrolla esta institución.

Partiendo de la división clásica del derecho público y privado, el derecho de seguros se proyecta en el campo tanto social así como en un campo empresarial.

El derecho de seguros social o público está enfocado en el predominio del interés social, tomando en referencia al autor Guillermo Cabanellas, el Derecho Social³ abarca riesgos en los que se encuentran sometidas ciertas personas, especialmente

³ “Derecho Social.- Cada uno de los que abarcan los riesgos a que se encuentran sometidas ciertas personas, principalmente los trabajadores, a fin de mitigar al menos, o de reparar siendo factible, los daños, perjuicios y desgracias de que puedan ser víctimas involuntariamente, o sin mala fe en todo caso. Generalmente se instituye el seguro social por el Estado, ya sea él quien lo costee en parte y lo dirija, ya lo imponga a las partes patronal y trabajadora, con la mira de proteger a los expuestos a padecer en su persona o en su patrimonio riesgos provenientes de la actividad profesional”.

los trabajadores con la finalidad de mitigar riesgos provenientes de la actividad que realizan, este autor enfoca al Seguro Social con el Estado (Cabanellas, 2007: 121)

El Seguro Social no es un contrato, ni es mercantil, Joaquín Garriguez lo denomina como “una relación jurídica que carece de la nota de libertad, pues es obligatorio”.

El Derecho de Seguros Privado o particular, está formado por un ordenamiento jurídico creado para la reglamentación de los empresarios de seguros, conjuntamente con la actividad económica con fines de lucro que éstos realizan, asumiendo riesgos de personas o grupos que voluntariamente contratan una póliza, obligándose al pago de una contraprestación denominada prima.

La diferencia básica en la delimitación del campo público y del privado en el derecho de seguros se da por la obligatoriedad de la contratación y la finalidad que se cumple.

El seguro social tiene un carácter obligatorio legal, para todas las personas que laboran en relación de dependencia, teniendo como finalidad principal, el que se pueda en cierta parte, proporcionar seguridad económica a estos grupos, en caso de que sufran alguna contingencia, siendo una de sus características principales, el Seguro Social es administrado por el Estado.

La contratación de un seguro privado es de carácter voluntario, es decir la persona, un ciudadano común, que quiera mitigar un riesgo determinado contrata una póliza para protegerse de un acontecimiento desfavorable que pueda dañar su vida o su patrimonio. El seguro privado es manejado por compañías anónimas con un reglamento jurídico diferente al del Seguro Social y se proyecta al campo comercial con finalidad de lucro.

El seguro privado ha estado por mucho tiempo relacionado con el Derecho Mercantil, visto como derecho autónomo, debido a su ordenamiento jurídico especial.

De acuerdo al autor José Alvear Icaza:

... la delimitación del derecho de seguro privado como un sistema jurídico especial, no significa que se trata de entregarle una real autonomía como rama del derecho, pues si bien pragmáticamente tiene una autonomía didáctica para su mejor estudio y comprensión, su estructura pública y privada está inmersa en el ámbito del derecho mercantil contemporáneo. (Alvear, 2007: 32).

Varios autores, entre ellos Alvear Icaza, consideran que el derecho de seguros privado no es del todo independiente, puesto que la responsabilidad y el manejo de grandes capitales obligan a que el Estado vigile y controle el desenvolvimiento de las operaciones de las compañías aseguradoras, tanto así que existe una legislación especial y órgano regulador que expide resoluciones de carácter obligatorio.

En cuanto a su relación con el Derecho Mercantil, su ubicación legislativa o docente, se da por factores de orden histórico, siendo el comercio marítimo el inicio del seguro, este es asociado y por ello se le incluye en esta materia.

1.3 EL CONTRATO DE SEGUROS

1.3.1 La Denominación Seguro

El término “seguro” proviene del latín *secūrus* que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española se define como “Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo; seguridad, certeza, confianza” (Española, 2001)

La institución del seguro ha sido denominada y descrita como la transferencia de riesgo a un costo moderado que tiene como finalidad reparar un daño grave acontecido.

Señala el autor John H. Magee: “el seguro no es prevención”, es así como se refiere a la necesaria distinción entre la eliminación de las posibilidades y la provisión de una indemnización por la pérdida de un riesgo existente, es decir, es de la naturaleza humana conocer las amenazas a las estamos expuestos sea nuestra vida o nuestro patrimonio, por lo que se toman medidas para evitarlo, disminuirlo o eliminarlo, entre estos esfuerzos para mantenerse libre de estos contingentes se asegura, sin embargo el seguro no salva nada en realidad solo representa el valor de indemnización, el seguro empieza donde la prevención termina.

1.3.2 El Contrato de Seguros (concepto)

De acuerdo al Código Civil Ecuatoriano en su Art. 1454:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (Código Civil Ecuatoriano, 2005).

Existiendo diversos criterios del denominado contrato de seguros, en la legislación ecuatoriana, el Art. 1 del Decreto Supremo No. 1147 Reformatorio del Código de Comercio Ecuatoriano,⁴ describe al contrato de seguros como:

El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato. (Código de Comercio Ecuatoriano, 1960)

A partir de este concepto se determinan los sujetos de la relación jurídica, siendo éstos el asegurador y el asegurado, teniendo como vínculo el pago de una contraprestación denominada prima.

El autor Joaquín Garriguez afirma que:

... seguro es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona —el asegurador— asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto, al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en un siniestro. (Garriguez, 1981: 253 - 254)

Para dar un concepto es preciso es necesario conocer tanto los elementos que conforman al contrato así como las características específicas que lo distinguen y lo individualizan respecto de otros similares.

1.3.3 Elementos del Contrato de Seguros

Tomando como referencia el Art. 2 del Decreto Supremo No. 1147, anteriormente mencionado los elementos esenciales del contrato de seguro son: “1.- El asegurador; 2.- El solicitante; 3.- El interés asegurable; 4.- El riesgo asegurable; 5.- El monto asegurado o el límite e responsabilidad del asegurador, según el caso; 6.- La prima o precio del seguro; y 7.- La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro”.

Los elementos del contrato de seguros deben dividirse en elementos subjetivos y elementos objetivos para una mejor delimitación, siendo los primeros las personas naturales o jurídicas que intervienen en el contrato de seguros mientras que los segundos constituyen los elementos objetivos que intervienen e individualizan al contrato de seguros de otros.

⁴ Artículo sustituido por Decreto Supremo No. 1147, publicado en Registro Oficial 123 de 7 de Diciembre de 1963

1.3.3.1 Elementos Subjetivos del Contrato de Seguros

a) El Asegurador

Tomando como referencia uno de los instructivos emitido por la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador, el asegurador los constituye “la persona jurídica legalmente autorizada para operar en el Ecuador, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro”.⁵

La Ley General de Seguros señala en su Art. 3:

Son empresas que realicen operaciones de seguros las compañías anónimas constituidas en territorio nacional y las sucursales de empresas extranjeras, establecidas en el país, en concordancia con lo dispuesto en la presente Ley y cuyo objeto exclusivo es el de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas... (Ley General de Seguros, 2006).

Tanto en la legislación como en la doctrina se ha limitado a que la empresa de seguros debe ser persona jurídica.

Según el autor José Alvear Icaza, el legislador entiende que las aseguradoras son prestadoras de servicios que ejercen actividades mercantiles con finalidad eminentemente lucrativa la misma que obliga al Estado a vigilar y controlar el desenvolvimiento de sus operaciones así como determinar la normativa para su constitución, organización y el funcionamiento de sus actividades, así como de la extinción.

El autor antes citado concluye que la razón para que el legislador exija que sea una persona jurídica y específicamente una compañía anónima es que la actividad requiere para su desenvolvimiento de una acumulación de capitales que le permitan responder por los riesgos aceptados y adquiridos.⁶

⁵ De acuerdo al Instructivo para obtener autorización para operar en ramos y/o seguros y elaboración de documento de suscripción, tarifas de primas y notas técnicas para empresas de seguros del año 2011. (Seguros, 2011)

⁶ “La razón por la cual el legislador exige que una compañía anónima sea persona jurídica que realice la actividad aseguradora a prima fija se sustenta con el hecho de que siendo el Seguro un complemento de toda actividad económica cuya evolución es paralela al capitalismo, requiriendo para el normal desenvolvimiento de su actividad la acumulación de capitales que le permitan solventar o responder en relación a los riesgos que asume cuyo impacto representa un valor en los patrimonios expuestos a peligros análogos, la sociedad anónima es el instrumento jurídico adecuado para el cuerpo y la organización del asegurador”. (José, 2007: 40)

Las empresas de seguros a su vez son definidas como empresas de seguros generales y de vida, aunque existe la posibilidad de que sean mixtas ya que hasta el año 1998, su actividad podía enfocarse a las dos actividades.

b) El Solicitante o Asegurado

El solicitante o también denominado tomador, es la persona natural o jurídica que contrata una póliza de seguros, sea por cuenta propia o por un tercero determinado, trasladando el riesgo al asegurador.

1.3.3.2 Elementos Objetivos del Contrato de Seguros

a) El Interés Asegurable

Siendo un requisito esencial en todo contrato de seguros debe existir una relación jurídico - económica entre la persona solicitante y el objeto del contrato, sea una vida, un bien o un patrimonio, lo importante es que el riesgo de que un acontecimiento desfavorable se produzca, este cause daño y una perjuicio para el asegurado.

No es correcto afirmar que el interés asegurable sea lo que se asegura, ya que si fuera así cualquier persona podría tomar seguros sobre la vida o el patrimonio de un tercero y colocarse como beneficiario.

El seguro no es lucro, por lo que sin interés asegurable, el cobro de un siniestro además de provocar un acto doloso, constituye una desnaturalización de la institución del seguro.

Constituye otra característica propia del interés asegurable, el que éste sea estimable en dinero, es decir que el pago que el asegurador reciba por la pérdida ocasionada sea reparado en dinero, aunque esta tesis se diferencie en el interés asegurable en el seguro de persona y el seguro de daños.

De acuerdo al autor Julio Castelo, en los seguros de daños el interés asegurable lo constituye quien desee cubrir determinado riesgo con el deseo sincero que el siniestro no se produzca, ya que de hacerlo provocaría un perjuicio económico para su patrimonio (Castelo, 1988: 142); el autor Fernando Palacios señala que

en cuanto a las personas se puede tomar un seguro sobre su propia vida o sobre quienes puedan sufrir un perjuicio económico por la muerte del asegurado.⁷

b) El Riesgo Asegurable

El Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas define al riesgo como “contingencia, probabilidad, proximidad de un daño”, el autor Magee señala que es “la incertidumbre del acontecimiento de una contingencia desfavorable se denomina riesgo”. (Magee, 1947: 119)

Este elemento es esencial para que exista un sistema de seguros, si no hay riesgo no hay seguro.

El Decreto Supremo No. 1147 en su Art. 4 define riesgo como:

...el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni la de la del asegurador, y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgo y son, por tanto extraños al contrato de seguros.

De la definición mencionada se puede determinar que un riesgo es una contingencia futura, incierta y físicamente posible; futura porque no existe un tiempo determinado en el que esta pueda acontecer y que no dependa de la voluntad de las personas, aunque tomándose en cuenta la vigencia del contrato; incierta porque es un riesgo que puede generar detrimento del bien a ser asegurado pero que al no depender de la voluntad de la persona no se tiene conocimiento de cómo o cuando pueda realizarse; y físicamente posible ya que se refieren a catástrofes o acontecimiento que puedan suceder y causar un daño efectivo al asegurado.

El asegurador puede asumir todos los riesgos a los que estén expuestos el interés o el objeto asegurados, el patrimonio o la vida siempre que no se contravenga las restricciones legales.

⁷ El interés asegurable en los Seguros de Personas: una persona puede tomar un seguro sobre su propia vida, sobre las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos y sobre aquellas cuya muerte o incapacidad puedan aparejarle un perjuicio económico aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

El riesgo en seguros tiene algunas características:

- El riesgo es un hecho **futuro e incierto** que causa una pérdida; incierto porque existe la incertidumbre que el hecho se produzca o no, por ejemplo un incendio, sabemos que un cortocircuito ocasione que se dé este hecho, pero no sabemos si ocurrirá.
- El bien material esté expuesto a una **pérdida**, esta pérdida debe ser **posible**, por ejemplo la pérdida de un edificio por incendio es posible, existe riesgo, no existe el riesgo de incendio en un terreno, ya que no hay pérdida.
- **Fortuito**, debe ser un hecho ajeno a la voluntad del asegurado, esta característica demuestra que el contrato de seguros es un contrato de buena fe, ya que el asegurado lo que desea es mitigar el riesgo de pérdida de sus bienes o su vida, cuándo se declara un siniestro que lo ha provocado el mismo asegurado, estamos hablando de un fraude en el contrato de seguros, lo que causa no solo la cancelación de la póliza, sino que puede convertirse en un delito civil y penal.
- **Lícito** el riesgo no debe irse contra las leyes, no se pueden asegurar objetos o bienes ilícitos, por ejemplo no podría asegurarse la carga a sabiendas que lo que se transporta es droga; de ser ilícito el bien objeto de contratación, la póliza se anula automáticamente.
- El riesgo tiene **consecuencias negativas**, es decir el asegurado sufre una pérdida, por ejemplo el choque de un vehículo causa pérdidas económicas a su propietario, la pérdida de una vida además de consecuencias económicas son irreparables.

c) El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador

El monto asegurado hace referencia al valor que se le atribuye a los bienes objeto del contrato de seguros, el mismo que será la cantidad máxima que el asegurador deberá pagar en caso de siniestro.

d) La Prima o Precio del Seguro

Se denomina prima o precio a la contraprestación económica que recibe el asegurador por parte del asegurado.

El cálculo de una prima se realiza mediante mecanismos técnicos jurídicos de previsión con la finalidad de que la compañía aseguradora pueda atender el pago de los siniestros ocurridos.

Decreto Supremo No. 1147, Art. 17:

El solicitante del seguro está obligado al pago de la prima en el momento de la suscripción del contrato. En el seguro celebrado por cuenta de terceros, el solicitante debe pagar la prima, pero el asegurador podrá exigir su pago al asegurado, o al beneficiario, en caso de incumplimiento de aquel”

La prima debe tener la característica de que su pago sea exigible de forma adelantada, ya que el objetivo es crear un fondo que permita a la compañía pagar los siniestros, se incluye en los contratos como cláusula de terminación el no pago o el retraso en el mismo.

El pago de prima debe realizarse por el período en el que el asegurado goza de cobertura, es decir si se realiza una terminación anticipada solicitada por este individuo, no hay devolución de la prima sino por el tiempo restante del contrato.

e) La Obligación del Asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro

Es objeto del contrato de seguros mitigar los riesgos y en caso de que estos ocurran, resarcirlos, en todo o en parte del valor suma asegurada, conforme lo especifiquen las cláusulas de la póliza, por tanto es derecho del asegurado el que la compañía aseguradora lo indemnice en caso de un siniestro, únicamente hasta el monto de la suma asegurada.

En el caso de seguro de daños la pérdida puede pagarse en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, de acuerdo a lo pactado en el contrato.

En el seguro de vida y accidentes personales por obvias razones la pérdida es pagada únicamente en dinero.

1.3.4 El Contenido del Contrato de Seguros

Como todo contrato, el de seguros contiene ciertas condiciones que regulan la relación entre las partes, siendo éstas generales, especiales y particulares.

Las Condiciones Generales se las describe como principios básicos predispuestos por el asegurador, su objetivo es regular la relación bilateral con el asegurado por lo que la Superintendencia de Bancos y Seguros, como órgano de control, revisa de manera previa y autoriza estas cláusulas antes de ser comercializadas y puestas en el mercado; existen dos clases de condiciones generales:

- Las condiciones impositivas que son las que contienen una obligación de hacer o no hacer determinados actos, bajo sanciones que se establecen en las mismas pólizas, en estas se señalan coberturas, exclusiones y obligaciones de asegurado y asegurador.⁸
- Las condiciones dispositivas son las que regulan situaciones que no estén especificadas en normas.

Las Condiciones Especiales amplían, delimitan, condicionan, modifican riesgos señalados en las condiciones generales además incluyen otras disposiciones que se elaboran mediante anexos, endosos, entre otros y incorporar a las pólizas; requieren aprobación de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Las Condiciones Particulares se caracterizan por su conveniencia de mutuo acuerdo entre las partes contratantes, estas se fijan mediante anexos y son variables, no requieren aprobación del órgano de control.

⁸ Resolución No. JB-2008-1219, publicada en el Registro Oficial No. 508 el 16 de Enero del 2009

“Artículo 7.- Las condiciones generales de las pólizas pueden ser impositivas o dispositivas, según la especie o ramo de seguro, aplicables a todas y cada una de las futuras pólizas que celebre el asegurador. Las condiciones impositivas son las que ordenan, sin excusa alguna, la ejecución de determinados actos o la abstención de hacerlos, bajo sanción establecida en las propias pólizas.

Las condiciones dispositivas son las que regulan situaciones para el supuesto de no haber normas específicas en la ley”.

1.3.4.1 Las Exclusiones

De acuerdo a la Real Academia Española se puede definir a la palabra exclusión como “Descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo”⁹ (Española, 2001)

El Diccionario Mapfre señala una exclusión como:

Decisión, que generalmente corresponde a la entidad aseguradora, en virtud de la cual no quedan incluidos en las garantías de la póliza determinados riesgos o, quedando incluidos estos, las garantías del contrato no surtirán efecto cuando concurran respecto a ellos determinadas circunstancias o condiciones preestablecidas.

En los términos del derecho de seguros se conoce a las exclusiones como estipulaciones que no se encuentran con cobertura, por tanto si el evento ocurre bajo cualquiera de estas cláusulas no existirá la obligación de indemnización de la aseguradora, un claro ejemplo es la exclusión del pago de un siniestro cuando el conductor de un vehículo sea el causante del accidente por manejar en estado de ebriedad, en la contratación de una póliza vehicular.

Es importante que las exclusiones estén claramente especificadas dentro de las condiciones generales, aunque su aprobación por parte del órgano de control no las valida cuando la legislación se modifica, por lo que pueden constituir un riesgo legal la inobservancia de las normas.

1.3.5 Características del Contrato de Seguros

Realizada una investigación a varios autores especialistas en la materia, se puede señalar que el contrato de seguros es:

a) Bilateral o Sinalagmático

Sinalagmático es un término que proviene de un vocablo griego, el mismo que tiene el significado de “obligatorio para una y otra parte, como contrato, comercio, sociedad, tráfico. En el tecnicismo jurídico es sinónimo de bilateral en la contratación”. (Cabanellas, 2007: 355)

⁹ Excluire (Del lat. *excludere*): “Descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo. Los datos excluyen una hipótesis contraria a ellos”

Se puede concebir una relación contractual como sinalagmática o bilateral desde dos perspectivas, la primera es la existencia de dos o más partes que conforman dicha relación, y la segunda perspectiva es que las partes tengan una relación correlativa, es decir ambas cumplen una obligación de dar, hacer o no hacer, contraponiéndose a una relación unilateral en la que una sola parte es la que tiene las obligaciones.

De acuerdo con la definición de nuestro Código Civil un contrato se considera bilateral cuando existen obligaciones correlativas entre las partes¹⁰, es decir supone únicamente la segunda perspectiva, y la primera quedaría sobreentendida debido a las partes que conforman el contrato de seguros, siendo el asegurador y el asegurado.

Generalmente todo contrato de seguro genera la obligación del asegurado de pagar la prima, en el tiempo y de la forma convenida, y por parte de la aseguradora la responsabilidad de pagar cuando ocurra un siniestro, esto siempre y cuando se encuentre dentro de las condiciones de cobertura ya que pueden estipularse excepciones y exclusiones que dejen inoperante el seguro.

b) Oneroso

La contraprestación por asumir el riesgo es el pago de la prima, que tal como se ha señalado esta especificada como elemento esencial dentro del contrato de seguro.

Un contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose uno en beneficio del otro,¹¹ así el asegurador obtiene utilidades por el cobro de la prima, mientras que, el asegurado con el traslado del riesgo se beneficia en cuanto a que los riesgos que pudiera sufrir ya que estos se encuentran cubiertos.

¹⁰ Artículo 1455 “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente” (CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, 2005).

¹¹ Artículo 1456 “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro” (CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, 2005)

c) Solemne

Un contrato es considerado solemne cuando está sujeto a la observación de solemnidades, en el caso particular del contrato de seguro y conforme lo señala el Art. 6 del Decreto Supremo No. 1147:

“El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de documento privado que se extenderá por duplicado y en el que se harán constar los elementos esenciales”.

Un contrato de seguros de cualquier asegurador está previamente aprobado por la Superintendencia de Bancos y Seguros, es así que de acuerdo al Instructivo emitido por la Subdirección Técnica del mencionado organismo, los modelos de pólizas requieren autorización previa para que estas sean puestas en vigor, la finalidad de esta práctica sería la inalterabilidad de su contenido (Seguros, 2011)

Considerando que el contrato de seguros contiene condiciones generales y particulares y que estas últimas son modificables de acuerdo al tipo de póliza a emitirse, la Ley General de Seguros considera en su Art. 75 que “las condiciones de las pólizas y las tarifas serán resultado del régimen de libre competencia del mercado de seguros”; existe una inconsistencia en esta norma pues, si bien se quiere dar la connotación de que el mercado asegurador tiene características de un mercado competitivo, existen disposiciones que demuestran que la regulación estatal es bastante estricta en cuanto a la aprobación o no de pólizas, documentos de suscripción, notas técnicas, tarifas de primas, entre otros documentos necesarios para el ejercicio de la actividad económica.

Respecto del tema de la solemnidad, vale considerar que existen negocios actuales en el que el consentimiento del contratante se puede obtener con la simple aceptación del asegurado cuando se ofrecen los denominados “seguros masivos” a través de canales de distribución como lo son los “call center”, este tema será ampliado en un próximo capítulo.

d) De Ejecución Sucesiva

Los contratos que no se consuman en un solo acto son denominados de ejecución sucesiva, el contrato de seguros es considerado como tal debido a que

sus obligaciones se cumplen durante la ejecución del contrato; si bien, la obligación del pago de la prima puede realizarse una sola vez, existen otras obligaciones que se desarrollan junto con el contrato como la del asegurador quien debe mantener el estado de riesgo durante toda la vigencia del contrato.

El autor Efrén Ossa G. considera que:

“Por ser de ejecución sucesiva, el contrato de seguro no admite la resolución por incumplimiento de las obligaciones o cargas que de él derivan, como acontece con los contrato de ejecución instantánea”.

e) Aleatorio

La características aleatoria se materializa si “el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida”¹², este tema ha sido objeto de discusión en la doctrina pues hay quienes afirman no se puede considerar que existe incertidumbre por parte del asegurador debido a que con el desarrollo de la matemática actuarial, la experiencia siniestral, los costos (administrativos, de adquisición, la comisión para asesores), las herramientas como la Central de Riesgos y Deudores existente en Ecuador, entre otras, el actuario está perfectamente en capacidad de conocer las contingencias a las que está expuesta su compañía, con lo cual se desvirtúa esta posibilidad de enfrentarse a una contingencia incierta.

Según Sergio Baeza el seguro no es aleatorio; los contratos aleatorios son especie de contratos conmutativos en los que las partes se gravan recíprocamente con obligaciones equivalentes

... en el contrato de seguros, la aseguradora asume un riesgo y el asegurado paga una prima, éstas no son contraprestaciones equivalentes ya que si la prima está bien calculada, la aseguradora obtendrá lo necesario para cubrir indemnizaciones que deba satisfacer en el ejercicio de su actividad económica, pero las pérdidas o ganancias en que incurra la compañía no se derivan de la naturaleza del contrato sino de errores de cálculos de costos. (Baeza, 1967)

Otros autores señalan que para el asegurado tampoco se trata de un contrato aleatorio, ya que si se ocasiona un siniestro debe recibir una indemnización, no

¹² Artículo 1457 “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio” (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

puede señalar que si en el tiempo de vigencia del contrato en el que no existió siniestro se haya perdido la prima pagada, pues en ese tiempo sus riesgos estuvieron cubiertos.

Tomando un extracto de la resolución de casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, de 13 de diciembre del 2001, publicado en el Registro Oficial 524 el 28 de febrero del año 2002, el considerando décimo segundo señala:

... el carácter aleatorio del contrato de seguro (la prestación que debe darse depende de una contingencia incierta, o de un acontecimiento incierto como lo llama la ley) se pone de manifiesto en las definiciones que da el Decreto Supremo 1147 de riesgo y de siniestro: "Artículo 4.- Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni la del asegurador y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgo y son, por tanto extraños al contrato de seguro"; "Artículo 5.- Se denomina siniestro la ocurrencia del riesgo asegurado". A la luz de estos conceptos debe entenderse la frase que consta al inicio del artículo 11 del mismo decreto: "El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables", así como la que consta en el artículo: "Incumbe al asegurado probar la ocurrencia del siniestro, el cual se presume producido por caso fortuito". En efecto, la producción del siniestro no puede depender, al menos en forma exclusiva, de la voluntad del asegurado ni del beneficiario ni del asegurador, menos todavía del dolo o culpa grave del asegurado; la producción del siniestro se deberá entonces a caso fortuito, y además se presumirá que así se produjo, presunción legal que admite prueba en contrario.

De la investigación realizada, el contrato de seguros efectivamente contiene la característica de ser aleatorio, esto debido a que el objetivo principal de la contratación de un seguro, es el riesgo existente que puede causar una pérdida de patrimonio, pero este riesgo no será consecuencia de la voluntad del asegurado, sino de un caso fortuito o fuerza mayor que fue o no considerado a su debido tiempo; las varias herramientas que tiene el asegurador para el cálculo de primas, tasas y la imposición de condiciones como exclusiones en ciertas pólizas dependiendo el ramo en el que se vaya a asegurar, facilitan el conocimiento de la compañía pero no garantizan que el siniestro ocurra o no y que de presentarse sea una pérdida considerable, es por esto que al ser una actividad no previsible el siniestro y otras actividades que realiza un asegurador tiene varios riesgos entre ellos los legales, siendo estos la causa del presente documento.

f) De Adhesión

La característica de adhesión radica en que de aceptarse como tal el contrato, no puede utilizarse ninguna regla de interpretación.

Sobre el tema existe la discusión acerca las cláusulas contenidas en un contrato de seguros son efectivamente de adhesión o por el contrario son sujetas de libre discusión con el asegurado.

La primera conclusión a la que llegan quienes se encuentran a favor de la tesis de la adhesión es la que las cláusulas generales son elaboradas por el asegurador; tomando en cuenta que en el Ecuador, la Superintendencia de Bancos y Seguros, como órgano de control, tiene la potestad de aprobar toda póliza que vaya a ser comercializada en el mercado, es decir en este primer punto no existe posibilidad de libre discusión entre los contratantes.

Señala el artículo 48 del Reglamento a la Ley General de Seguros:

“... los modelos de pólizas de seguros y notas técnicas requerirán autorización previa de la Superintendencia de Bancos y Seguros para ponerlas en vigor...”

Otra de las consecuencias de la adhesión es la cuestión de la interpretación de las cláusulas, ya que podrían existir disposiciones ambiguas u oscuras contrarias a la voluntad del asegurado, por lo que este estaría en una situación desfavorable.

En el sistema ecuatoriano, por el mismo hecho de que el órgano de control verifica de manera previa la existencia de las cláusulas desfavorables para el asegurado, no existiría la posibilidad de que este se encuentre en una situación de indefensión y que no pueda realizar una libre discusión de las cláusulas que forman parte del contrato, siendo contradictorio lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento de la Ley General de Seguros que señala “Las condiciones particulares de las pólizas serán resultado del régimen de libre competencia y se formularán de común acuerdo entre las partes”; de conformidad con esta disposición existe la posibilidad de discusión de las cláusulas de la póliza, aunque no se ha tomado en cuenta que en ningún caso una cláusula particular puede modificar a una general, concluyéndose que es un contrato de adhesión.

1.3.6 El Principio de Buena Fe en la Contratación de un Seguro

El Art. 1562 del Código Civil señala:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

Siendo un principio básico y rector de los contratos, el contrato de seguros se encuentra bajo el principio de buena fe a nivel mundial, el mismo que la doctrina lo señala como la confianza que existe entre las partes contratantes, esa que le permite al asegurado escoger a la aseguradora con la que se sentirá respaldado y protegido en cuanto al bien asegurado y la respuesta favorable en caso de siniestro, y esa misma confianza que tiene la compañía aseguradora en la declaración del riesgo que realizan sus clientes respecto de los bienes asegurados, y una vez acontecido un siniestro en la veracidad de los hechos declarados.

Este principio se encuentra implícito en las disposiciones del contrato, el asegurado se obliga a describir totalmente la naturaleza del riesgo a través de la declaración del riesgo, así como la aseguradora debe facilitar al asegurado la información exacta de los términos de la póliza, redactando claramente sus cláusulas de forma que este pueda conocer el alcance de las condiciones así como las exclusiones, que limitan su cobertura.

Se conoce como la declaración del riesgo a la respuesta del asegurado sobre las situaciones o circunstancias en las que se encuentra el objeto asegurable, según el cuestionario que le sea proporcionado por parte de la compañía aseguradora.

La declaración del riesgo falsa vicia el contrato con nulidad relativa, es decir que puede ser subsanada por el conocimiento de la parte aseguradora o porque esta no realizó el procedimiento adecuado para conocer el estado de riesgo del asegurado.¹³

¹³ **Art. 14.** - El solicitante del seguro está obligado a declarar objetivamente, el estado de riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia (sic) o la falsedad acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, lo hubieran hecho desistir de la celebración del contrato, o inducirlo a estipular condiciones más gravosas, vician de nulidad relativa el contrato de seguro, con la salvedad prevista para el seguro de vida en el caso de inexactitud en la declaración de la edad del asegurado. Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, los vicios enumerados en el inciso anterior producen el mismo efecto, siempre que el solicitante encubra culpablemente circunstancias que agraven objetivamente la peligrosidad del riesgo. La nulidad de que trata este artículo se entiende saneada por el conocimiento, de parte del asegurador, de las circunstancias encubiertas, antes de perfeccionarse en contrato, o después, si las acepta expresamente".

Un extracto de la resolución de casación de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, de 17 de septiembre del 2002, publicado en la Gaceta Judicial 10 el mismo día, mes y año, reafirma el principio de buena fe al señalar en su considerando sexto:

SEXTO.- El contrato de seguro es un contrato solemne, de carácter bilateral que es por lo mismo oneroso y que se fundamenta en la seguridad que tiene el asegurado en el asegurador, por tanto es de buena fe y ahí es donde radica la confianza en el contrato de seguro.

1.4 EL SINIESTRO

Señala el autor Gustavo Meilij:

“El siniestro es la realización del riesgo previsto en el contrato y resulta ser la condición del cumplimiento de la prestación debida por el asegurado” (Meilij, 1994: 97)

El Diccionario Mapfre lo determina como:

“La manifestación concreta del riesgo asegurado, que produce unos daños garantizados en la póliza hasta determinada cuantía”.

La normativa ecuatoriana, específicamente en el artículo 4 y 5 del Decreto No. 1147, señalan la denominación del siniestro, así:

Art. 4.- Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado y beneficiario.

Art. 5.- Se denomina siniestro la ocurrencia del riesgo asegurado

Analizando las dos disposiciones normativas el siniestro es un riesgo incierto; de acuerdo a varios autores, el término incierto se refiere a un acontecimiento futuro no previsible, es decir no se tiene la seguridad de que este ocurra y si así sucede tampoco se puede aseverar la fecha o la hora del acontecimiento.

El siniestro es la realización del riesgo, en términos breves se refiere al acontecimiento que ha causado daño al asegurado, por lo que va a ser indemnizado, de acuerdo a lo previsto en la póliza, este se caracteriza por su carácter dañoso, al no depender de la voluntad del contratante, daría como consecuencia una pérdida en su patrimonio; tal

como se señalo en la definición del riesgo asegurable, la finalidad de asegurar un bien es mitigar los riesgos a los que se encuentra expuestos, por lo que un siniestro causado dolosamente por el solicitante, asegurado o beneficiario es causal de exclusión de la póliza, el artículo 11 del Decreto Supremo No. 1147 lo confirma, así:

Art. 11.- El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos de asegurado son inasegurables. Toda estipulación en contrario es absolutamente nula. Igualmente, es nula la estipulación que tenga por objeto garantizar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policial.

1.4.1 El Principio Indemnizatorio

Siendo la principal obligación del asegurador, la indemnización es la materialización del objetivo por el cual se contrata un seguro, sin embargo es responsabilidad del asegurador afrontar los pagos que deba efectuar por esta causa.

De acuerdo al autor Hernán Mejía Delgado, al momento de apareamiento de un siniestro se crea un principio indemnizatorio, el mismo que obliga al asegurador a responder hasta el capital acordado en la póliza, de manera total o parcial de acuerdo a las condiciones en las que ocurrió el siniestro. (Mejía, 2011)

Este principio se aplica de acuerdo a las condiciones señaladas en la póliza, de acuerdo al tipo de seguro, este se limita hasta el valor asegurado; en el seguro de vida, siendo un caso excepcional, debido a que la vida no puede ser cuantificada, este se rige al valor acordado por los contratantes.

Según el tratadista Radovich, esta obligación de pago es condicional, es decir de acuerdo a lo que señala el Código Civil Ecuatoriano, depende de un acontecimiento futuro que puede o no suceder¹⁴, esto va completamente de acuerdo con la característica de aleatoriedad del contrato de seguros, constituyendo al siniestro como el realización del hecho imprevisto y el objeto y fin mismo de la contratación.

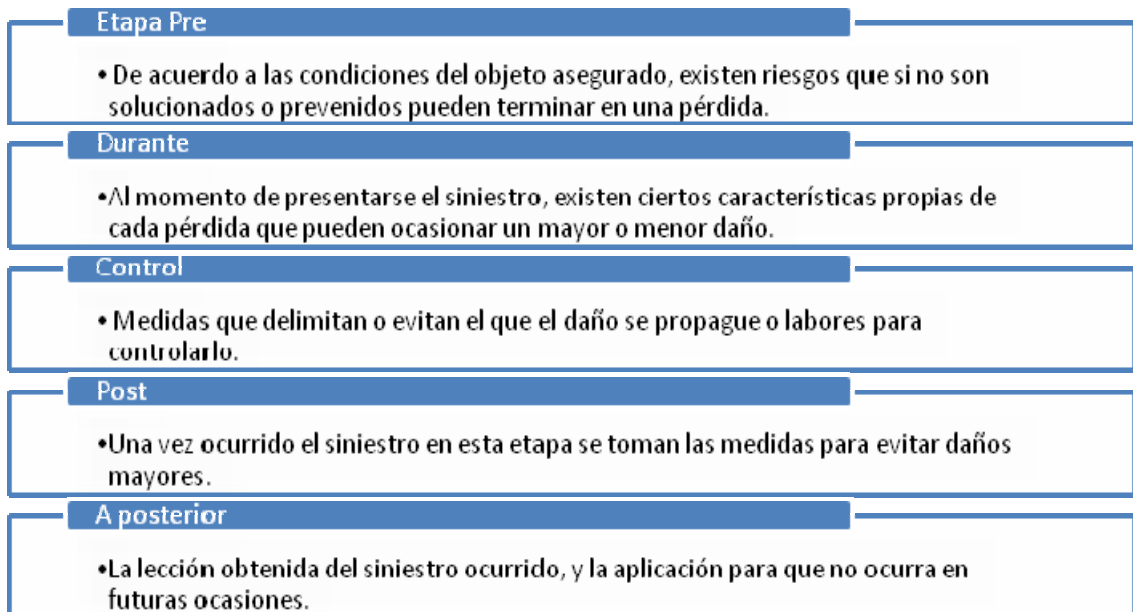
Debe tomarse en cuenta que la vigencia del contrato es vital para la indemnización, señala el autor Jorge Radovich, que un siniestro puede efectuarse después del tiempo de cobertura pero si este no fue advertido a la aseguradora, sin culpa del asegurado, puede corresponder la obligación de indemnizar, aunque puede darse también el caso

¹⁴ Artículo 1489 "Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no".

en que el siniestro sea de ejecución continua, prolongándose en el tiempo se considerará producido al comienzo de la situación, salvo pacto en contrario. (Radovich, 1999: 72)

Existen varias etapas en las que se puede desarrollar un siniestro, el autor Mejía Delgado señala una corta clasificación que se puede explicar de la siguiente manera:

Gráfico No. 1 Etapas del siniestro



Fuente: (Mejía, 2011)

Del gráfico anterior podemos concluir que un siniestro a más de caracterizarse por ser un hecho no previsible, se desarrolla en varias etapas, dentro de las cuáles si no se lo atiende con la debida responsabilidad puede generar daños mayores.

El objetivo de conocer estas etapas está en implementar medidas de prevención conocidas como planes de contingencia, que reducen el tiempo de recuperación de un negocio a consecuencia de dicho siniestro.

1.4.2 Los Tipos de Siniestros

De forma muy general existen tres tipos de siniestros: parciales, totales y catastróficos.

a) Parciales

Una pérdida parcial es la que debido al suceso imprevisto se pierde o destruye solo una parte del bien asegurado.

Por ejemplo en el ramo de vehículos, una coalición que tiene como consecuencia el daño de solo una parte de la estructura del vehículo asegurado es una pérdida parcial; esta generará al asegurado el derecho de ser indemnizado por la aseguradora, de acuerdo a las condiciones de la póliza.

Es considerado un siniestro parcial porque una vez reparado el vehículo, objeto asegurado, seguirá funcionando, causando al asegurado una pérdida momentánea pero subsanable.

b) Total

El siniestro total tiene como característica la destrucción o desaparición del bien asegurado.

Tomando como ejemplo el mismo contrato de seguros en el ramo de vehículos, la coalición fue de tal magnitud que el vehículo está destruido no solo en la estructura sino en su sistema interno, no existe forma de repararlo, a esto se considera una pérdida total.

c) Catastrófico

Un siniestro es catalogado como catastrófico cuando su origen es de carácter extraordinario, es decir es consecuencia de una fuerza mayor como fenómenos de la naturaleza, inundaciones, movimientos sísmicos, entre otros, o de un caso fortuito tal como una conmoción civil.

CAPÍTULO II

2 LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

2.1 INTRODUCCIÓN

El constante avance científico y tecnológico ha incidido en todas las actividades humanas incluyendo de sobremanera el sector económico y en varios aspectos en el aspectos legal.

El coste de la producción de bienes y servicios, el tiempo que las personas otorgan a la adquisición de bienes y servicios, la tecnología, entre otros factores, son algunos de los aspectos que han incidido para que los contratos clásicos en los que una parte oferta un bien o servicio y la otra acepta de acuerdo a los términos concertados por ambos, de manera igual o paritaria, han sido modificados a una contratación en masa, la misma que con la finalidad de minimizar dichos costos, extender el mercado y satisfacer a los consumidores ha dado lugar a una evolución de la contratación tradicional.

En este capítulo analizaremos al denominado “contrato de adhesión”, su definición, características, la naturaleza jurídica y finalmente se explicará detalladamente la relación del contrato de seguro como de adhesión.

2.2 LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

2.2.1 Aproximaciones al Concepto

La masificación de los contratos no es actual, el fenómeno que permitió la transformación data desde finales de los siglos XVIII y XIX, a partir de las revolución industrial, su aparición se justificaba en los altos costos que implicaba celebrar un contrato, más la estructura jerarquizada de las empresas que recurría al sistema de precios.

El contrato de adhesión, se encuentra vinculado a “la sociedad de consumo”, la autonomía de la voluntad contractual se ha visto limitada por la aparición de cláusulas

generales dentro de los contratos de consumo que se imponen a una parte denominada “adherente”.¹⁵

Al esquema del contrato tradicional, en el que las partes negocian los términos del mismo, se le presenta un nuevo modelo, el contrato de adhesión, un esquema “unilateralmente predispuesto, uniforme y rígido” (Stiglitz, 1985: 49) en el que una parte (los consumidores) se adhiere a lo que se encuentra redactado, sin la posibilidad de objetar las cláusulas o negociar los términos.

La tendencia globalizada ha logrado un crecimiento en la producción de bienes y servicios en masa, esto amplía el número de consumidores, la tecnología y la publicidad son factores determinantes para que los usuarios prefieran sobre otro determinado producto.

2.2.2 Concepto de Contrato de Adhesión

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (R.A.E), el término “adhesión” es la “Acción y efecto de adherir o adherirse, conviniendo en un dictamen o partido, o utilizando el recurso entablando por la parte contraria”. (Española, 2001)

En términos jurídicos, el profesor Guillermo Cabanellas señala adhesión como “Consentimiento, colaboración que se presta a un acto realizado por un tercero”.

Un contrato de adhesión, señala Messineo es “aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas” (Messineo en Stiglitz, 1985: 50)

Analizando los conceptos citados, es claro que adhesión se vincula con el aceptar o coincidir con lo realizado por otro, en el que una de las partes no es participante en la elaboración del esquema ni los lineamientos en los que se regirá la relación contractual, a esto, los autores Rubén y Gabriel Stiglitz lo conocen como “la disparidad del poder de negociación” (Stiglitz, 1985: 51), ya que solo una de las partes serán las que impongan la configuración del contrato.

¹⁵ “La autonomía de la voluntad (“el consentimiento libre, prestado sin dolo, erro ni violencia, y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables a los contratos”, nota al art. 943, Cód. Civ.) ha sido restringido en el Derecho moderno por las teoría el abuso del derecho, de la lesión y de la imprevisión (incorporadas por la ley 17.711); y –especialmente en los contratos predispuestos y en el Derecho del consumo – las restricciones fueron acentuadas por la interpretación a favor del no predisponente...” (Alterini, 1999: 21)

Considerando que en el concepto tradicional del contrato las partes pactan los derechos y obligaciones a los que se sujetan, siendo ley para ellos, el contrato de adhesión estaría lesionando el principio de libertad contractual en una de las partes, aunque esto no esta cuestión es discutible cuando comprobamos que diariamente celebramos contratos predispuestos que facilitan las transacciones que realizamos, tales como la venta de boletos aéreos, los tickets de transporte, la compraventa de determinados bienes, la contratación de determinados servicios como la televisión por cable, la contratación de servicios básicos como agua y luz, entre otros dentro de los cuales se encuentra la contratación de seguros privados.

2.2.3 Introducción al Principio de Libertad Contractual

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones que se usa a diario, alrededor del mundo, su importancia recae en la posibilidad de que dos partes puedan materializar su voluntad, detallando los derechos y obligaciones y realizando un acto que tenga validez jurídica para las partes.

El Principio de Autonomía Privada o también conocido de Libertad Contractual, es la facultad que tienen los particulares para regular sus relaciones jurídicas, siempre enmarcadas dentro del ordenamiento.

Históricamente se puede señalar que la Revolución Francesa al consagrar los principios de igualdad, libertad y fraternidad dio paso a la normativa y a las codificaciones del siglo XIX, incluyendo la contratación de bienes y servicios entre comerciantes principalmente.

El pregonado principio de libertad, interpretado desde varias perspectivas, pudo reflejarse en la posibilidad de que los individuos creen sus propios derechos y obligaciones, es así, como el contrato se consideraba como una forma de autorregulación que permitía un sistema de negociación libre entre partes que se consideraban iguales dentro de la relación contractual, aunque esto no siempre se cumplía.

Señalan los autores Rubén y Gabriel Stiglitz:¹⁶

... el principio de libertad contractual así fundado en la igualdad formal de los individuos, si bien reconocía a todos idéntico poder jurídico, consentía a la empresa, económicamente más potente, determinar unilateralmente, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio. (Stiglitz, 1985)

De acuerdo a los autores citados, más allá de la libertad contractual de las partes, el predominio del empresario lo posibilitaba a predisponer sus condiciones en el contrato, incorporando el contenido que lo beneficiaba y causando de esta forma la disparidad entre los contratantes que se suponían jurídicamente equitativos; es en esta etapa el estado decide intervenir en las relaciones jurídicas privadas con la finalidad de proteger a la parte que se consideraba débil.

Citando al autor Santos Briz, este afirma:

“El contrato ya no es solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que nuestra vida económica y social ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes. Y es entonces que la sociedad representada por el Estado, en sentido lato, asume el control del contrato en sus aspectos fundamentales” (Briz citado por Stiglitz, 1985: 46)

Específicamente, en el contrato de seguros que es asunto de nuestro análisis, existe una regulación por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros como órgano supervisor que se encarga de realizar la aprobación previa de las condiciones generales de las pólizas antes de que las compañías las puedan poner en comercialización.

2.3 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Se confirma que no existe una única definición para los contratos de adhesión, pese a que varios tratadistas han dado su propia definición, aunque todos coinciden que el término adhesión está vinculado a la aceptación de lo realizado por una sola parte de la relación contractual, es decir, existe una imposición de condiciones que no son discutidas.

¹⁶ De esta manera los autores se introducen en la desigualdad existente en las relaciones “masificadas”

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, el cuerpo legal que regula y establece los mecanismos para la comercialización de bienes y servicios dentro de la legislación ecuatoriana, establece en el art. 2, como definición del contrato de adhesión:

“Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

De la definición antes surgen ciertos elementos que caracterizan a la figura del contrato de adhesión:

1. Cláusulas establecidas unilateralmente por el proveedor;
2. Se establece en contratos impresos o formularios;
3. El consumidor no discute ni los términos ni el contenido de la celebración del contrato.

a) Cláusulas establecidas unilateralmente por el proveedor

El esquema del contrato típico en el que las partes deliberan y concuerdan los términos de la relación contractual es alterada en un contrato de adhesión, ya que la fase de negociación es eliminada, existe una inequidad en el poder de negociación.

De acuerdo a la definición las cláusulas las impone el proveedor, es importante definir este término ya que la interpretación puede ser amplia.

El mismo Art. 2 de la Ley de Defensa define “Proveedor” como:

Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión.

En conclusión, entiéndase como proveedor quien ofrece bienes y servicios y los pone a disposición de los consumidores, aquí retomamos el importante término señalado por los tratadistas Rubén y Gabriel Stiglitz, “la disparidad de poder de

negociación”, existiendo una voluntad que predomina, suponiendo que existe también una parte débil, siendo este el adherente.

El proveedor se identifica como la parte económicamente predominante, quien tiene la libertad para imponer las condiciones que le sean favorables, mientras que, el contratante queda limitado a someterse al esquema que le ha sido establecido o simplemente no contratar o contratar con otro proveedor.

La necesidad que tenga el consumidor se verá reflejado en aceptar las cláusulas predispuestas de un contrato que podría beneficiarlo o, en otros casos, lesionar sus derechos, siendo en este segundo caso en el que el Estado intervendrá procurando que dichas cláusulas no se conviertan en abusivas.¹⁷

b) Se establece en contratos impresos o formularios

La referencia a contratos impresos o formularios como tal no sería relevante, sino, el contenido de estos contratos.

Todo contrato de adhesión contiene cláusulas o condiciones generales, las mismas que justifican esta modalidad.

Se puede caracterizar a las condiciones generales como uniformes u homogéneas, ya que están son redactadas de una manera tal que se puedan utilizar en todas las transacciones de determinado bien o servicio; son inalterables o rígidas no cambian con el tiempo, ni alteran la comercialización frente a casos particulares de los contratantes que puedan presentarse; son ágiles, se consideran una ventaja ya que se ahorro el costo que acarrea una negociación, simplifican la actividad y minimiza el tiempo destinado por los contratantes, convirtiéndose en una ventaja; por último son claras y de fácil interpretación, o al menos así deberían ser, las partes al conocer detalladamente la prestación del bien o el servicio tendrán menos dudas y se evitarían las controversias que surgen de distintas interpretaciones.

¹⁷ El ámbito de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor se refiere a normas de “orden público” que por tratarse de interés social, prevalecen sobre otras que se le contrapongan; su objetivo es “normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes” Art. 1 (Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, 2000)

c) El consumir no negocia el contenido del contrato

Se limita el principio de libertad contractual, la voluntad del contratante o consumidor se limita a aceptar o rechaza la estructura completa del contrato.

Debido a la rigidez de las normas que conforman el contrato de adhesión, el consumidor no puede aceptar, rechazar o modificar ciertas cláusulas, ya que al estar predispuestas la aceptación será a la totalidad de lo predispuesto.

2.4 LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

2.4.1 La Naturaleza Jurídica de las Condiciones Generales

En doctrina existen dos posiciones para determinar la naturaleza jurídica de las Condiciones Generales: la primera es la Tesis Normativista y la segunda se denomina como Tesis Contractualista.

a) La Tesis Normativista

Las Condiciones Generales se conciben como normas jurídicas que señalan los derechos y obligaciones contenidos en el contrato, tanto para quien las ha redactado como para la parte adherente, se consideran de esta forma como fuente de derechos y obligaciones.

b) La Tesis Contractualista

Las Condiciones Generales no son normas jurídicas.

Esta tesis señala que las cláusulas que contienen las Condiciones Generales son únicamente parte integrante de los contratos, por lo que derivan su obligatoriedad de las leyes a las que se someten.

2.4.2 Concepto y Características de las Condiciones Generales en los Contratos de Adhesión

La Legislación Ecuatoriana no señala la definición de este concepto, en términos generales, ya que la Ley General de Seguros lo hace en su ámbito de aplicación.

La Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del año 2010, señalan en su Art. 2.1.19, numeral segundo:

“(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”.¹⁸

El autor Pedro Silva Ruiz resume a las condiciones generales como: “el conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propino a celebrar”. (Silva, 2001: 52)¹⁹

El mismo autor, citando a Díaz Alabart señala como características comunes de las condiciones generales en los contratos de adhesión a: La Predisposición, Rigidez, y Generalidad o Uniformidad.

a) Predisposición porque las condiciones han sido preestablecidas, redactadas a priori y fijadas con anterioridad, eliminándose la negociación de las partes.

“Las condiciones generales de contratación son una hipótesis de limitación a la libertad de contratación” (Stiglitz, 1985: 43)

Es por esta característica que se considera al contrato de adhesión como limitante del principio de libertad contractual.

b) Rigidez porque sus cláusulas se consideran inalterables e inmutable, al eliminarse la negociación, al consumidor solo le queda la opción de aceptar en bloque, es decir adherirse completamente a las condiciones del contrato, no se puede solo aceptar ciertas cláusulas y rechazar otras.

c) Generalidad o Uniformidad, las condiciones están pre-redactadas siendo aplicables a todos los contratantes, sin tomar en consideración las particularidades de cada parte, y porque pueden ser utilizadas en todos los casos que se preste o comercialice el bien o servicio.

¹⁸ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, año 2010

¹⁹ Concepto propio que se realiza en base de la lectura del autor Silva-Ruiz Pedro, entre otros, considerando las características señaladas por este último citando a Díaz Alabart. (SILVA-RUIZ, 2001: 52).

2.4.3 Las Condiciones Generales en los Contratos de Seguros

De acuerdo al Capítulo III, NORMAS PARA LA ESTRUCTURA Y OPERATIVIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO, Incorporado con resolución No. JB -2005-748 de 25 de enero del 2005, señala en su Art. 6:

Art. 6.- Las condiciones generales de las pólizas son principios básicos, estipulaciones o cláusulas establecidas por el asegurador, con el objeto de regular la relación bilateral con el contratante y/o asegurado, en el marco de la legislación aplicable y de los principios de la técnica de los seguros.

El autor Joaquín Garriguez, citado por el Dr. José Alvear Icaza, señala que:

... las condiciones generales constituyen cláusulas en el contrato pero de una naturaleza sui géneris, porque excluyen el derecho de discusión pre-contractual. Las condiciones generales no suelen ser examinadas por el asegurado, pero aunque lo fuesen, tampoco pueden ser modificadas por este... (Alvear, 2007: 156)

Realizando un análisis a las características que presentan las “condiciones generales” en términos generales, que particularmente, en la terminología del campo asegurador, están se presentan en ambos casos; la inmutabilidad, la generalidad y la predisposición, están presentes en su composición, se excluye la negociación entre las partes, por tanto se limita el principio de libertad contractual, una sola parte las redacta y el contratante adherente no puede modificarlas, pero una peculiaridad señalada en la Resolución citada, es que las condiciones generales en las pólizas de seguros deben enmarcarse tanto en los principios como en la técnica del seguro, existiendo de esta manera una regulación previa, con el único fin de proteger los derechos de los consumidores.

Existen dos tipos de condiciones generales dentro que se pueden incluir en las pólizas de seguro, unas con carácter dispositivo y otras con carácter impositivo.

Las **Condiciones Impositivas**, tal como el término lo señala, son aquellas que ordenan que se realice o no determinado acto, bajo pena de sanción, un ejemplo:

Art. 24.- SUBROGACIÓN:

Cuando la Aseguradora haya pagado una indemnización por ministerio de la ley, se subroga hasta el monto de dicha indemnización en los derechos y acciones del Asegurado contra terceros responsables del siniestro...

Si la aseguradora paga una indemnización por el valor total del vehículo asegurado, adquiere la propiedad del mismo. El Asegurado o Beneficiario están obligados a realizar todos los actos tendientes a consolidar el dominio de la Aseguradora sobre dicho vehículo y a entregarle todos los documentos inherentes a ello". (SUR, 2002)

Las **Condiciones Dispositivas** son las que regulan las situaciones en las que no existan leyes para el caso específico, por ejemplo:

"PÉRDIDA TOTAL ACORDADA: Costo de reparación de los daños al vehículo asegurado superior al 65% del valor asegurable de dicho vehículo al momento de determinarse la pérdida" ²⁰ (SUR, 2002)

2.4.4 Las Cláusulas Abusivas

Los autores que han estudiado y analizado los contratos de adhesión y las condiciones generales, también se han enfocado en lo que denominan "cláusulas abusivas".

El término "abuso" en derecho sugiere "mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de la propiedad o posesión..." (Cabanellas, 2007: 15)

Varias son las ventajas que posee el empresario cuando predispone las condiciones generales en los contratos; su voluntad es la que se materializa y se estructura en las diferentes cláusulas que se le imponen al consumidor, quedando este bajo la decisión de aceptarlas por completo o simplemente no contratar.

Esta inequidad en la relación contractual puede recaer en el abuso de la posición dominante.

Se habla de la existencia de un "desequilibrio inter partes"²¹ pudiendo ser este "formal" o "sustancial", diferenciándose por ser la inequidad entre las partes o si se refiere al contenido del contrato, respectivamente.

²⁰ Condiciones Generales de póliza de seguro de vehículos, Aseguradora del Sur, aprobado por la Superintendencia de Bancos y Seguros con la Resolución No. SBS-INS-2002-013 de enero 23 de 2002.

²¹ (PRIETO MELGAREJO, S/A: 183) Respecto al "Desequilibrio Inter partes" el autor señala que "Cualquier desequilibrio no determina la vejatoriedad de la cláusula, debiendo ser, según las distintas corrientes, importante, significativo, manifiesto, excesivo, exagerado, sustancial, injustificado y perjudicial al consumidor o a la parte contraria, comparado el contenido prestacional del negocio jurídico específicamente celebrado y los derechos y obligaciones de las partes"

El desequilibrio inter partes formal, no se generaliza a la debilidad jurídica a una de las partes contractuales, vale considerar que en los tiempos actuales mal podríamos referirnos a parte “débil” o “fuerte”, ya que la facilidad para obtener información social, política y económica, permiten que las transacciones se realicen con el debido análisis, por lo que debería darse un criterio objetivo a todas las relaciones jurídicas, sin cualificar la “supremacía” o la ausencia de esta, en las partes contractuales.

De acuerdo a lo que señala el autor Dhery Prieto Melgarejo, la ausencia de negociación y la desigualdad jurídica de las partes que permite la imposición de normas, concluye en la aparición de cláusulas abusivas; bajo esta tesis se podría señalar que todas las cláusulas que se encuentran en contratos de adhesión son “abusivas”, ya que cumplen con la esencia de este contrato que es la limitación a la negociación.

La tesis propuesta por el autor Dhery es inexacta, pues no se puede generalizar el hecho de que todos los contratos de adhesión contengan cláusulas abusivas, por el contrario, la contratación moderna, distinta a la forma tradicional, está plenamente justificada, la producción de bienes y servicios que utilizan formularios o contratos tipos, la minimización de los costos y del tiempo de empleo en la negociación, los nuevos medios de comercialización, la tecnología y su avance, así como las nuevas culturas y costumbres sociales lo han demostrado y lo hacen a diario.

Sobre el momento en que se hace presente las cláusulas abusivas, señalan los autores Rubén y Gabriel Stiglitz, este se presenta cuando la posición de empresa, el cálculo de riesgos y la disposición del poder de negociación en su totalidad pueden generar un instrumento “de injusticia contractual”.(Stiglitz, 1985: 93)

Respecto al desequilibrio inter partes sustancial, puede presentarse desde varios ejemplos, uno de ellos, la dificultad que tienen los consumidores para leer los contratos de adhesión, esto debido al complicado lenguaje, los términos jurídicos o las letras minúsculas; el contenido del contrato que tienen incorporada terminología especializada y jurídica que constituye a más de un desequilibrio, un impedimento para que la parte adherente tenga una interpretación completa de lo que está firmando, esto puede ser causa de inclusiones de cláusulas abusivas.

Para evitar este tipo de desequilibrios inter partes sustancial, en cuanto a la redacción de los contratos de adhesión, la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor señala en su Art. 41:

“El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.

Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos...” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000)

2.4.4.1 Noción del término “Cláusulas Abusivas”

Como noción al término de “cláusulas abusivas” podemos señalar que son aquellas condiciones generales que han sido estipuladas de tal manera, que otorguen amplias ventajas o privilegios a la parte que las ha redactado.²²

Es razonable señalar que varios son los factores que generan cláusulas abusivas, siendo el principal el referente a la falta de discusión de las partes contratantes, así como es inevitable señalar que los contratos de adhesión son los contratos que usualmente las contienen, debido a que esa falta de negociación faculta a que la parte que predispone y estipula su contenido, le sea favorable en la mayor parte posible, de ahí que en algunos casos exista la intervención del Estado, a través de la defensa a los consumidores.

2.5 LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

La función principal del Estado es la de proteger y garantizar los derechos de sus ciudadanos, dentro de los cuales se encuentra el amparo de los derechos de los consumidores que forman parte de los llamados derechos colectivos o difusos, dentro de los derechos económicos.

Los derechos del consumidor están enmarcados dentro de los derechos fundamentales reconocidos por todas las legislaciones, dentro de sus cartas

²² Definición propia

constitucionales o en el derecho internacional, de ahí que su dimensión sea social ya que “tienen un carácter impersonal, no son aislables, y entonces no ocasionan lesiones individuales en el sentido tradicional” (Stiglitz, 1985: 13), es decir de un modo u otro, la vulneración del derecho de un consumidor, no solo lo afecta a él en su individualidad, sino que de manera global, afectará a todos los usuarios o potenciales usuarios de determinado bien o servicios, sea por publicidad engañosa, productos de mala calidad, precios excesivos, entre otros casos.

Los derechos del consumidor, no fueron reconocidos sino hasta la segunda mitad del siglo XX, con el primer movimiento de los consumidores realizado en Estados Unidos, la causa los escándalos en las empresas farmacéuticas, culminando con la aprobación de la Ley sobre la Genuidad de las Sustancias Alimenticias y Farmacéuticas de 1906, otros movimientos posteriores, lograban aprobaciones de leyes similares; fue en marzo 1962 cuando el Presidente John F. Kennedy propuso el derecho a ser informado, como derecho fundamental de los consumidores, el mismo que fue precursor de varios movimientos y asociaciones de consumidores, quienes exigían su derecho a conocer desde los costos reales de las operaciones, hasta los ingredientes de un producto con fechas de caducidad, información nutricional, etc. (Ovalle, 1990)

Un ejemplo de protección del derecho del consumidor se encuentra dentro de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Europarl Europa, 2000) quien en su Art. 38 señala “Las políticas de la Unión Europea garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”, ampliando este derecho en la “Carta Europea de Protección de los Derechos de los Consumidores del Consejo de Europa”²³, que entre otros derechos reconocía, la protección y la asistencia a los consumidores, el derecho a la reparación de daños causados, el derecho a la información y educación, etc.

El 16 de abril de 1895, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución sobre la Protección al Consumidor, mientras que en Latinoamérica, Argentina fue el primer país que incluyó de manera expresa la protección a los consumidores en el año de 1958.

El Ecuador aprobó el 12 de Septiembre de 1990, en el Registro Oficial No. 520 la primera Ley de Defensa al Consumidor, cuyos 57 Artículos se enfocaban en el derecho de los consumidores a obtener bienes y servicios de calidad, con la cantidad y

²³ Asamblea Consultiva del Consejo de la Unión Europea emitió la Resolución 543/73, en mayo 1973, que aprobó el texto definitivo de la “Carta Europea de Protección de los Consumidores”

precios justos, siendo deber del Estado velar la defensa y protección de los derechos del consumidor.

La Constitución del Ecuador, aprobada en el Registro Oficial No. 449 el 20 de octubre del 2008 señala en su Art. 52:

Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

Siendo deber del Estado el establecer mecanismos de protección para los consumidores, este está facultado para realizar un control de los contratos de adhesión que circulen en el mercado, con la finalidad de prevenir las cláusulas abusivas.

El control puede realizarse ex o post ante, de manera administrativa o jurisdiccional, por entes de carácter público o privado, un claro ejemplo es el que realiza la Superintendencia de Bancos y Seguros en su resolución No. 1782, publicada en Registro Oficial 283 de 21 de Septiembre del 2010, a sus usuarios, en sus Resoluciones de protección al usuario:

PARAGRAFO VII.- DERECHO A PROTECCIÓN:

Art. 14.- El usuario tendrá derecho a recibir protección y a demandar la adopción de medidas efectivas que garanticen la seguridad de las operaciones financieras, del defensor del cliente, de la Superintendencia de Bancos y Seguros o de otras instancias administrativas o judiciales pertinentes, especialmente en los siguientes casos:

14.1 Recibir protección ante la existencia de cláusulas prohibidas que vayan en contra de sus derechos e intereses;...

La prevención implica el análisis del contrato que se vaya a difundir, considerando el bien o servicio que se vaya a prestar, el segmento al que se vaya a comercializar y en casos particulares las características técnicas.

2.6 LA TEORÍA DEL CONTRATO DE SEGUROS COMO DE ADHESIÓN

Como se señaló dentro del primer capítulo, una de las características del contrato de seguro es la de “contrato de adhesión”, por lo que se considera necesaria una extensión este concepto.

El concepto de contrato desde la perspectiva de seguro, de acuerdo al autor Joaquín Garriguez, citado por el autor Víctor Cevallos Vásquez:

... es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona -el asegurador- asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto, al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en un siniestro. (Cevallos, 2011: 288)

En el contrato de seguros existe un acto jurídico bilateral, tanto por las partes siendo entre aseguradora y asegurado, como por las obligaciones ya que la primera asume el riesgo, recibiendo de este último como prestación un pago llamado prima, de ahí la característica de oneroso, pero la razón por la que se concibe el contrato de seguros como un contrato de adhesión lo ha determinado la doctrina y se lo ha expresado tanto en las normas como en la jurisprudencia.

La Jurisprudencia de Casación, emitida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil mediante resolución el 24 de mayo de 2001, publicada en la Gaceta Judicial 6, Serie 17, señala en el considerando segundo la característica de contrato de seguros, como contrato de adhesión:

SEGUNDO: La formación normal de un contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Este esquema típico de contrato tiene una modalidad que es el contrato de adhesión, en el cual la fase de negociación del contrato ha quedado eliminada, puesto que una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal suerte que a la otra no le queda otra libertad que la de dar, su consentimiento o rechazar el contrato. (Contrato de Adhesión, 2001)

El autor Dhery Prieto Melgarejo²⁴ señala:

“La adhesión se da también nítidamente en los contratos de seguro, donde la entidad aseguradora mantiene contratos previamente elaborados a los que deben solamente adherirse quienes buscan la prestación de un seguro”. (Prieto, s/a)

Varios autores coinciden con la tesis de Prieto Melgarejo, incluyendo a Efrén Ossa quien además señala, válidamente, que si bien existe la ausencia de negociación en las condiciones generales, esto no significa que el contrato de seguro deje de concebirse como un negocio jurídico libremente aceptado por el asegurado, existe consentimiento por parte del asegurado y por lo tanto cumple con este requisito de validez, generando así tanto derecho como obligaciones para las partes, aunque otros autores niegan la naturaleza contractual de los contratos de adhesión, ya que señalan que estos son actos unilaterales tanto por la ausencia de negociación, como porque posterior a la aceptación continúa produciéndose una sola voluntad del oferente. (Gaceta Judicial, año CII, Serie XVII No. 6: 1539)

Está claro que el contrato de seguros es un contrato de adhesión, por la imposición de condiciones generales por parte de la compañía aseguradora al asegurado, pero también existe la particularidad de que dichas condiciones son aprobadas por el órgano de control, con la finalidad de que estas cumplan los requerimientos técnicos y legales.

El Instructivo para obtener autorización para operar en ramos y/o seguros y elaboración de documentos de suscripción, primas y notas técnicas para empresas de seguros, dictado por la Subdirección Técnica de la Intendencia Nacional del Sistema de Seguro Privado, señala “los modelos de pólizas requieren autorización previa de la SBS para ponerlas en vigor, a fin de garantizar la inalterabilidad de su contenido”, similar obligación se señala en la Ley General de Seguros, en su Art. 25.²⁵

Las condiciones tanto técnicas como jurídicas suelen ser poco accesibles y comprensibles para una persona común que carece de un conocimiento del sector asegurador, esta complejidad dificulta la existencia de una negociación o discusión de las condiciones, concibiéndose al asegurado como la parte “débil” de la relación

²⁴ Ex docente de Derecho Civil de la Universidad Tomás Frías, Potosí, Bolivia. Actual docente de Derecho Civil de Univalle, Sucre, Bolivia

²⁵ Art. 25 “Los modelos de pólizas, las tarifas de primas y notas técnicas, requerirán autorización previa de la Superintendencia de Bancos y Seguros, para ponerlas en vigor. Sin embargo copias de las mismas deberán remitirse a dicha institución por lo menos quince días antes de su utilización y aplicación”.(Ley General de Seguros Ecuatoriana)

jurídica, de ahí que el Estado intervenga a través de la Superintendencia de Bancos y Seguros, quien al revisar previamente las pólizas para la aprobación tutela los derechos del asegurado y equilibra la relación jurídica, evitando la inclusión de cláusulas excesivas o abusivas que perjudiquen o traten de engañar a los consumidores de este servicio.

CAPÍTULO III

3 EL SEGURO PRIVADO DE CONTRATACIÓN MASIVA

3.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS MASIVOS

Los contratos masivos se han convertido en una herramienta de vital importancia para adquirir bienes y servicios, sin embargo hay cierto tipo de productos que por diferentes factores, cuentan con una demanda poblacional elevada, tales como la comercialización de boletos aéreos o la contratación de servicios básicos como agua o luz eléctrica; es por esto que los comerciantes buscan alternativas para elevar sus ventas, buscando realizar contrataciones más ágiles mediante estándares de contratación que les permitan tener mayores ingresos, conociéndose en doctrina como contratación masiva de bienes y servicios.

Esta nueva modalidad se caracteriza porque una de las partes establece los parámetros específicos, cláusulas, derechos y obligaciones mediante la elaboración de instrumentos de contratación similares, a través de la aplicación de formatos generales a fin de que la otra únicamente acepte o rechace dicha imposición contractual.

De manera acertada, los autores Gabriel y Rubén Stiglitz señalan que “Las técnicas actuales de contratación exigen formulaciones que atiendan, con decisión pero sin perder el equilibrio deseado, al ritmo acelerado en que se suceden los hechos que dominan las relaciones actuales”. (1985: 19)

Pero la masificación o la incorporación de condiciones generales pre-redactadas en los contratos no es reciente, este fenómeno se comenzó a experimentar a finales del siglo XVIII y XIX, posteriormente a la Revolución Industrial, en el que la producción y distribución de bienes y servicios tuvo un inmenso incremento, estos cambios tanto económicos, sociales, como culturales, llevaron a la evolución de la manera de contratación, en relación a la forma como era concebida en dicho tiempo, pasando de la individualidad a una contratación en serie efectuadas a través de personas jurídicas (empresas).

“El tráfico jurídico contemporáneo no se entendería sin los contratos masivos y éstos tampoco se podrían dar sin los formularios o modelos, que pueden ser de origen estatal...” (Jaramillo, 1998: 311).

Dicho tipo de contratos surge de la necesidad de afrontar el creciente mundo comercial y competitivo en el que vivimos, por lo que la contratación de consumo masivo se presenta como una herramienta ágil y efectiva, permitiendo cubrir con las necesidades sociales con rapidez; cumpliendo de esta manera importantes funciones dentro del sistema económico y comercial moderno, al minimizar costos para ambas partes y tiempos para su aplicación y perfeccionamiento.

La variedad de productos que se ofrecen en el mercado, ha obligado a que las empresas busquen y apliquen estrategias para llegar al mayor público posible, tratando de captarla atención de los consumidores; convirtiéndose en determinante el factor tiempo, los contratos se han adaptado de tal manera para que las partes puedan estipular sus derechos de forma eficaz y eficiente, pero sin la discusión de su contenido, aplicando condiciones generales.

Debido al contenido estandarizado de los contratos masivos de adhesión y al no poderse modificar a libre conveniencia de las partes, se da una imposición de una de ellas a fin de que la otra acepte o rechace lo dispuesto, estos contratos presentan dos características fundamentales que son:

- La adhesión; y
- Las cláusulas de aplicación general.

Como se determinó anteriormente, es un contrato de adhesión debido a que no existe libre negociación del contenido, por lo que una de las partes queda completamente sujeto a las condiciones determinada por la otra, generando de esta manera la posibilidad única de aceptar o rechazar dichas estipulaciones.²⁶

Si bien es cierto que las cláusulas se imponen unilateralmente éstas deben sujetarse conforme a derecho, es decir no pueden ser elaboradas de manera independiente y arbitraria, existen ciertas restricciones también para quien las elabora o redacta, sujeta

²⁶ Uno de los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos es la expresión de la voluntad de las partes y la libertad para decidir con quién contratar, demostrándose que en los contratos masivos existe una imposición que limita la voluntad entera del consumidor, quien debe sujetarse a las condiciones impuestas si desea adquirir el bien inmueble.

a derecho, incluso con la supervisión de algunos formatos o formularios establecidos por parte de los entes de control estatal, motivo por el cual se limita la imposición de obligaciones y derechos que favorezcan a una sola de las partes, generando un cierto grado de igualdad entre las partes.

Los contratos masivos, son de carácter privado, ya que las partes por la autonomía de su voluntad, acuerdan de conformidad con las cláusulas del contrato de adhesión, crear derechos y obligaciones, relativos a la comercialización de productos o servicios a gran escala, redactados de tal manera, que sus cláusulas se adapten eficientemente a cualquier relación contractual, reduciendo de esta manera los costes de transacción, el tiempo que lleva a las partes perfeccionar la contratación y por ende llegando a abarcar la mayor cantidad de consumidores o usuarios en el mercado.

Varios autores entre ellos Rubén y Gabriel Stiglitz, Prieto Melgarejo, consideran a la contratación masiva como una “nueva” forma de contratación, que contraria a la tradicional, permite que las partes agilicen el intercambio de bienes y servicios, cumpliendo con una función económica en el mercado, ya que logra reducir de manera eficiente los costes de negociación de las partes, con la inclusión de condiciones generales en contratos de adhesión.

El contrato masivo se enmarca dentro del derecho privado mercantil, que tiene como objetivo regular las relaciones jurídicas referentes a los actos de comercio, no pudiendo ser de otra manera, con la idea de estandarizar las relaciones y acelerar el ritmo de contratación.

Vale señalar acerca de las doctrinas del concepto de derecho mercantil, que existe la tesis que señala al Derecho Comercial como el derecho los actos ejecutados en masa, la misma que señala que el tráfico en masa, se concibe como las operaciones mercantiles reiterativas que demandan la ejecución de un derecho comercial privado que los regula, diferente al código civil,²⁷

Por lo cual los contratos para la comercialización masiva son de carácter mercantil, debido a que se regulan actos de comercio que se realizan de manera continua y reiterativa, entre personas jurídicas o naturales, que tengan o no la calidad de

²⁷ De acuerdo al Dr. José Ignacio Narváez, citado por el Dr. Víctor Cevallos, (Cevallos, 2011: 21) conforme el enfoque del Derecho Comercial como un derecho de los actos en masa, “actos mercantiles son aquellos que se realizan en grán número, con carácter típico en forma reiterada, más o menos iguales y que presuponen una actividad económica organizada”

comerciantes, por tanto se rigen bajos las normas del código de comercio y otras leyes mercantiles descodificadas, y códigos o resoluciones referentes a la actividad económica especial que se vaya a desempeñar.

3.1.1 Delimitación del término “Contrato Masivo”

Su naturaleza es de carácter contractual, teniendo como particularidad la elaboración de un instrumento estandarizado para la difusión entre los consumidores en el mercado, que van adquirir un bien o a recibir la prestación de un servicio, permitiendo un intercambio eficiente, reduciendo al máximo los costos y siendo accesible al público que en ejercicio de su autonomía lo desee contratar.

Los contratos de ejecución de celebración masiva o comercialización masiva se encuentran conformados por dos términos que determinan el modo de aplicación y la necesidad de ejecutarlo:

- a) Contrato.-** Los contratos son acuerdos de voluntades en los cuales las partes se obligan a dar, hacer o no hacer, ante esto el Código Civil Ecuatoriano en su Art. 1454 establece que:

“contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. (Código Civil Ecuatoriano, 2005).

Los contratos son fuente de obligaciones, la obligación es el objeto del contrato; el objeto de la obligación la prestación de dar, hacer o no hacer.

Los contratos están dotados de características especiales dependiendo del área en el que se requiera su aplicación, es decir si se trata de establecer una relación laboral se requiere de un contrato cuyas características se encuentren encaminadas a la regulación de derechos y obligaciones entre empleado y empleador, por lo que cuenta con características que determinan su validez para dicho acto.²⁸

²⁸ Existen tantos tipos de contrato como relaciones tiene el hombre en su interacción social, por lo que dependiendo de ella se define o conceptualiza al contrato para adecuarlo al área de aplicación.

En sí, los contratos se establecen como un acuerdo de voluntad de las partes, misma que se expresa o materializa en las cláusulas contractuales.

Los contratos se encuentran constituidos de elementos personales, formales y reales; los elementos personales se refiere a quienes intervienen en la celebración del contrato pudiendo ser estas, personas naturales o jurídicas; los elementos formales son aquellos requisitos imprescindibles para el perfeccionamiento del contrato, mismos que se encuentran determinados de acuerdo a la materia en la que desean ser aplicados; finalmente, los reales que se encuentra en el objeto que motiva la contratación, es decir se refiere a la prestación y contraprestación que se deriva de la celebración del contrato sinalagmático.

En definitiva el contrato es un acuerdo de voluntades, que genera efectos jurídicos plasmados en derechos y obligaciones entre las partes intervinientes.

b) Masivo.- Esta palabra proviene del francés “massif”, refiriéndose cuantitativamente a la cantidad de algo.

El Diccionario de la Real Academia Española R.A.E., concibe al término masivo como: “Perteneiente o relativo a las masas humanas, o hecho por ellas”, “que se aplica en gran cantidad”(Española, 2001), que podría señalarse como la contratación de bienes y servicios, en grandes cantidades, ó a un gran número de personas.

3.1.2 Un Concepto de Contrato Masivo

Atendiendo a los términos anteriormente citados se puede señalar que, los contratos masivos son aquellos que se establecen a fin de ser aplicados en varias circunstancias sin que varíe su contenido, sino únicamente los intervinientes. En realidad son contratos de adhesión de celebración o ejecución masiva.

3.1.2.1 Contratos Masivos, no Contratos Colectivos

Suele confundirse el término “contrato masivo”, con el “contrato colectivo”, aunque estos términos son claramente distintos tanto por su objetivo como por su contenido.

El contrato colectivo es de carácter estrictamente laboral, las diferencias son sustanciales con el contrato celebrado en masa, así:

- El contrato colectivo, se suscribe entre uno o varios empleadores con una asociación de empleados, que tiene como finalidad el representar los derechos de los trabajadores y representarlos en sus intereses.²⁹
- El contrato masivo, es un contrato privado, que lo pueden firmar una o varias personas naturales o jurídicas, siendo estos usuarios o consumidores, con una persona jurídica que se encarga de la prestación de un bien o servicio determinado.

La importancia de los contratos denominados masivos es innegable, su amplio uso y difusión han determinado que sean un factor determinante en el desarrollo de la economía del mercado, por lo que su regulación es fundamental para que dicho mercado se desenvuelva de manera eficiente.

3.1.3 La Fuerza Obligatoria de los Contratos Masivos

En nuestra legislación, son fuente de obligaciones los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.³⁰

El Principio de la Fuerza Obligatoria, dispone que el contrato se considere ley para las partes, creando así un vínculo de buena fe, en la que se determine el cumplimiento por las partes que lo negociaron y lo consintieron.

Como se determinó anteriormente, en los contratos se establece a fin de generar derechos y obligaciones para las partes, una serie de requisitos al momento de su suscripción a fin de que éstos puedan tener el carácter de obligatorio para las partes.

²⁹ Código de Trabajo, Art. 220.- "Contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto". (Código de Trabajo, 2005)

³⁰ Código Civil, Art. 1453.- "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

Estos requisitos se encuentran determinados por el Código Civil vigente a través del artículo Art. 1561 de la siguiente manera:

- Que sea legalmente capaz;
- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- Que tenga una causa lícita

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Celebrados u otorgados con estos requisitos los contratos son de cumplimiento obligatorio, para las partes, creando un estado de sometimiento para ejecutar lo determinado en su contenido original; doctrinariamente esto se conoce como el Principio de Obligatoriedad de los Contratos.

Dicho principio es imprescindible, ya que si no existiera ésta razón de cumplimiento imperativo para las partes, carecería de sentido su elaboración y sometimiento.

Los contratos brindan una seguridad jurídica a cada una de las partes intervinientes de dar por hecho lo pactado o ser sometido a una sanción de caso contrario, evitando un perjuicio; este principio tiene como finalidad que el contrato se cumpla en los mismos términos en que fue pactado.

La profesora Nancy de la C. Ojeda, en el libro “Contratos Gratuitos” establece que:

La trascendencia del principio de obligatoriedad es esencial, pues descansa en razones de seguridad jurídica; si el contrato después de perfeccionado se pudiera modificar unilateralmente se produciría caos, no existiría seguridad de relaciones creadas por él de ningún tipo, de ahí su imposición a las partes, a terceros y al juez. (Ojeda, s/f.: 47).

Los contratos no pueden ser modificados libremente de manera unilateral por las partes, es así como para establecer cualquier tipo de cambio los contratantes deben

estar de acuerdo, a fin de que estos tengan validez; la citada autora resalta la importancia de que el principio de obligatoriedad no sólo le corresponde a las partes sino que es imponible a terceros, incluso a los jueces, quienes deben respetar la voluntad de las partes.³¹

El contrato de celebración masiva tiene la misma base en el principio de obligatoriedad pues este impide cualquier tipo de modificación contractual por parte de quien elabora los contratos protegiendo de esta manera a quien se adhiere y acepta su contenido, es por ello que al perfeccionarse el denominado contrato masivo, éste debe ejecutarse en los mismos términos en los que fue pactado.

El principio de obligatoriedad es ejecutable siempre y cuando se presenten los elementos contractuales anteriormente expresados como lo son: el de buena fe, la naturaleza misma del contrato y el uso de la ley para su estructuración lo convierten o brindan la existencia del cumplimiento obligatorio del mismo por lo que este tipo de contratos masivos cuenta con las mismas seguridades que un contrato individualmente elaborado, siempre y cuando se tomen las medidas y controles adecuados por parte de las entidades estatales quienes evitarán se presenten arbitrariedades por la parte que entrega el contrato pre-redactado a otra.

El contrato masivo celebrado con plena sujeción a derecho; y de ser el caso a los formatos establecidos por la norma y las autoridades respectivas, realizados mediante la aplicación de los elementos contractuales antes mencionados, constituyen ley para las partes, lo que quiere decir que ninguna de éstas puede modificar, rechazarlo una vez que éste se ha perfeccionado.

3.1.4 La Igualdad de las Partes en la Contratación Masiva

En la relación contractual de las personas no siempre se presentan circunstancias equitativas, pues ordinariamente se busca un beneficio superior para una de las partes, mismo que supone un mayor esfuerzo para la otra.

El término “igualdad” en este punto, alude al carácter contractual, únicamente jurídico, ya que todas las personas de una sociedad tienen los mismos derechos y obligaciones distintas de su raza, cultural, concepción política o creencia religiosa, entre otros.

³¹ Ninguna persona puede modificar el contenido del contrato unilateralmente, ni siquiera mediante acción judicial pues al juez le compete única y exclusivamente establecer la nulidad total o parcial del mismo por falta de solemnidad o requisito alguno, sin que el contenido pueda ser modificado por este.

La finalidad del Principio de Equidad Contractual no se basa en la aplicación exactamente proporcional de los beneficios que cada una de las partes contratantes obtiene, sino que por el contrario, determina que estos beneficios no sean desproporcionados, además de que ambas partes reciban un trato igualitario ante la norma, mismo que se encuentran constitucionalmente reconocido.³²

Esta igualdad entre las partes contractuales evita la imposición de derechos de una de ellas sobre la otra para lo cual “la equidad autoriza al juez a integrar (ajustar, reducir) el contrato con normas de conducta debida no previstas por las partes...” (Ordoqui, s/f: 141).

Sin embargo tal y como se había estipulado anteriormente, esto no quiere decir que la equidad se constituya como una fuente creativa de integración que permita alterar el equilibrio contractual, sino que lo complementa a falta de estipulación del mismo o a su vez que esta contravenga con la norma expresa, generando de esta manera un perjuicio para las partes.

En un ejemplo sencillo este principio se aplica de la siguiente manera:

En un contrato laboral el trabajador que firmare y ratificare en dicho contrato la renuncia de sus derechos establecidos por el Código de Trabajo como lo son los décimos y vacaciones, se entenderán como no estipulados conforme a lo que dispone el Art. 4 de dicho cuerpo legal, así mismo no quiere decir que por la falta de la estipulación contractual en la que se describa que el trabajador adquiere estos derechos no quiere decir que el mismo no sea merecedor de los mismos. (Código de Trabajo, 2005)

El autor Gustavo Ordoqui señala que:

“La equidad, junto a la buena fe, es el sustento de la justicia contractual”. (ORDOQUI CASTILLA, s/f: 144)

El principio de igualdad determinado permite que tanto las obligaciones como los derechos establecidos a través de los contratos masivos sean constituidos en forma

³² Art. 341.- El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad”. (Ecuador, 2008)

equitativa sin que suponga un abuso hacia una de ellas y un beneficio desmedido en virtud del contrato para la otra parte contractual, generando un proceso contractual armónico y equitativo.

Se presupone la existencia de una “parte débil” en la relación contractual, en contraposición a quien elabora las cláusulas y que ostenta poder económico, se encuentra un adherente al contrato masivo quien por necesidad a adquirir determinado bien o servicio, debe acogerse a ciertas condiciones sin poder determinar sus intereses, es ahí donde el Estado debe intervenir, limitar las facultades de uno y defender y proteger a quien es el “débil”.

El principio de igualdad entre las partes de una relación contractual masiva, lo que intenta es establecer a través de la norma una serie de garantías que evite el abuso desmedido o la inclusión de cláusulas abusivas, por desconocimiento o cualquier otra circunstancia de una de las partes hacia la otra.

El principio de igualdad impuesto normativamente, debe frenar el uso de la discrecionalidad para determinar qué circunstancias establecidas en el contrato masivo son o no equitativas, como lo señala el autor Gustavo Ordoqui, antes citado, se debe incluir a este principio de igualdad, la buena fe de los contratantes, ya que este principio exige un compromiso de solidaridad entre las partes que impida estipular obligaciones que perjudiquen al contratante, teniendo en cuenta su interés.

Los contratos masivos, al ejecutarse y perfeccionarse mediante cláusulas preestablecidas, deben estar debidamente aprobados y autorizados para su aplicación por la entidad estatal correspondiente, esto de acuerdo al principio de igualdad verificando, en base a lo establecidos o anticipado en el contenido del contrato, que las partes no pueden establecer cláusulas que sobrepasen estas facultades permitidas.

3.2 LA COMERCIALIZACIÓN DE SEGUROS MASIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Como se determinó anteriormente los contratos de seguros son aquellos en los que las personas buscan proteger su patrimonio o su vida, ante cualquier tipo de

eventualidad, para lo cual en contraprestación paga una prima a la empresa aseguradora.

Las empresas de seguros se encuentran reguladas por la Ley de Seguros, la misma que señala en su Art. 1, como ámbito de aplicación:

... la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas y las operaciones y actividades de las personas naturales que integran el sistema de seguro privado; las cuales se someterán a las leyes de la República y a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos y Seguros. (Ley General de Seguros Ecuatoriana, 2003).

Sin embargo los contratos de seguros se encuentran establecidos dentro del Código de Comercio, reformado por el Decreto Supremo No. 1147, publicado en Registro Oficial 123 de 7 de Diciembre de 1963, dentro del cual se establecen los elementos esenciales de dicho contrato, así como la determinación de la póliza, objeto, derechos y obligaciones de las partes intervinientes.

Ni en este decreto ni en ninguna otra norma aplicable al ámbito de los seguros, se menciona a los seguros masivos, siendo inexistente la regulación de este tipo de comercialización de seguros privados.

Esto hace que se encuentre abierta la posibilidad de ejecutar las contrataciones de seguros privados masivos en el Ecuador, de manera errónea o mal encaminada presentando una serie de dificultades para su aplicación, sin que las autoridades correspondientes (Superintendencia de Bancos y Seguros), establezca políticas que permitan viabilizar este tipo de contratación tan beneficiosa para las partes en sus diversas modalidades.

Para constituir un sistema de seguros en el que se puedan comercializar de manera masiva, es necesario tomar en cuenta ciertos elementos importantes: el número de personas expuestas al riesgo, conocimiento aproximado de la frecuencia de siniestros y la contribución que tendrá cada asegurado en el pago de siniestros.

- **El número de personas expuestas al riesgo.**- Para comercializar un seguro se debe tomar en cuenta que se requiere de un número de personas suficientemente representativo para que el costo del seguro sea accesible para

la mayoría, ha esto se lo conoce como la “Ley de los Grandes Números” que veremos más adelante.

- **Conocimiento aproximado de la frecuencia de siniestros.-** El tema de cálculos además de ser técnicos y complejos requieren de estudios que se realizarán en un tiempo determinado para conocer de qué forma se comporta el segmento.

De acuerdo al autor Alejandro Barrera Monje “El conocimiento del número de siniestros es base necesaria para la formación de la tarifa; la prima o tasa fijada, varía según el número de siniestros que se espera ocurrirán en un período determinado” (Palacios, 2005: 134), siendo esta la realidad diaria de cada aseguradora, quien ve en esta característica el primer filtro para saber si un mercado es o no rentable.

- **La contribución que tendrá cada asegurado en el pago de siniestros.-** Con el dinero recibido por concepto de prima de cada asegurado, se genera un fondo que la compañía usará entre otros aspectos, para el pago de siniestros.

La contribución se basa en dos aspectos: un principio de contribución y un principio de mutualidad.

El Principio de Contribución significa que cada asegurado aporta con su prima, en función del riesgo que representa, y **la Mutualidad** se conoce como el principio en seguros por el cual, todos los que exponen al riesgo aportan para que el sistema funcione, protegiéndose entre todos.

Ya en el ámbito de la venta, los expertos en la materia sugieren que se deben buscar todas las oportunidades en las que el canal de distribución tenga contacto con el cliente, para vender seguros, por ejemplo cuando el canal es una institución bancaria, cada que el cliente abra una cuenta, obtenga un crédito o desee una tarjeta, se debe ofrecer un seguro a través de estrategias de venta adecuadas de acuerdo al segmento del cliente.

3.2.1 El Seguro es la Ley de los Grandes Números y la Solidaridad

“El éxito de las empresas aseguradoras depende en buena medida de la correcta medición de los riesgos que asumen” (Ekos Negocios, 2012: 2)

La rentabilidad de las empresas aseguradoras se basa en el cálculo que éstas apliquen en los productos que comercialicen, para comprender este aspecto es necesario justificar cómo funcionan exactamente, es decir como determinan si es rentable asegurar a una persona, para lo cual no establecen cifras al azar, sino que por el contrario supone una serie de estudios complejos y evaluaciones tanto a nivel general como con respecto al solicitante en particular.

Para ello las aseguradoras se manejan a través de un sistema de probabilidades, que consiste en:

“La observación de las experiencias pasadas, comprobada por estadísticas regularmente llevadas, sirve de guía bastante cierta para conocer con aproximadas precisión la frecuencia e intensidad de los siniestros del futuro” (Palacios, 2005: 135)

Si estos estudios no se llevan a cabalidad, la rentabilidad del negocio de las aseguradoras se vería afectado, pues existe la posibilidad de que deban pagar siniestros demasiado frecuentes llevando inclusive a la quiebra a la compañía.

La ley de los grandes números se refiere a los fenómenos eventuales que se producen o manifiestan al examinar continuamente un mismo acontecimiento y que decrecen en su irregularidad hasta generar una constante.

En otras palabras la ley de los grandes números se basa en un ejercicio de probabilidades, en el que se observa a un grupo de la población con características similares para verificar los siniestros que estos presenten, luego de un período de tiempo, el comportamiento de dicho grupo genera una constante, que llevará a la aseguradora a aplicar estos estudios para colocar sus productos; vale señalar que el sistema de seguros trabaja de manera similar pero con una complejidad incalculable dependiendo de los servicios que ofrecen.

Para realizar un cálculo de probabilidades, se requiere de un volumen de la población lo suficientemente grande para ser estudiado (edad, salud, antecedentes familiares, antecedentes personales, ocupación habitual, aficiones, hábito, entre otros), para que luego el costo del seguro sea menor; es decir a mayor población asegurada en un mismo riesgo, menor será el costo que cada uno deba pagar por concepto de prima.

En el seguro privado se aplica también el Principio de Solidaridad, siendo el que disminuye los costos de las primas para el asegurado y del pago de los siniestros para la aseguradora.

Mientras mayor sea el número de asegurados menor es la prima que deberán pagar, y en caso de un siniestro permitirá a la aseguradora tener la solvencia suficiente para pagar al afectado del fondo creado con el pago de cada prima.

“El principio de solidaridad, ratio esendi y fundamento del seguro, se mantiene como principio básico a través del tiempo” (Moreno, 2007: 386) esto se debe principalmente que es el ahorro colectivo lo que les permite a las aseguradoras cubrir los siniestros sucedidos al individuo a través del cobro de una prima libremente pactada por lo que se genera la idea de cooperación y solidaridad.

Los seguros son el ejemplo vivo de la ley de los grandes números debido a que éste se estructura a través de estudios y análisis de factores cuantitativos a fin de obtener un beneficio propio pero para lo cual no debe olvidarse del principio de solidaridad ya que el objetivo principal es cubrir a una persona sobre un daño o siniestro a fin de que esta no se afronte a la afirme y sólido que le impulse a superar determinada situación.

En este punto se puede concebir a la aseguradora como un ente al que le interesa únicamente su ingreso y su rentabilidad, pero pese a que la mayoría de los consumidores creen que un seguro no es necesario, que es una pérdida de dinero y que están exentos de cualquier peligro, sólo cuando éstos les facilitan afrontar una determinada situación, daño o siniestro, siempre que se cumple el riesgo que es cubierto por la aseguradora conforme al contrato celebrado, indemnizándolo, el asegurado conoce los beneficios de tener este servicio para los acontecimientos imprevistos.

3.2.2 Los ramos de seguros que pueden comercializarlos de manera masiva

Una de las particularidades del seguro que se comercializa de manera masiva, es que este ofrece coberturas para las necesidades más importantes que puede tener la población, con primas considerablemente bajas.

La palabra “ramos” en sentido técnico es la línea de negocio o la línea del seguro, de acuerdo al Diccionario de la Fundación Mapfre de Seguros, es el “conjunto de

modalidades de seguro relativas a riesgos”³³, es decir un ramo puede ser el de vida, el de accidentes personales, el de vehículos, el de incendio, etc.

Debido a que cada ramo tiene un riesgo diferente, no todos pueden aplicar la modalidad de comercialización masiva, por ejemplo el ramo de fianzas, dedicado al pago de obligaciones como el seguro de “buen uso de anticipo”, más usado para la contratación pública, debido a la complejidad, el elevado riesgo y el valor de las sumas aseguradas, no puede ser comercializado de manera masiva, a diferencia del ramo de accidentes personales, que es uno de los que la población más solicita pero que no los contrata individualmente debido a su elevado costo, puede ser comercializado de manera masiva a un determinado sector, a un precio relativamente bajo.

¿Cuál es la preocupación de los consumidores?, ésta es la pregunta clave que utilizan las aseguradoras para realizar sus estudios de mercado y probabilidades, con la finalidad de crear productos entre ellos los de seguros masivos.

“Las empresas de seguros son entidades encaminadas a generar confianza a través de la gestión de riesgos, por lo que los servicios que prestan permiten canalizar ahorro para mitigar riesgos presentes o futuros” (Ekos negocios, 2012).

La población está interesada en proteger su vida y los bienes que ha adquirido, pero no todos quieren pagar grandes sumas para asegurar su casa, sus equipos electrónicos, sus bienes muebles, por robo, incendio, o por cualquier otra causa.

En vista de que a la población le interesa proteger estos bienes pero no desea pagar demasiado, las aseguradoras han visto viable que se puedan ofrecer seguros estandarizados, con coberturas básicas a precios bajos, en los ramos de vida, accidentes personales, vehículos e incendio.

3.2.2.1 El Ramo de Vida

Diariamente, una persona puede estar expuesta a situaciones de riesgo que pueden llegar a afectar su vida, estos son aún más complicados, si la persona que fallece es el generador de ingresos de un hogar, es así que las personas desean tener la seguridad de que en caso de muerte sus familiares serán indemnizados.

³³ Diccionario Mapfre “Conjunto de modalidades de seguro relativas a riesgos de características o naturaleza semejantes. En este sentido se habla de ramo de vida, ramo de automóviles, ramo de incendios, etc.”(FUNDACIÓN MAPFRE)

Señala el autor Alejandro Barrera Monje (Palacios, 2005) que:

“Las personas que aseguran su vida lo hacen porque lo creen necesario sea por protección, ahorro, garantía bancaria, educación de sus hijos, etc. no obstante nadie está obligado a asegurar su vida”.

Al adquirir un seguro de vida, de manera individual, una persona puede señalar su valor asegurado en la cantidad que esta estime necesaria, para lo cual la aseguradora solicitará estudios de su salud además de realizar análisis de factores como antecedentes de la persona, la edad, su ocupación, entre otros, para calcular la prima que este deberá pagar.

En los seguros masivos, existe un tema de antiselección, es decir la aseguradora no puede analizar de manera detallada a la persona que contrate el seguro, lo que hace son preguntas básicas como si sufre de enfermedades crónicas, si ha tenido problemas de salud anteriores, que serán considerados como su declaración de salud; se ofrece una indemnización de hasta USD 10.000,00.

Al cliente le llama la atención el bajo precio que la aseguradora ofrece, pero desconoce las exclusiones que puede tener la póliza que está contratando, pudiendo darse el caso de que por tener alguna enfermedad preexistente carezca de cobertura.

3.2.2.2 El Ramo de Accidentes Personales

El ramo de accidentes personales protege a las personas de sucesos que puedan causarles incapacidad parcial o total, así como fallecimiento a causa de un accidente.

El autor Alejandro Barrera Monje (Palacios, 2005) lo concibe como “la muerte o la pérdida de miembros, órganos o facultades, producidas por la acción directa y exclusiva de un hecho súbito, fortuito o violento, de origen externo, que sobrevenga independiente de la participación de la voluntad”.

Cuando se ofrece un seguro de accidentes personales a través de los canales de distribución masiva, el consumidor no conoce las exclusiones que pudiera tener la póliza.

3.2.2.3 El Ramo de Vehículos

El vehículo es considerado actualmente como un patrimonio familiar y debido a la siniestralidad a la que está expuesto, tanto por robo como por daños, los propietarios consideran necesaria la contratación de un seguro vehicular.

Al adquirir un seguro con una institución financiera o de crédito, el cliente está obligado a adquirir una póliza de seguro vehicular que proteja el bien hasta que esté completamente cancelado.

Las aseguradoras realizan convenios con las instituciones financieras, para que al momento de otorgar un crédito estas sean referidas, otorgándoles tasas inferiores.

El ramo de vehículos puede comercializarse de manera masiva cuando se realiza bajo el mecanismo de crédito a través de una institución financiera, este no puede realizarse por banca seguro debido a la alta siniestralidad.

3.2.2.4 El Ramo de Incendio

Los seguros que amparan el hogar, son los más cotizados debido a que la mayoría adquiere sus casas o departamentos a través de créditos hipotecarios.

Individualmente, los consumidores no están interesados en contratar pólizas para sus viviendas en el Ecuador, pero al tener la obligación de hacerlo para proteger el bien hipotecado escogen a la compañía aseguradora que les otorgó dicho crédito.

El Decreto 1147, en su art. 46 señala que:

“El asegurador contra el riesgo de incendio responde por los daños materiales causados a los bienes asegurados, por incendio, es decir por llamas o por simple combustión, o por rayo.”

Las cláusulas permiten una estandarización para la contratación masiva a través de sus modalidades de ejecución es decir presencial y no presencial.

3.2.3 Canales de comercialización masiva

El surgimiento y los avances tecnológicos ha permitido ampliar la gama de canales a través de los cuáles se pueden realizar contrataciones masivas de seguros, tales como:

- Banca de seguros,
- Call center
- Medios electrónicos

3.2.3.1 Banca Seguros

Uno de los canales alternativos para la comercialización de seguros que ha logrado impulsar su masificación es el de Banca Seguros, tal como su nombre lo señala, es la utilización de los establecimientos bancarios y de las instituciones financieras para la distribución y comercialización de seguros de manera masiva, esto debido a la gran cartera de clientes que éste posee y a los cuales se les puede ofrecer este servicio.

El tratadista Fernando Bandrés determina con respecto a este sistema que “los bancos y cajas de ahorros crean sus propias empresas de seguros o alcanzan acuerdos estratégicos con entidades de seguros para garantizar que sus operaciones estén cubiertas” (Moya, 2010: 660), y en efecto esto sucedía en el país hasta la publicación de la Ley de Control de Poder del Mercado, promulgada en el Registro Oficial el 24 de octubre del año 2011, la misma que disponía que los bancos debían vender las compañías que no realicen actividades propiamente financieras, hasta el 12 de julio del año 2012.

A diferencia de Colombia, en el que el esquema de Banca Seguros está admitido en su legislación y regulado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero³⁴, dada la disposición de la Ley de Control de Poder de Mercado, los bancos y las aseguradoras decidieron asociarse para mantener el esquema de comercialización, a fin de cooperar para extender los márgenes de cobertura en cuanto al servicio se refiere y generando de esta manera beneficios recíprocos.

³⁴ Art. 93.- Red de Oficinas. Los establecimientos de crédito podrán permitir mediante contrato remunerado el uso de sus oficinas por parte de servicios financieros, entidades aseguradoras, sociedades comisionistas de bolsa, sociedades de capitalización e intermediarios de seguros para la promoción y gestión de las operaciones autorizadas a la entidad usuaria de la red y bajo la responsabilidad de esta última”. (Seguros, 2012)

La comercialización de seguros a través del esquema de banca seguros, se realiza a través de los créditos que el banco otorgue a sus clientes, con el uso de sus redes y oficinas, o por medio de las tarjetas de crédito, para lo cual se utiliza el telemarketing.

Los medios de contratación son de adhesión voluntaria, por lo que de ninguna manera los agentes del banco pueden obligar a que el cliente escoja la aseguradora con la cual mantienen algún convenio.

3.2.3.2 Call Center

La evolución de la tecnología en los últimos años, ha permitido que los sistemas telefónicos mejoren sus servicios, ampliando su cobertura a casi la totalidad de la población ecuatoriana, es así que las empresas nacionales han visto en las llamadas telefónicas a clientes una fuente nueva de comercialización, incluida la venta de seguros privados.

Mediante el call center se puede interactuar directamente con las personas sin que esto requiera de situaciones complicadas como acudir a una agencia o tomar turnos, ya que a través de este medio se realiza una conversación impersonal por medio de la cual se le detalla al consumidor el producto permitiéndole conocer los beneficios del seguro y las coberturas que puede obtener.

El call center, es un medio usado por telemarketing para acercarse a su cartera de clientes, ofreciéndoles servicios que sean atractivos a precios bajos, en estos casos el medio de cobro se lo realiza a través una tarjeta de crédito, para lo cual se le comunica al consumidor la forma de cobro (mensual) solicitándole su autorización de débito.

La complicación que se genera al usar este medio, es que el contrato de seguros que debe perfeccionarse a través de la entrega física y la firma de la póliza, no se lleva a cabo; efectivamente el consumidor conoce los beneficios pero no se le da a conocer las exclusiones o en qué casos se limita la cobertura, causando malestares posteriores de clientes que quieren cobrar siniestros, además de contravenir a una norma de derecho del consumidor:

Art. 4.- Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales,

legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudiera presentar;
6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales.

Pese a que todas las conversaciones son grabadas, y el consumidor es informado de este hecho, con la finalidad de establecer un medio válido de compromiso, debe tomarse en cuenta que quienes trabajan en un call center, obtienen una comisión o “premio” por cada venta lograda, por lo que al momento de realizar el contacto con el cliente podría exagerar la información o incluso tergiversar las coberturas, para que éste de su aceptación.

3.2.3.3 Medios electrónicos

Se comprenderá como medios electrónicos los mensajes de datos en sus diversas modalidades, a fin de que el usuario tramite virtualmente una contratación electrónica o telemática, en nuestro caso concreto un contrato de seguros.

Algunos de los medios electrónicos que se han usado para la comercialización de seguros masivos son los cajeros automáticos, las páginas web de las aseguradoras, internet móvil o incluso el uso de redes sociales.

Para el uso de cajeros automáticos, la aseguradora una vez más se asocia con una institución financiera para el uso de sus redes, en el caso de internet móvil y páginas web, el proceso es similar, se elaboran mensajes de datos que aparecerán guiando al cliente en el proceso de contratación, una vez que este ingrese su clave de seguridad.

El beneficio que presenta este tipo de aplicación de los contratos de seguros de manera masiva es que puede realizarse en cualquier momento, desde cualquier lugar, se optimiza el tiempo ya que el proceso se realiza de manera personalizada, con mensajes simplificados y señalando de forma mínima el contenido del producto.

De acuerdo a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, publicada en el Registro Oficial Suplemento 557 de 17 de abril de 2002 art. 2, a los mensajes de datos se les reconoce igual valor jurídico que a los documentos escritos, (Ley de

Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002), adicionalmente en el Título III de la referida ley, respecto de los servicios electrónicos se señala:

Art. 44.- Cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicios, que se realice con mensajes de datos a través de redes electrónicas, se someterá a los requisitos y solemnidades establecidos en la ley que las rija, en todo lo que fuera aplicable, y tendrá el mismo valor y los mismos efectos jurídicos señalados en dicha ley.”

Además de acuerdo al Art. 46 de la ley que estamos tratando:

El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterán a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes.

La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.

Es decir, bajo estas normas, que pese a que los mensajes de datos tienen el mismo valor que los documentos escritos, de ninguna manera se pueden suplir las solemnidades que la Ley General de Seguros, su reglamento y el Decreto Supremo 1147 señalan respecto de la entrega y la firma de la póliza para su perfección.

Vale señala que el 12 de junio del 2013, mediante Circular No. INSP-2013-043 suscrita por la Intendenta Nacional del Seguro Privado, Doctora Sabett Chamoun Villacrés, se prohíbe a las aseguradoras la comercialización de sus productos (a excepción del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT), por medio de canales no presenciales de las entidades financieras, contraviniendo no sólo los derechos constitucionales de libertad de trabajo y de asociación, sino a la libertad de contratación que tienen todos los ecuatorianos.

3.3 LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO COMO ÓRGANO RECEPTOR DE QUEJAS

La Defensoría del Pueblo, es un organismo público, con autonomía funcional, económica y administrativa y con jurisdicción nacional, que se encuentra encargada de defender los intereses de la sociedad.

Esta institución se encuentra reconocida por la Constitución de la República del Ecuador a través de su Art. 214 que establece que:

La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior. (Constitución de la República del Ecuador, s.f.).

Entre las funciones que señala el Art. 215 de la Constitución, se encuentra la protección y tutela de los derechos de los habitantes, siendo sus atribuciones principales las siguientes:

a) Patrocinio

De oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.

b) Emitir medidas de Cumplimiento

De manera obligatoria e inmediata en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.

c) Investigar y Resolver

Sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos, en el marco de sus atribuciones.

d) Ejercer y Promover el Debido Proceso

Vigilar su cumplimiento, prevenir e impedir la tortura, trato cruel, inhumano o degradante en todas sus formas.

Como se puede verificar este órgano del estado se encuentra conformado a fin de establecer y brindar una garantía a los intereses populares, intentando

asegurar el cumplimiento de los derechos establecidos en las diversas normas y que hayan sido violentados por parte de las entidades públicas y privadas.

3.3.1 Facultad de Protección a los Consumidores

Las atribuciones de la Defensoría del Pueblo se encuentran determinadas en el Art. 215 de la Constitución de la República del Ecuador, antes citado y el Art. 1 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, que señala como objeto y ámbito de aplicación de la ley:

Art. 1.- Las disposiciones de la presente Ley son de orden público de interés social, sus normas por tratarse de una Ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.

El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000)

Pese a que esta institución originalmente fue creada con la finalidad de ofrecer seguridad a las personas sobre el cumplimiento de los derechos establecidos, sus atribuciones se han extendido debido al creciente número de quejas presentadas en relación al mal servicio y la deficiente prestación de éstos.

Para fines de la investigación, el patrocinio³⁵ es la atribución que faculta a la Defensoría del Pueblo a conocer dichos reclamos y las quejas que los consumidores puedan presentar, por verse afectados sus derechos; se empezó a generalizar su intervención en cuanto a los derechos del consumidor se refiere, generándose un estado de aplicación general por parte de los usuarios.

Esto convertiría a la Defensoría en la entidad pública de mayor importancia para la defensa de los consumidores que diariamente se veían afectados por los bienes y servicios adquiridos, ya que éstos no reflejaban las características o precios ofrecidos, es así que por la necesidad de generar una norma que permita detallar los derechos que tienen las personas con respecto a esta práctica tan común es cómo surge la Ley Orgánica de Defensa de Consumidor.

³⁵ Ver Punto 12 La Defensoría del Pueblo como órgano receptor de quejas. Ley de Defensa al Consumidor "Art. 1.- El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados".

Esta ley establece de manera sencilla las normas que pretenden regular las relaciones entre proveedores y consumidores, determinando a la Defensoría del Pueblo como el órgano encargado de vigilar su cumplimiento, extendiendo de esta manera las atribuciones concebidas a través de la Constitución y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

El Art. 81 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece:

Art. 81.- Facultad de la Defensoría del Pueblo.- Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente Ley, así como las demás leyes conexas.

La intervención de la Defensoría del Pueblo puede promover mecanismos alternativos como la mediación a fin de lograr la solución del conflicto, pero el consumidor podrá acudir a la instancia administrativa o judicial, en cualquier tiempo, por lo que no se contraponen el rol de este organismo con el de la Superintendencia de Bancos y Seguros que a través de la Subdirección de atención al usuario, puede resolver este tipo de quejas, en cuando a los casos en los que intervengan compañías financieras o aseguradoras.

Es obligación del Defensor del Pueblo realizar una investigación, ante un reclamo presentado, mismo que debe encontrarse en plena aplicación de los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez.

Las personas que deseen aplicar un proceso investigativo ante la Defensoría del Pueblo, la deben presentar una queja sea verbal o escrita en la cual se detalle los acontecimientos que motivan dicho proceso, una vez recibida se procederá a una calificación a fin de determinar su trámite o rechazo.

Todo reclamo o queja anónimo o que carezca de fundamentos o pretensiones deben rechazarse, al igual que las que se revele su mala fe.

En cambio si la queja sea admitida a trámite, el defensor ordenará se realice la investigación, de forma “sumaria e informal”, admitiendo cualquier tipo de prueba y realizando las debidas notificaciones a la contraparte, para que esta pueda ejercer su

derecho constitucional a la defensa, para ello esta contará con un término de 8 días, prorrogables por 8 días más, conforme lo establece el Art. 19 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

En caso de que la queja no recibiere contestación por parte de quien presuntamente afectó los derechos del consumidor, la defensoría podrá resolver considerando la aceptación de la queja.

El Sistema que ofrece la Defensoría del Pueblo para la solución de conflictos que pudieren generarse de las relaciones consumidor y proveedor es puramente mediador, es decir que la defensoría no tiene el carácter de coercitiva, ni mucho menos sancionador, sin embargo esto no quiere decir que el trámite seguido a través este organismo se convierta en una pérdida del tiempo para quien reclama la violación de un derecho, esto se debe a que el informe que emitiera de la queja presentada e investigada la pone en conocimiento al juzgado de contravenciones correspondiente para que este con su poder coercitivo establezca las medidas que el juez considere necesarias.

Conforme al Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 231, es competencia de los jueces de contravención, resolver las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.³⁶

3.3.2 Análisis de Reclamos y Quejas llevadas a la Defensoría del Pueblo

En la Defensoría del Pueblo el 06 de marzo del 2011 la señora Aguas Almeida María Betsabé, ingresa un reclamo ante este organismo, en contra de una empresa de seguros, en el que se expone que recibió una tarjeta de crédito de un reconocido banco ecuatoriano a través de una llamada telefónica y posteriormente, el 06 abril del mismo año, señala:

... recibí una nueva llamada supuestamente para la verificación de mis datos siendo la misma manipulada y alterada donde aduce mi aceptación de un seguro médico por el cual ahora me están llamando insistentemente a mi casa a que me acerque a cancela un valor por este seguro que nunca lo he aceptado. (Reclamo ante la Defensoría del Pueblo, 2011).

³⁶ **Ver** Código Orgánico de la Función Judicial “Art. 231.- En cada distrito habrá el número de juezas y jueces de contravenciones que determine el Consejo de la Judicatura, con la determinación de la localidad de su residencia y de la circunscripción territorial en la que tengan competencia; en caso de no establecer esta determinación se entenderá que es cantonal. Serán competentes para: 3. Conocer las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor”;

Adicionalmente se demuestra en el expediente que la reclamante canceló el seguro comunicándose al call center, el 25 de agosto del año citado, 4 meses después de la contratación.

El caso signado con el número 54493, fue calificado de acuerdo al Art. 4 del Reglamento de Quejas de la Defensoría del Pueblo, aceptando a trámite debido a que cuenta con los requisitos del Art. 17 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y del Art. 81 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, posteriormente se procede a dar notificación a la entidad aseguradora mediante Oficio No. 6396-DPP-2011-54493-mbck, el 24 de noviembre del 2011.

El Secretario AD-Hoc, doctor Bismark Moreano Zambrano, solicita en el oficio citado que la compañía aseguradora entregue una copia de la conversación telefónica en la que supuestamente existe la aceptación del seguro, para resolver la queja presentada.

Considerando que transcurrieron 8 meses a partir de la presentación de la queja, hasta que el organismo estatal corriera traslado a la compañía, el único documento que se le solicita es la grabación de la conversación mantenida entre la afectada, quien presenta la queja y la aseguradora.

De acuerdo al Art. 121 del Código de Procedimiento Civil, se admite como medio de prueba las grabaciones considerando que las dos partes que mantengan la conversación telefónica siempre conozcan que esta se realizará:

Art. 121.- Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.

Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. (Civil, 2005)

Cumpliendo con lo solicitado por la Defensoría del Pueblo, la aseguradora entrega la grabación en la que consta la conversación en la que se supone que verifica la

aceptación del contrato de seguro por parte de la denunciante, en la que se determina que dicho seguro fue aceptado con fecha 07 de abril de 2011.

Aplicando el principio de la sana crítica, al analizar la grabación se demuestra que efectivamente la señora María Aguas aceptó el seguro médico, es informada de las coberturas que este producto ofrece, además de señalar claramente que el valor a cobrar por la aseguradora es de USD 14.90 mensuales y será cargado a través de la tarjeta de crédito adquirida.

Dentro del expediente se verifica que el certificado de la póliza contratada fue emitido el 07 de abril del 2011, es decir la compañía dio cumplimiento a las disposiciones que señala la Ley General de Seguros, al entregarse la póliza al cliente, pero este certificado no tiene la firma de aceptación, por lo que no podría considerarse como recibido por el cliente.

Antes de concluir con el análisis de las pruebas, las partes celebran un acuerdo independiente en el cual determinan un plazo de 45 días para dar solución al problema, el mismo que establece que la señora Aguas Almeida, efectivamente aceptó el seguro, pero que éste fue cancelado en el mes de agosto, por lo que la compañía devolverá los valores de septiembre, octubre y noviembre, debido a que éstos no debían ser debitados.

Las partes acuerdan proceder con lo estipulado en dicha acta informal, poniéndola a conocimiento de la Defensoría del Pueblo, ante lo cual este organismo emite una providencia el 14 de diciembre de 2011, en la que se ordena que se corra con el traslado a la accionante.

La accionante comunica a la Defensoría del Pueblo, mediante carta de fecha 09 de enero del 2012, que lo adeudado ha sido satisfecho por la aseguradora solicitando el archivo de la causa, en virtud de lo cual la Defensoría del Pueblo emite la respectiva providencia ordenando el archivo el 06 de marzo de 2012, es decir 2 meses después de presentada dicha comunicación.

Claramente se puede verificar en este caso que no existe una inmediata respuesta por parte de la Defensoría del Pueblo, pues se debe tener en cuenta que este organismo no tiene facultad para resolver estos problemas contractuales, ya que su labor únicamente es el de defensoría, ya que no se realiza un continuo desarrollo del

proceso, lo que refleja la falta de capacidad operativa para la investigación de este tipo de quejas que se presentan ante su autoridad, además del desconocimiento del sector asegurador; éste no es un caso aislado, se puede confirmar en los varios de ellos investigados.

Las quejas presentadas ante esta autoridad deberían trasladarse de manera inmediata a la Superintendencia de Bancos y Seguros, que además de tener la capacidad operativa, conoce del sector asegurador debido a que está bajo su control.

3.4 MECANISMOS DE DEFENSA DE LOS ASEGURADOS ANTE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

Señala el doctor José Alvear Icaza

El seguro es interpretado por el estado como un servicio que complementa toda gestión de desarrollo de la actividad económica de los pueblos; y, constituye un apoyo efectivo en las situaciones que se tengan que afrontar a nivel personal por imprevistos no queridos.

Esta función del seguro, obliga al estado a regular el mercado de seguros procurando que las necesidades del mercado consumidor tenga la justa respuesta en los proveedores de servicio de forma oportuna, eficaz y técnica que permita una compensación inmediata en relación al daño que afecte una determinada economía” (Alvear, 2007: 59)

De esta forma el autor justifica la presencia de la intervención estatal para controlar las actividades de las compañías aseguradoras.

Para un reclamo, queja o denuncia, el asegurado cuenta con instancias administrativas como judiciales a las que puede acudir; considerando que el beneficio indemnizatorio que otorga un contrato de seguros masivos no supera cifras de USD 10.000, además de que al ser de libre adhesión, puede terminar unilateralmente por parte del asegurado mediante comunicación a la misma compañía aseguradora.

Los conflictos más comunes por lo que los consumidores, acuden a los órganos estatales a fin de recibir protección a sus derechos, se dan porque el asegurado nunca llega a recibir su póliza física, no firma ningún documento y por lo tanto considera que no ha recibido servicio alguno, o porque tienen presente el no haber contrato ni firmado ningún seguro, sin embargo se les ha cobrado mensualmente.

Los consumidores en su mayoría consideran que el órgano que los representa es la Defensoría del Pueblo, actualmente al existir un poco más de conocimiento del trabajo que realiza la Superintendencia de Bancos y Seguros, este órgano está recepcionando más quejas y reclamos que lo que hacía anteriormente, a través de su subdirección de atención al usuario.

Tanto la Defensoría del Pueblo como la Superintendencia de Bancos y Seguros, son instancias administrativas, pero el desconocimiento de que la vulneración de derechos del consumidor se considera una contravención, conlleva a que estos casos no se formulen ante los juzgados de contravenciones, siendo esta una instancia judicial.

3.5 LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS COMO ÓRGANO REGULADOR

El Estado regula la relación entre asegurado y asegurador procurando que sea equitativa y fomentando la equivalencia entre las prestaciones mutuas que al momento de celebrar un Contrato de Seguro contraen el asegurador y el asegurado. (Alvear, 2007: 61)

La Superintendencia de Bancos se conformó el 06 de septiembre de 1927 debido a la necesidad de establecer un organismo que se encargara de vigilar las actuaciones bancarias con el objetivo de evitar desmanes que pudieran afectar al sistema financiero nacional.

Es así que esta institución se ha ido fortaleciendo, convirtiéndose en un organismo de vigilancia del sistema financiero nacional, integrando adicionalmente dentro de su control a las compañías aseguradoras, implementando una serie de normativas de aplicación general.

El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos de la Superintendencia de Bancos y Seguros, señala en su Art. 2, la función que debe cumplir este órgano, así:

Art. 2.- La Superintendencia de Bancos y Seguros tiene a su cargo la regulación, vigilancia, auditoría, supervisión y control de las actividades económicas, financieras y de los servicios que prestan las instituciones del sistema financiero nacional, del sistema de seguro privado y del sistema nacional de seguridad social, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. (Seguros, 2012)

Dentro de las actividades desarrolladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, como órgano de control, está el conocer y resolver las quejas y reclamos que los usuarios de los servicios otorgados por instituciones del sistema financiero o asegurador.

Es necesario definir la diferencia existente entre una queja y un reclamo administrativo, ya que pese a que los términos suelen confundirse como sinónimos, procesalmente, en el ámbito de seguros tienen un tratamiento distinto.

La queja puede concebirse como la insatisfacción del servicio que recibe el cliente, sea porque la aseguradora no ha contestado sus consultas, porque no ha recibido las asistencias a las que tenía derecho o porque, en el caso de contratos de seguros masivos, se ha debitado el valor de la prima de manera incorrecta e incluso arbitraria.

El reclamo administrativo está considerado en la Ley General de Seguros, específicamente en su Art. 42, que señala:

Toda empresa de seguros tiene la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquel en que el asegurado o beneficiario le presenten por escrito la correspondiente reclamación aparejada de los documentos que, según la póliza, sean necesarios, a menos que la empresa de seguros formule objeciones fundamentadas a tal reclamo, las mismas que deberán ser llevadas inmediatamente a conocimiento del Superintendente de Bancos y Seguros...

La diferencia entre la queja y el reclamo administrativo, es que el segundo se realiza cuando ya ha ocurrido un siniestro y el asegurado no ha recibido el pago de indemnización o no está de acuerdo con la liquidación recibida, mientras que la queja la realiza un asegurado por el servicio deficiente que ha recibido por parte de la aseguradora.

Es importante considerar estos términos analizados, puesto que en la contratación de seguros masivos existen generalmente quejas, aunque no están exentos de la presentación de reclamos administrativos.

3.5.1 La Defensoría del Usuario de la Superintendencia de Bancos y Seguros

El 10 de Julio de 2013, en el Registro Oficial No. 33, la Junta Bancaria emitió la Resolución JB-2012-2488, la misma que incluye en el Título IX de la Ley General de

Seguros, “De la transparencia de la información”, la misma que procura mejorar el acceso a la información que tienen los usuarios de las compañías de seguros, así como los prestadores de servicios de seguros, siendo estos los asesores productores y los agentes, con la finalidad de mejorar la eficiencia de dichas instituciones y el servicio que estas prestan a sus clientes.

La Superintendencia de Bancos y Seguros está facultada, para verificar que la entidad controlada cumpla las normas imponiendo sanciones a quienes no lo hagan, además de contar con la Dirección Nacional de Atención y Educación al Usuario, de acuerdo a lo señalado en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Un usuario de servicios financieros o de seguros puede acudir a la Superintendencia de Bancos y Seguros cuando:

- Tenga duda sobre la aplicación y alcance de normas legales, reglamentarias o contable;
- Quiera conocer los procedimientos generales de los contratos que prestan las entidades que este órgano controla;
- Crea que la compañía contratada no está prestando un servicio adecuado, o considere que está incumpliendo normas legales o ejecutando actos que violen dichas normas;
- La entidad controlada no ha dado atención a su reclamo, o no esté de acuerdo con la respuesta. (Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador, 2009)

La Dirección Nacional de Atención y Educación al Usuario, cuenta con la Subdirección de Atención al Usuario, que está facultado para receptor y resolver quejas y reclamos realizados por los usuarios en contra de las compañías aseguradoras y financieras, cuando crean que se ha contravenido a sus derechos o a sus intereses.

Una vez receptado el reclamo la Superintendencia de Bancos procederá a realizar las respectivas investigaciones a fin de determinar la veracidad de los hechos y resolver de acuerdo a las normas establecidas, para lo cual podrá solicitar la documentación

que considere pertinente ya sea mediante oficios y/o exámenes especiales mediante visitas in situ.

Analizada la queja o el reclamo propuesto por el usuario, la Superintendencia de Bancos y Seguros emitirá la respectiva resolución a través de la Subdirección de Atención al Usuario, misma que debe cumplir con los requisitos establecidos para el proceso administrativo.

El Proceso consiste en que el usuario se acerque a la Superintendencia de Bancos y Seguros, y entregue de forma escrita su reclamo o queja, el mismo que deberá contener los datos básicos o generales de ley de quien lo presenta, exponer de forma clara y precisa los motivos de la queja; así como señalar los derechos que considera han sido vulnerados; detallar la compañía contra la que impone su reclamo y entregar la documentación que considere procedente o relevante para la resolución del caso y es por cierto, importante que el reclamante ponga su firma de responsabilidad, así como los datos del lugar en que será notificado.

Existe un proceso de calificación del reclamo que la Subdirección realiza de manera interna, el mismo que puede no ser admitido cuando no se encuentra debidamente motivado, no se refiera a intereses o derechos del usuario; no esté debidamente sustentado con los fundamentos de hecho y de derecho, no se refiere a contratos realizados con las entidades controladas por esta dependencia, o el reclamo ya fue resuelto previamente; o es competencia de otros organismos.

Luego de la calificación, el órgano de control notifica a la entidad controlada, en el caso presente a la aseguradora, a la que solicita los documentos que considere necesarios, esto es la copia de la póliza firmada por el cliente, ó la grabación a través de la que se realizó la contratación, en caso de seguros de contratación masiva.

La documentación solicitada a la aseguradora tiene un tiempo de entrega, máximo de 8 días término, caso contrario, el órgano de control resolverá con la información que esté a su alcance.

La Resolución adoptada por la Subdirección de Atención al Cliente deberá estar motivada, fundamentándose en la normativa vigente, el contenido del contrato; así como con vista a los principios del debido proceso de justicia, equidad y transparencia,

señalando las conclusiones y la decisión a que hubiere llegado; dicha resolución será notificada a las partes con lo cual termina el proceso.

En esta fase si el recurrente no estuviere conforme con la respuesta obtenida en la resolución puede insistir en que se realice una nueva investigación, para lo cual deberá presentar nuevos argumentos y/o documentos ampliatorios que justifiquen su insistencia, si la disconformidad acerca de la resolución proviene de la entidad financiera o de seguros, estas podrán interponer en este caso el recurso de reposición, dentro de los plazos establecidos y de acuerdo con la normativa vigente para el efecto; posteriormente pudiera interponer un recurso de revisión.

3.5.2 Análisis de Queja llevada a la Superintendencia de Bancos y Seguros

El 17 de abril de 2012 se presenta una queja ante la Superintendencia de Bancos y Seguros, por parte de la señora Miriam Guadalupe Astudillo, quien dice:

... informo que el año 2010 recibí una llamada dando información de un seguro de cual nunca recibí documentos ni firmé ningún tipo de autorización para que me debiten de mi tarjeta. Llamé para cancelar el seguro pero mi atención nunca fue atendida porque me siguieron debitando... (Reclamo ante la Superintendencia de Bancos, 2012).

El cliente veía reflejado el descuento efectuado mensualmente de USD. 14.90, por un seguro de accidentes personales y renta hospitalaria, pero fue luego de dos años que formula la queja ante el órgano de control, el 29 de febrero de 2012.

De acuerdo a lo señalado por la asegurada, nunca aceptó el seguro y al percatarse de dicho descuento llamó a la entidad bancaria a fin de cancelar el servicio, sin que su requerimiento sea atendido, aduciendo que la aseguradora con la cual el banco trabajaba era la única facultada para cancelar dicho seguro.

La empresa aseguradora luego, es requerida por la Superintendencia de bancos y Seguros, mediante oficio No. DNAE-SAU-2012-0151, el 30 de abril del 2012, en el que solicita además de los documentos de respaldo, la entrega de la grabación en las que consta la aceptación por parte de la denunciante el seguro ofrecido por la aseguradora.

La Resolución se notifica a las partes mediante oficio No. DNAE-SAU-2013-4299, el 30 de julio de 2013, un año después de la entrega de los documentos de respaldo y de la grabación solicitada a la compañía aseguradora, en el mismo que el órgano de control considera:

“El contrato de seguro se suscribe entre la compañía aseguradora y la institución financiera como solicitante, siendo la señora Astudillo la asegurada beneficiaria” (Reclamo ante la Superintendencia de Bancos, 2012).

Siendo una póliza colectiva de adhesión voluntaria, la señora Astudillo tenía la posibilidad de aceptar o rechazar el producto ofrecido telefónicamente, se cita el Art. 11.1 del Código de Transparencia y Derechos del Usuario que dispone que el usuario tendrá derecho a acceder a los productos y servicios financieros:

“Art. 11.1.- Celebrar contratos y aceptar servicios financieros, a través de medios o canales electrónicos o físicos”

Del análisis de la grabación se puede confirmar la aceptación del seguro por parte de la señora Astudillo.

Una vez que el órgano de control revisa la documentación así como la grabación concluye que, la señora Astudillo adquirió el seguro el 08 de abril del 2010; que la queja fue presentada dos años después; reclama la devolución de las sumas por los dos años cobrados por el seguro no es procedente; pues la asegurada contó con plena cobertura del servicio, por lo que se niega la petición de devolución de los valores por las primas cobradas por motivo de seguro.

3.6 ANÁLISIS DE LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS MASIVOS EN LEGISLACIONES EN LATINOAMÉRICA

La Industria de seguros todavía se concentra sobre productos individuales, mientras que “las necesidades insatisfechas” han descubierto nuevos segmentos, es así que los seguros masivos fueron señalados como “El futuro próximo” de la industria, en el Diplomado Internacional de Seguros llevado a cabo en Santiago de Chile.³⁷

³⁷ Diplomado Internacional de Seguros realizado por la Asociación Aseguradora de Chile en mayo 2010, taller dictado por el experto en seguros Jorge Luis Cazar.

Países de Latinoamérica que aplican la comercialización de seguros masivos, han visto en su regulación el desarrollo de este tipo de productos, permitiendo un crecimiento en sus ventas y su rentabilidad, mientras que la población adquiere la cultura de obtener un seguro que lo mantendrá cubierto ante cualquier eventualidad.

Con la finalidad de tomar aspectos relevantes de la normativa incorporada en otros países, analizaremos a Colombia, Argentina y Chile, se han escogido tales naciones en vista de que éstas aplican legislación específica para la comercialización de los denominados seguros masivos, además de su relevancia para la economía de la región.

3.6.1 Colombia

Como antecedentes, el Proyecto a la Ley de Seguros contenía la modificación de una de las características del contrato de seguros, pasando de ser solemne a ser consensual, así mediante la Ley 389, publicada por el Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997, Colombia modificó el Art. 1036 de su Código de Comercio el mismo que señala:

“Art. 1036.- El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

El contrato de seguros se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza”. (Código de Comercio Colombiano, Título V)

Al ser un contrato consensual la aceptación del seguro puede ser expresado verbalmente o por escrito por parte del asegurado y no necesariamente a través de la firma de la póliza, aunque el mismo Art. 1036 aclara que la perfección del contrato de seguro se realiza con la suscripción de la póliza.

La entrega de la póliza brinda un medio probatorio, mas no determina la existencia del contrato de seguros.

La compañía aseguradora tiene la obligación de entregar la póliza original al asegurado, de acuerdo al Art. 1046 del mismo Código de Comercio Colombiano que señala:

Art. 1046. El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

Este cambio trascendental fue arduamente debatido en el senado colombiano, el autor Efren Ossa justificaba la consensualidad, entre otras consideraciones, las causas para dicha modificación se enfocaron en la importancia que ha tomado el contrato de seguros en dicho país y en vista de que se han cometido abusos por parte de las compañías aseguradoras “amparadas en el principio de solemnidad del contrato se han negado a cubrir indemnizaciones legítimamente causadas”, además de que existía la necesidad de “adecuar el contrato de seguro con la realidad mercantil cotidiana, caracterizada por su celeridad y agilidad, con esta reforma se busca plasmar de manera legislativa aquella costumbre reiterada de la contratación desformalizada de seguros que se efectúa mediante la utilización de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, tales como la vía telefónica, teles, fax, etc.” (Proyecto de Ley 65 de 1995 de Colombia)

El autor Felipe Isaza, en la publicación

La Historia Legal del Seguro en Colombia”, señala que la Ley 389 realizó “la consagración legal de la venta de seguros por medio de entidades bancarias, conocida como bancaseguros, que existía desde 1993 por medio de un decreto que siempre estuvo expuesto a controversias y polémicas, y que permitió que seguros que cumplieran con ciertas características de uniformidad, simpleza, y masividad se ofrecieran vía establecimientos bancarios. (Isaza, 2011: 38).

El resultado de la Ley 389 que autorizó la comercialización de seguros masivo, fue el siguiente artículo:

Art. 50. Las entidades aseguradoras, las sociedades de capitalización y los intermediarios de seguros podrán, mediante contrato remunerado, utilizar la red de los establecimientos de crédito para la promoción y gestión de las operaciones autorizadas a la entidad usuaria de la red y bajo la responsabilidad de esta última. Para el efecto, la entidad usuaria de la red deberá adoptar las medidas necesarias para que el público la identifique claramente como una persona jurídica distinta y autónoma del establecimiento de crédito cuya red utiliza y cumplir las demás condiciones que señale la Superintendencia Bancaria con el fin de asegurar el cumplimiento de esta obligación.

Forman parte de la red, entre otros, las oficinas, los empleados y los sistemas de información de los establecimientos de crédito.

En alcance al artículo citado, el Art. 60 señala:

Se consideran idóneos para su comercialización mediante el mecanismo al que se refiere el artículo 50 de esta ley, exclusivamente aquellos ramos de seguros que previa autorización general del Gobierno Nacional cumplan con las características de universalidad, sencillez y estandarización, sean susceptibles de comercialización masiva por no exigir condiciones específicas en relación con las personas o intereses asegurables, según el caso, distintas de los principales elementos considerados para asumir los riesgos propios del amparo de la póliza.

El Gobierno Nacional, en cumplimiento al citado Art. 60 señaló al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, Integral familiar (multiriesgo familiar o residencial); Multiriesgo personal (seguro de automóviles, exequias, accidentes personales, desempleo, educativo, vida individual, pensiones voluntarios y seguros de salud), como los autorizados para comercializarse mediante este mecanismo.

Finalmente debe señalarse que mediante Decreto No. 1367 publicada en el Diario Oficial No. 43.345 del 23 de julio de 1998 se dispone la normativa para la comercialización de seguros masivos, la misma que tiene como característica la sencillez y la generalidad de la regulación, es decir no se detalla a profundidad un procedimiento de actuación que deban seguir las compañías aseguradoras para su aplicación.

3.6.2 Argentina

El 31 de agosto de 1994, la Superintendencia de Seguros de la Nación Argentina, expide el Decreto No. 855, mediante el cual se aprueba el Reglamento para la comercialización masiva de seguros.

Similar al caso de Colombia, dentro de los considerandos del reglamento se señala como oportuno atender, de acuerdo a la experiencia internacional, la estandarización del servicio y la factibilidad de la venta de seguros de manera masiva, tomando en cuenta la necesidad de otorgar al asegurado de mecanismos que lo informen respecto del servicio, así como los derechos que este tiene.

El reglamento crea un área técnica especializada, la misma que se encargará de la calificación de los planes y pólizas que se quieran comercializar, mediante este mecanismo, así como señalan los ramos autorizados, entre los que se encuentran:

Art. 2.- Podrán comercializarse previa inscripción en el registro previsto en el artículo precedente, aquellos planes correspondientes a los ramos y coberturas que se mencionan a continuación:

- a. todas las coberturas del ramo automotores y vehículos remolcados;
- b. las coberturas de combinado familiar e incendio de casas de familia del ramo incendio, en ambos casos, a primer riesgo absoluto;
- c. la cobertura de alquiler de inmuebles del ramo caución;
- d. las coberturas individual y temporaria, y sepelio del ramo vida; y,
- e. la cobertura individual del ramo accidentes personales. (Argentina, 1994)

El elemento interesante de este reglamento es que el plan o póliza que las aseguradoras deseen aprobar, deberá contener ciertos elementos tales como: el riesgo cubierto, el alcance del resarcimiento, exclusiones de la cobertura, explicación del procedimiento que deberá seguir el asegurado en caso de siniestro, los medios por los cuales el asegurado podrá obtener información o asistencia de su póliza y finalmente la calificación de riesgo y la información financiera de la aseguradora.

Las reacciones a partir de la promulgación de esta ley han sido positivas para las compañías aseguradoras, no así para los asesores productores e intermediarios, quienes señalan han visto afectado el cobro de comisiones, por lo que han buscado que la citada Resolución sea derogada. (Álvarez, 2011)

3.6.3 Chile

Las compañías aseguradoras chilenas aplicaban lo que denominaban una “voluntad ficta”, es decir adherían a clientes infiriendo su consentimiento si estos guardaban silencio, al momento de explicar el producto; esta situación llevó a que la entidad de control emita mediante oficio circular N° 7981, de 30 de 11 2000, la comunicación que señalaba:

Esta Superintendencia ha recibido reiteradas reclamaciones relacionadas con la oferta e incorporación de los asegurados a pólizas de seguros colectivas o individuales, utilizando el sistema denominado de “enrolamiento negativo”, esto es, mediante el solo pago de la prima, y sin constar la voluntad expresa e inequívoca de los asegurados de contratar el seguro respectivo.

Por lo que:

En la situación descrita, con relación al seguro, a los terceros usuarios la contratación entre una casa comercial u otra entidad y la aseguradora no le son oponibles, por lo cual la aceptación de la cobertura contratada en su favor debe efectuarse bajo su firma en documento escrito, separado e independiente, de tal forma que el asegurable exprese su voluntad inequívocamente.

En materia de seguros el consentimiento de las partes del contrato está sujeto a la solemnidad de la escrituración y cualquier mecanismo que debilite la expresión inequívoca de la voluntad infringe las normas que rigen el contrato y el comercio de los seguros.

En Chile la incorporación de la venta masiva de seguros en la legislación es reciente, la Superintendencia de Valores y Seguros expidió mediante la norma de carácter general No. 121, de 24 de octubre de 2001, el reglamento para la regulación de la comercialización de seguros masivos, considerando las prácticas que se estaban llevando a cabo, de manera arbitraria.

Esta norma fue concebida como la “liberalización” ya que autoriza la venta masiva de seguros a cualquier entidad, siempre que se cumplan 4 condiciones básicas:

1. Los seguros deben ser individuales.
2. Que de la forma en el que la aseguradora los comercialice baste sólo la aceptación pura y simple del cliente para la formación de su consentimiento.
3. Que no tengan condiciones especiales que deban verificarse al momento de la contratación, sino que las cláusulas puedan estandarizarse.
4. Que la cobertura que se publicite no sea diferente a la ofertada, es decir que se informe claramente al usuario del producto que va a adquirir.

CAPÍTULO IV

4 MARCO PROPOSITIVO

4.1 ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA

Una vez analizado el campo de conceptualización de los seguros privados, su normativa y comercialización, vista la necesidad de que la masificación de seguros sea regulada con la finalidad de evitar un abuso en contra del derecho de los consumidores y tomando en consideración la experiencia de países latinoamericanos que aplican leyes similares, es importante el desarrollo de una normativa que permita la regulación de la comercialización de los seguros privados, dentro de la normativa ecuatoriana.

4.1.1 La necesidad de la aplicación de una normativa

Los canales de distribución alternativos para la comercialización de seguros privados son variados, tanto así que ha dado lugar a la masificación de este servicio por varios medios que no son únicamente presenciales.

Las nuevas tecnologías facilitan el comercio, lo agilitan y lo simplifican, por lo que la normativa de seguro debe acoplarse a las nuevas prácticas, teniendo como principal beneficiado el consumidor, a quien deberán proteger de posibles prácticas abusivas o poco transparentes.

4.1.2 Beneficios de la regulación de la comercialización de los seguros masivos

La regulación de la comercialización de los seguros masivos, no es de exclusivo beneficio para el consumidor, puesto que tanto la compañía aseguradora como el órgano de control podrán participar de una normativa que les permita desarrollar la actividad de manera ordenada, transparente y equitativa para las partes.

Para el consumidor la transparencia en la comercialización de los seguros, le permitirá conocer y entender el servicio que está adquiriendo, cuáles son las coberturas y las exclusiones, así como evaluar la necesidad de su contratación.

Para el órgano de control, la Superintendencia de Bancos y Seguros, la implementación de una normativa adecuada le permitirá supervisar de manera más eficiente los productos que las compañías aseguradoras ofrecen en el mercado de servicios, lo que se verá reflejado en la disminución de quejas y reclamos por parte de los consumidores o usuarios del seguro.

A las compañías aseguradoras, la regulación de la comercialización de seguros masivos le significará una apertura del mercado de seguros, en el que podrán dar a conocer sus productos, en igualdad de condiciones, en competencia leal y bajo ciertos límites que garantizarán el desarrollo de su actividad y por tanto el aumento de sus utilidades y ganancias.

4.2 PROPUESTA DE UN PROYECTO DE RESOLUCIÓN NORMATIVA QUE REGULE LA CONTRATACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE SEGUROS MASIVOS

El Art. 69 de la Ley General de Seguro señala:

“La Superintendencia de Bancos y Seguros, expedirá mediante resoluciones las normas necesarias para la aplicación de esta Ley, las que se publicarán en el Registro Oficial”, (Ley General de Seguros Ecuatoriana), de esta forma este órgano de control está facultado para regular las actividades correspondientes a la actividad aseguradora, mediante resoluciones de su máximo organismo, la Junta Bancaria, que son de carácter obligatorio.

Esta entidad ha emitido una serie de normativas, considerando la facultad concedida en el Art. 69 citado anteriormente, respecto a puntos vitales para el desarrollo de la actividad aseguradora, así como de las operaciones bancarias y en general de las instituciones financieras.

a) El Contenido de la Resolución

Los Considerandos de la Resolución.- Como todo acto administrativo de esta naturaleza, la norma deberá señalar la base legal que permite su expedición, teniendo como primera instancia la Constitución de la República del Ecuador; que consagre los derechos de los ciudadanos respecto de la libertad de

contratación de bienes y servicios; los derechos del consumidor acerca de la correcta prestación de servicios; la transparencia en la información de los bienes que se ofrezcan en el mercado; y las normas regulatorias respecto de los seguros privados, particularmente lo que se refiere a la información y conocimiento que debe tener el asegurado respecto de las condiciones y exclusiones que conformen la póliza de seguros contratada.

El Estado Ecuatoriano reconoce y garantiza la contratación de bienes y servicios de calidad por lo tanto, en el primer considerando de la Resolución se deberá tener en cuenta las disposiciones de la Constitución de la República de la siguiente forma:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

Numeral 16. El derecho a la libertad de contratación.

Numeral 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privado de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

A más de los derechos que la Constitución de la República reconoce y garantiza, son relevantes los determinados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, incluyendo además las obligaciones y el Capítulo III; los artículos que conforman la base legal son:

Art. 4.- Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

Numeral 2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad;

Numeral 4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar;

Numeral 6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;

Numeral 10. Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de su lesión;

Numeral 11. Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan;

Art. 5.- Son obligaciones de los consumidores:

Numeral 4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.

Art. 17.- Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.

Se tomarán en cuenta además lo dispuesto en el capítulo V “Código de derechos del usuario financiero”, y las normas aplicables para el sistema de seguro privado.

b) Ámbito y Definiciones que se incluirán en la Resolución

Del Ámbito.-

El ámbito de la resolución se limitará a la comercialización de los seguros privados en las instituciones autorizadas y controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Definiciones.-

La resolución deberá contener un glosario de los términos que deban generalizarse, incluirá definiciones que se refieran a la contratación masiva de seguros y que sirvan para efecto de la aplicación de la resolución, así:

SEGURO.-

El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato. (Código de Comercio Ecuatoriano, 2005)

SEGUROS PRIVADOS.- Son seguros privados aquellos que son comercializados por compañías aseguradoras nacionales o extranjeras, que están constituidas, calificadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

SEGUROS MASIVOS.- Son aquellos productos de seguros homogéneos conformados por cláusulas estandarizadas, pre redactadas por la compañía de seguros y en cuyas cláusulas se prevén coberturas básicas, cuyas características les permiten ser comercializados y difundidos de manera colectiva o masiva a través de canales no tradicionales, siendo de fácil acceso para los consumidores debido a su bajo costo.

COMPAÑÍAS DE SEGUROS.- Son compañías de seguro, aquellas sociedades anónimas con fines de lucro, cuya actividad económica es la comercialización de planes de seguro en los ramos de vida y generales que se encuentran facultadas para operar por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

CLIENTE ASEGURADO ó CONSUMIDOR.- Aquellas personas naturales que adquieren o desea adquirir un seguro.

COMERCIALIZADORES DE SEGUROS o CANALES NO TRADICIONALES.- Aquellas personas jurídicas autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros para colocar seguros masivos como un servicio adicional para sus clientes, mediante sus redes de distribución.

c) Estructura de la Resolución

La Resolución estará estructura de la siguiente manera:

- **La calificación del seguro masivo,** es decir la presentación del o los productos que la compañía aseguradora ha elaborado ante la Superintendencia de Bancos y Seguros, en el que deberá contener las condiciones generales de contratación, las exclusiones del seguro, la forma de comercialización y el detalle de los canales no tradicionales mediante los cuales se distribuirá; finalmente de ser necesario, el diálogo o el script de ventas que será utilizado para presentar el producto ante el cliente.

- **La calificación y registro de los comercializadores de seguros.-** La compañía aseguradora deberá presentar a quien vaya a actuar como comercializador del producto de seguro, para lo cual tendrá que formular el procedimiento de venta y el borrador del convenio que se firmará con dicho comercializador.

Para la calificación de los comercializadores de seguro, la resolución señala cuáles son los documentos que estas compañías deberán presentar, así como los plazos que tienen para entregarlos a la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Responsabilidades y prohibiciones de las compañías de seguros

- **Atención de quejas y reclamos.-** La resolución deberá señalar el procedimiento adecuado para la atención de quejas y reclamos de los usuarios de los seguros ya que éstos se presentarán ante el comercializador, pero deberán ser atendidos por la compañía aseguradora, en tiempos mínimos y con argumentos válidos.
- **Infracciones y sanciones.-** La resolución deberá determinar los tipos de infracciones y sanciones tanto para el comercializador de seguros como para la compañía aseguradora, en caso de que no apliquen la normativa, menoscabo de los derechos del consumidor.
- **Disposiciones Transitorias.-** Las compañías aseguradoras que se encuentran ofreciendo seguros, contratos pre redactados de contratación masiva, antes de la fecha de vigencia de ésta resolución, tendrán un plazo de 180 días para inscribirse y calificarse bajo las disposiciones de la nueva resolución, para lo cual deberán actualizar los convenios que hayan firmado con comercializadores.

Vale señalar que la resolución pretende regular la comercialización de seguros denominados masivos, con la finalidad de proteger el derecho de los usuarios de seguros bajo esta modalidad, mediante el registro tanto de las compañías aseguradoras que quieran incursionar en el mercado con este tipo de productos, así como a los comercializadores de seguros que quieran ofrecerlos a dichos usuarios.

Adicionalmente una vez que el comercializador se encuentre autorizado, podrá difundir varios productos de la compañía aseguradora; no es procedente la aprobación de cada uno de los productos, pues en ese caso se estaría contraviniendo el derecho a desarrollar actividades económicas³⁸, tampoco deberá pronunciarse acerca de valores o porcentajes negociados entre la comercializadora y la compañía, que se pagarán de acuerdo a lo pautado en el convenio de comercialización de seguros masivos.

4.3 INNOVACIONES DE LA PROPUESTA DE LA RESOLUCIÓN

La propuesta de resolución permitirá como principal objetivo el reglamentar la contratación de los denominados seguros masivos dentro de la legislación ecuatoriana, la misma que actualmente no contempla un tratamiento especial para este tipo de seguros lo que ha causado un incremento de quejas y reclamos por parte de los usuarios ante el órgano de control, la Superintendencia de Bancos y Seguros, y en otros casos ante la Defensoría del Pueblo, pese a que anteriormente su competencia no le permite resolver este tipo de procedimientos administrativos.

Ésta propuesta de resolución se considera una innovación ya que regula la contratación de seguros masivos, no impide su comercialización, considerando que estos productos benefician tanto a los usuarios como a las compañías aseguradoras y el mercado en general, ya que el aporte a la economía es significativo.

Los seguros masivos benefician a los usuarios, ya que pueden contar con coberturas básicas pagando primas inferiores a las que se pagan cuando se contratan pólizas individuales; la propuesta de resolución tiene como finalidad de que esa contratación cuente con el respaldo de la Superintendencia de Bancos y Seguros, como órgano de control, la misma que equilibrará la relación contractual, protegiendo los derechos de los usuarios, evitando que dichos productos de seguros masivos contengan publicidad engañosa o abusiva con información falsa o incompleta.

El beneficio para las compañías aseguradoras al reglamentar la comercialización de seguros masivos, será el de mitigar riesgos legales a los que estuvieran expuestas, ya que los productos que ofrecerán deberán contar con un adecuado control técnico, es

³⁸ Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: Numeral 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. (ECUADOR, 2008)

decir evitarán las pérdidas innecesarias por no contar con los respaldos en sus cálculos al momento de determinar el valor de la prima o el sector de la población al que se ofrece el seguro; además evitará que el órgano de control imponga sanciones por ventas incorrectas a los usuarios o por menoscabar sus derechos como consumidores.

Finalmente la propuesta de resolución es una innovación porque acerca al mercado ecuatoriano a la masificación de productos y servicios a través de canales no presenciales, en este caso la masificación en la venta de seguros, utilizando nuevas tecnologías que faciliten el comercio como los medios electrónicos, tomando como ejemplo las experiencias de países latinoamericanos con sistemas de seguros más avanzados.

La propuesta de resolución es viable y su aplicación conllevará a mejorar y regular de forma correcta la comercialización de seguros denominados masivos, además de permitir que la legislación ecuatoriana, en el campo de seguros, se actualice a las nuevas prácticas comerciales, permitiendo desarrollar la actividad de manera ordenada, transparente y equitativa para las partes.

4.4 LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

LA JUNTA BANCARIA

Considerando:

Que, la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza en su artículo 52 el derecho que tienen las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, con información precisa y no engañosa en su contenido y características.

Que el mismo artículo de la Carta Magna señala que la ley establecerá mecanismos de control de calidad y procedimientos de defensa de los consumidores, así como las sanciones por la vulneración de sus derechos

Que el artículo 66 de la Constitución de la República, en su numeral 16, reconoce y garantiza el derecho a la libertad de contratación.

Que el Estado Ecuatoriano tiene la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos previstos en la Constitución de la República, siendo el más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos garantizados.

Que la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, dentro del capítulo II que disciplina los “Derechos y Obligaciones de los consumidores”, señala en su artículo 2 que es derecho del consumidor, la elección de los proveedores públicos y privados que oferten bienes y servicios.

Que los artículos 4 y 6 de la citada Ley señalan el derecho de los consumidores a recibir información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, además del derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales.

Que los artículos 10 y 11 de la referida Ley, señalan que es derecho del consumidor acceder a mecanismos de tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de su lesión, además de seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan;

Que, el artículo 33 de la mencionada Ley dispone que el consumidor tiene el derecho de ser oportuna y verazmente informado sobre la existencia o no de seguros accesorios al contrato de prestación del servicio, cobertura y demás condiciones.

Que, con el propósito de que las compañías aseguradoras comercialicen productos de seguros a través de canales alternativos no tradicionales, de innegable importancia en el desarrollo de la actividad y del mercado asegurador, es necesaria la regulación de dichos canales;

Que, es necesario que los consumidores identifiquen y sean informados de los seguros que deseen adquirir a fin de que conozcan claramente su contenido, sus condiciones, las exclusiones y los servicios a los que tienen derecho;

Que, una adecuada información contribuiría a que los clientes puedan realizar elecciones adecuadas, con suficiente conocimiento en cuanto al seguro que deseen contratar, evitando las reiteradas quejas y reclamos que lleguen al órgano de control;

Que, mediante Resolución No. JB-2012-2209, publicada en el registro oficial No. 738 el 04 de julio del 2012, la Junta Bancaria incluyó en el libro II de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, “Normas generales para la aplicación de la Ley General de Seguros”, el título IX “De la transparencia de la información”;

Que, el artículo 9 de la resolución citada señala que las compañías de seguros deberán difundir los productos ofrecidos, de modo que el asegurado tenga un entendimiento preciso y completo.

Que el artículo 69 de la Ley General de Seguros contiene la facultad de la Superintendencia de Bancos y Seguros para expedir mediante resoluciones las normas necesarias para la aplicación de dicha Ley, las mismas que se publicarán en el Registro Oficial;

En ejercicio de sus atribuciones legales,

Resuelve:

En el libro II de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, “Normas generales para la aplicación de la Ley General de Seguros” incorporar las siguientes normas:

Título.- NORMAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS SEGUROS PRIVADOS DE CONTRATACIÓN MASIVA

CAPÍTULO I

Artículo 1.- Ámbito.- Las disposiciones de la presente resolución son aplicables para las compañías de seguros que deseen comercializar pólizas de seguros denominados masivos, a través de comercializadoras de seguros.

Artículo 2.- Definiciones.- Para efectos de la presente resolución, se entenderá por:

2.1. Seguro.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un

acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.

2.2. Seguros Privados.- Son seguros privados los comercializados por compañías aseguradoras nacionales o extranjeras, legalmente constituidas, calificadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

2.3. Seguros Masivos.- Son aquellos productos de seguros homogéneos conformados por cláusulas estandarizadas, pre redactadas por la compañía de seguros, compuestos de coberturas básicas, cuyas características les permiten ser comercializados y difundidos de manera masiva a través de canales no tradicionales, siendo de fácil acceso para los consumidores debido a su bajo costo.

2.4. Compañías de Seguros.- Son compañías de seguro, aquellas sociedades anónimas con fines de lucro, cuya actividad económica es la comercialización de planes de seguro y reaseguro y se encuentran facultadas para operar por la Superintendencia de Bancos y Seguros

2.5. Cliente ó Consumidor.- Aquellas personas naturales ha quienes se les ofrece un seguro denominado masivo a través de un comercializador de seguros.

2.6. Asegurado.- Aquella persona natural que adquiere una póliza de seguro masivo.

2.7. Comercializadores de Seguros o Canales No Tradicionales.- Aquellas personas jurídicas autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros para colocar seguros denominados masivos para sus clientes, mediante sus redes de distribución.

2.8. Póliza.- Es el documento que formaliza la contratación de seguro, el mismo que detalla los derechos y obligaciones tanto del asegurado como de la compañía de seguros.

A cada asegurado se le entregará un certificado individual del seguro, el mismo que deberá ser firmado como constancia de la contratación.

2.9. Reclamo.- Es la queja formal presentada por el asegurado, ante la Superintendencia de Bancos y Seguros, a través de la Subdirección de Atención al

Cliente, sea porque no se le ha brindado un servicio, o la prestación fue deficiente o insatisfactoria.

2.10. Información clara.- Es la información que permite al asegurado conocer y comprender el significado de los términos técnicos utilizados en su póliza de seguro, a través de palabras de uso común.

2.11. Información completa.- Es la información que contiene todo lo referente a condiciones generales del contrato de seguro como coberturas, costos, exclusiones de la póliza de seguro ofrecida, permitiéndole al cliente conocer y comprender las ventajas y desventajas del servicio, así como sus derechos y obligaciones en caso de que hubiere adquirido el servicio de seguro.

CAPÍTULO II

LOS SEGUROS MASIVOS

Artículo 3.- De las pólizas de seguro masivo.-

La compañía aseguradora que pretenda comercializar seguros masivos deberá solicitar la aprobación del(os) modelo(s) de póliza(s), ante la Superintendencia de Bancos y Seguros como órgano de control, así como del contenido de las cláusulas y respecto del certificado individual del seguro que se entregará a cada asegurado.

Artículo 4.- La Calificación de un producto como masivo.- Para que un producto sea considerado como seguro masivo, la Superintendencia de Bancos y Seguros deberá verificar que el modelo de póliza cumpla las siguientes características:

4.1. Asegurados.- La póliza podrá ser comercializada únicamente entre personas naturales, mayores de edad, con plena capacidad de contratar.

4.2. Homogeneidad y uniformidad en el contenido de las cláusulas contractuales.- las condiciones generales y particulares de las pólizas deberán ser iguales para todos los asegurados tanto en su texto como en el riesgo que se pretenda cubrir. Las exclusiones de la cobertura del seguro, deberán estar redactadas de manera general y claramente detalladas. La póliza en sí no debe señalar condiciones especiales ni diferentes para casos particulares.

4.3. Transparencia en la información.- Las pólizas deberán estar redactadas en lenguaje sencillo de fácil comprensión, sin términos complejos salvo los términos técnicos que deberán ser explicados en el mismo documento.

Se deberá detallar claramente los montos asegurados, el valor de la prima, los riesgos que se cubren y las exclusiones de coberturas bajo las que el seguro no opera.

4.4. Líneas de Información para los asegurados.- Las pólizas deberán detallar los números telefónicos de asistencia y/o correo electrónico a los que el asegurado pueda contactarse en caso de requerir información o de reportar un siniestro, el mismo que deberá estar habilitado las 24 horas del día, los 365 días del año.

Las líneas de información para los asegurados servirán exclusivamente para otorgar el servicio a los clientes de seguros masivos.

Artículo 5.- Para que una póliza aprobada para efectos del denominado seguro masivo pueda ser comercializada, debe contar con un comercializador calificado por la Superintendencia de Bancos y Seguros

CAPÍTULO III

INSCRIPCIÓN DE COMPAÑÍAS DE SEGUROS Y LOS COMERCIALIZADORES DE SEGUROS MASIVOS

Artículo 6.- Documentos necesarios para la inscripción de las compañías aseguradoras y los comercializadores de seguros.-

Para que las compañías aseguradoras puedan ofrecer seguros a sus clientes, deberán estar autorizadas a operar por la Superintendencia de Bancos y Seguros, para lo cual deberá inscribirse por una sola vez ante este organismo.

La aseguradora que desee ofrecer sus productos a través de un comercializador de seguros deberá gestionar su inscripción ante la Superintendencia de Bancos y Seguros, para lo cual deberá enviar una solicitud firmada por el representante legal que incluya los siguientes datos:

- Razón Social o denominación de la compañía de seguros

- Razón Social o denominación de la compañía que actuará como comercializador de seguros;
- Copia de la escritura de constitución y sus reformas de la compañía que actuará como comercializador de seguros;
- Copia del Registro Único de Contribuyentes de la compañía que actuará como comercializador de seguros;
- Copia del Nombramiento del representante legal de la compañía que actuará como comercializador de seguros, debidamente inscrito en el registro mercantil;
- Estados financieros del comercializador, con el dictamen del auditor externo, correspondiente al año anterior al de la presentación de la solicitud de inscripción;
- Certificado de cumplimiento de obligaciones de la compañía que actuará como comercializador de seguros, otorgado por la Superintendencia de Compañías.

Además de los documentos señalados, la compañía aseguradora deberá enviar la siguiente información:

- Los modelos de pólizas de seguros que se comercializarán masivamente, con el registro de aprobación que hayan recibido por parte de la Superintendencia en el tiempo debido;
- Detalle de los puntos de venta que utilizará el comercializador de seguros para ofrecer el producto;
- Detalle del personal del comercializador de seguros que se encargará de la promoción de los productos de seguro masivo.

Dependiendo de la forma de comercialización, la compañía aseguradora deberá enviar los documentos que demuestren el procedimiento con el que se ofrecerá al cliente el producto de seguro masivo; en el caso de venta a través de telemarketing, se deberán

enviar los scripts de venta, en caso de que la venta sea a través de medios electrónicos, se deberá detallar el texto del mensaje.

Los documentos entregados para la verificación y aprobación de la inscripción tanto de la compañía aseguradora como de la comercializadora serán analizados por la Superintendencia de Bancos y Seguros en un plazo máximo de 30 días.

La autorización de la compañía aseguradora para ofertar productos de seguros masivos, otorgada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, le faculta para trabajar con los comercializadores de seguros calificados con los que desee celebrar posteriores convenios.

La inscripción de los comercializadores de seguros tendrá un tiempo de vigencia igual al del convenio celebrado con la compañía aseguradora.

Artículo 7.- Del convenio de comercialización masiva.- La compañía aseguradora deberá firmar con el comercializador de seguros, previo a su inscripción, un convenio de distribución de seguros masivos, en el que se señale como mínimo lo siguiente:

- El compromiso del comercializador de seguros para la difusión de los productos de seguros masivos de la compañía aseguradora;
- Los derechos y obligaciones tanto de la compañía aseguradora como del comercializador de seguros;
- La especificación de la forma de comercialización, es decir a través de que canales se ofrecerá el producto de seguro masivo a los consumidores;
- El procedimiento para la recaudación de primas
- Los puntos de venta a través de los cuales se ofrecerá el producto de seguro masivo a los clientes del comercializador de seguros;
- Los valores o los porcentajes que la compañía aseguradora pagará al comercializador por concepto de la colocación y distribución de seguros masivos a sus clientes;

- El procedimiento de manejo y atención de los reclamos, quejas o las solicitudes de información de los asegurados y como éstos serán canalizados;
- Controles de calidad en la comercialización de las pólizas de seguro y entrega de los certificados individuales de seguro, a los asegurados.

Artículo 8.- La Superintendencia de Bancos y Seguros está facultada a cancelar la inscripción de un comercializador de seguros masivos en caso de solicitud escrita por parte de la compañía aseguradora, en el caso de que se compruebe la cesión del convenio con otro comercializador de seguros no calificada, por la colocación de productos de seguros masivos que no pertenezcan a la compañía aseguradora, o por la disolución del comercializador de seguros.

Igualmente a la compañía aseguradora se la podrá sancionar con la suspensión de su autorización a operar en seguros masivos en caso de incumplimiento de los requisitos en suscripción y entrega de los certificados individuales de seguro a los asegurados detallados en la cláusula décima primera.

CAPÍTULO IV DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMERCIALIZACIÓN

Artículo 9.- De los canales de difusión.- Los medios que puede utilizar la comercializadora serán presenciales o electrónicos, en ambos casos al asegurado se le deberá entregar un resumen que le indique las coberturas básicas, las exclusiones de la cobertura del seguro y el valor de la prima; en ningún caso la entrega de este resumen reemplazará la entrega del certificado individual de seguros que deberá entregarse al asegurado y ser firmado por éste como constancia de la contratación.

Artículo 10.- De la publicidad de los seguros masivos.- La publicidad de los seguros masivos corresponde a la comercializadora, la cual ofrecerá los productos a sus clientes presencialmente o a través de medios electrónicos de acuerdo al procedimiento de venta autorizado por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

En la promoción de los seguros deberá informarse a los clientes de manera clara y veraz las condiciones del producto, así como las exclusiones de la cobertura, sin importar el tipo de medios de difusión; en caso de que se compruebe que la publicidad es engañosa o induce a confusión de dichos clientes, la Superintendencia de Bancos y

Seguros podrá cancelar la autorización del comercializador de seguros y sancionar a la compañía de seguros.

Artículo 11.- De la suscripción.- Es obligación de la compañía aseguradora entregar a cada asegurado el certificado individual de seguros, el mismo que deberá estar firmado por el asegurado.

En caso de aceptación del seguro el cliente deberá recibir su certificado individual de seguro, el mismo que contendrá los datos básicos de la póliza, además de la información del valor de la prima, la forma y el medio por el que se le cobrará mensualmente y las líneas telefónicas para contacto.

En caso de venta por telemarketing o canales electrónicos, el cliente podrá recibir su certificado individual a través de correo electrónico, siendo responsabilidad de la compañía aseguradora obtener la firma del asegurado que respalda y formaliza la contratación.

Artículo 12.- De la recaudación de la prima.- La comercializadora actuará como recaudadora de la prima de los asegurados, independientemente de la forma de pago; la recaudación en todos los casos será mensual.

En ningún caso el valor de la prima fijada por la compañía aseguradora podrá aumentar ni incluir recargos adicionales, en éste deberá ya estar considerado el valor o porcentaje de comisión que reciba el comercializador de seguros, de acuerdo al convenio con la compañía de seguros.

La falta de pago de las primas por parte de los asegurados, será causal de suspensión de la cobertura inmediata en el caso de seguros generales y con un plazo de 30 días en el caso de pólizas de vida, para lo cual no será necesaria la notificación al cliente.

CAPÍTULO V

DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INFORMACIÓN ACERCA DE LA PÓLIZA O PARA LA PRESENTACIÓN DE RECLAMOS

Artículo 13.- Es obligación de la compañía aseguradora informar a sus asegurados acerca del contenido de las pólizas, coberturas, sus condiciones, exclusiones de

cobertura del seguro, así como el procedimiento que deberán seguir para notificar a la aseguradora un siniestro.

Para otorgar la información la compañía aseguradora podrá utilizar los medios de comunicación que estén a su alcance.

Se debe realizar la publicación del contenido de las pólizas en la página web de la compañía aseguradora.

Artículo 14.- Es obligación del comercializador de seguros atender las solicitudes de información que el asegurado requiera, sea respecto del contenido de la póliza, de las coberturas o de las líneas de información; para ello el personal que labore con el comercializador de seguros masivos deberá tener suficiente conocimiento de los productos.

La compañía aseguradora deberá programar capacitaciones para mantener a los empleados del comercializador de seguros al tanto de los productos y de los procedimientos que deben aplicar para la comercialización de seguros masivos, así como para atender consultas, evitando que los asegurados tengan información confusa o tergiversada.

Artículo 15.- Las quejas presentadas por los asegurados al comercializador de seguros, por un servicio ineficiente o insatisfactorio, o las solicitudes de cancelación del seguro deberán ser atendidas por la compañía de seguros, en un término máximo de 3 días; el procedimiento interno quedará estipulado en el convenio que celebren.

El término se contabilizará a partir de la recepción de la queja en el comercializador de seguros; la atención de la queja no necesariamente significa su resolución favorable, excepto en los casos de solicitud de la cancelación del seguro, los mismos que serán tramitados de manera favorable.

Una vez cancelado el seguro, el asegurado no deberá pagar primas ni pagos posteriores.

En caso de que el asegurado no reciba atención a su queja o solicitud de cancelación, dentro del término anteriormente estipulado, podrá acudir ante la Superintendencia de

Bancos y Seguros, específicamente ante la Subdirección de Atención y Educación al Usuario, para formalizar su queja.

Artículo 16.- En caso de que la Subdirección de Atención al Usuario de la Superintendencia de Bancos y Seguros constate que la compañía de seguros no está brindando la atención correcta al asegurado, podrá solicitar a la Dirección Atención y Educación al Usuario la correspondiente la suspensión de la inscripción de la compañía aseguradora para ofrecer seguros masivos.

Artículo 17.- Para la notificación de siniestros, el asegurado deberá comunicarse directamente con la compañía aseguradora.

El asegurado está obligado a dar aviso de la ocurrencia del siniestro a la compañía de seguros dentro de los 3 días siguientes a la fecha en la que haya tenido conocimiento del mismo.

El trámite para la presentación y pago del seguro por siniestros será el señalado en la Ley General de Seguros, su reglamento, el Decreto Ejecutivo 1147 y las leyes y disposiciones que lo contengan.

En caso de no atención al reclamo para pago de siniestros, el asegurado podrá presentar su reclamo administrativo ante la Subdirección de Atención al Usuario de la Superintendencia de Bancos y Seguros, siguiendo el trámite establecido para el efecto.

CAPÍTULO VI

INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 18.- De las Infracciones.- Cuando la compañía aseguradora como el comercializador de seguro, cometan infracciones estas podrán dar lugar a la suspensión o cancelación del registro de inscripción para difundir seguros masivos en el caso de los comercializadores de seguros y sanciones pecuniarias en el caso de las compañías aseguradoras.

Artículo 19.- De la Suspensión de la Autorización a la Compañía Aseguradora para ofrecer seguros masivos.- La suspensión de la autorización a la compañía aseguradora para ofrecer seguros masivos podrá realizarse en los siguientes casos:

- A solicitud de la compañía aseguradora, siempre y cuando el convenio con el comercializador de seguros haya terminado en su vigencia.
- De oficio por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros cuando esta tenga conocimiento de que la compañía aseguradora ha contravenido lo establecido en la Ley General de Seguros, su reglamento, el decreto ejecutivo 1147, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y otras leyes o disposiciones que estipulen los derechos de los usuarios y consumidores.
- De oficio por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros cuando, se compruebe la modificación o alteración del contenido de la póliza o sus condiciones, sin autorización del órgano de control.
- De oficio por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros cuando, una vez sancionado el comercializador de seguros, se compruebe que la compañía aseguradora no ha realizado los controles adecuados para el cumplimiento de las políticas y procedimientos indicadas por ésta para la comercialización de seguros adecuada.
- En caso de que la Subdirección de Atención al Usuario solicite a la Superintendencia de Bancos y Seguro la suspensión por haber constatado reiterados incumplimientos en la prestación de un servicio de calidad por parte de la compañía aseguradora.

Por primera vez, la sanción de suspensión de la autorización para ofrecer seguros masivos será por el plazo de un año, luego de este plazo podrá solicitar la rehabilitación.

Si luego de la rehabilitación, la compañía de seguros reincide en las causales de este artículo, la Superintendencia de Bancos y Seguros tramitará la cancelación definitiva de la autorización para ofrecer seguros masivos.

Artículo 20.- De la Cancelación de la Autorización a la Compañía Aseguradora para ofrecer seguros masivos.- La cancelación de la autorización a la compañía aseguradora para ofrecer seguros masivos podrá realizarse en los siguientes casos:

- A solicitud de la compañía aseguradora, siempre y cuando el convenio con el comercializador de seguros haya terminado en su vigencia.
- De oficio por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros en caso de reincidencia en la contravención de lo establecido el artículo anterior, en las leyes y disposiciones jurídicas que consagren derechos de los usuarios y consumidores.
- Por disolución de la compañía de seguros.

Artículo 21.- De las infracciones de los Comercializadores de Seguros.- Los comercializadores de seguros serán sancionados por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en caso de que cometan las siguientes prácticas:

- Condicionar la venta del seguro masivo para la venta de otro producto o servicio que la comercializadora ofrezca.
- No acatar los procedimientos y controles requeridos por la compañía aseguradora.
- Realizar recargos al valor de la prima que el asegurado debe pagar por la contratación del seguro.
- Realizar publicidad engañosa o dar información tergiversada o no transparente, de acuerdo a lo señalado por la compañía aseguradora y contraviniendo normas aplicables respecto de los derechos de los usuarios y consumidores.

La Superintendencia de Bancos y Seguros vigilará el cumplimiento de las políticas dispuestas a los comercializadores por las compañías de seguros, su inobservancia o incumplimiento darán lugar a la imposición de las sanciones de amonestación, de carácter pecuniario que pueden oscilar entre USD \$ 5.000 a \$20.000 dólares de los Estados Unidos de América.

En caso de que la Superintendencia de Bancos y Seguros verifique que el incumplimiento del comercializador de seguros es conocido por la compañía de seguros, tales como la modificación del contenido de pólizas, la no entrega del

certificado individual de seguro, entre otros que el órgano de control considere que contravienen los derechos de los consumidores, se solicitará la suspensión de la autorización otorgada a la compañía para ofrecer seguros masivos.

En caso de reincidencia la Superintendencia de Bancos y Seguros tramitará la revocación de la inscripción del comercializador de seguros, inhabilitándolo para ofrecer seguros masivos a sus clientes.

Artículo 22.- La suspensión y/o cancelación de la autorización otorgada a la compañía aseguradora, inhabilita a la entidad para realizar la colocación y promoción de seguros masivos.

La suspensión y/o cancelación de la autorización otorgada a la compañía aseguradora no la exime del cumplimiento de las obligaciones derivadas de las pólizas que los asegurados tengan vigentes, hasta su vencimiento.

El comercializador de seguros que tenga convenio con una compañía aseguradora a la que se le ha suspendido o cancelado la autorización otorgada para ofrecer seguros masivos, podrá continuar promocionando o difundiendo seguros masivos con otra compañía de seguros autorizada, siempre que cumpla los requisitos señalados en el Capítulo III de la presente resolución.

Una vez cancelada la autorización otorgada a la compañía aseguradora para ofrecer seguros masivos, ésta podrá volver a solicitar la autorización luego de 5 años, previo el cumplimiento de los requisitos de rigor.

En caso de que la Superintendencia de Bancos y Seguros revoque la autorización al comercializador de seguros éste podrá volver a calificarse luego de 5 años, previo el cumplimiento de los requisitos de rigor.

CAPÍTULO VII

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Las entidades que se encontraren comercializando seguros masivos a partir de la fecha de vigencia de la presente resolución, tendrán un plazo de 180 días para calificarse e inscribir sus convenios de acuerdo a lo señalado en la misma.

COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE EN EL REGISTRO OFICIAL.- Dada en la Superintendencia de Bancos y Seguros, Quito, Distrito Metropolitano, el (día) de (mes) del (año).

CAPÍTULO V

5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

- Tal y como se demostró, todo ser humano desde tiempos muy remotos ha tenido el interés de prevenir pérdidas en su patrimonio, es de esa necesidad y del ingenio de otras personas que nace la práctica de asumir un ajeno por un agente, inicialmente, con fines de protección, pero después se convirtió en una práctica obligatoria para quien en forma previsiva quería mantener su economía.
- El mayor antecedente del Derecho de Seguros es el comercio marítimo desarrollado principalmente en Europa, específicamente en países como Italia y Gran Bretaña; los banqueros de la época se consideraron los primeros aseguradores, de ahí, que exista una concepción de que la actividad financiera y la aseguradora están ligadas, aunque en el Ecuador, la promulgación de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, separó obligatoriamente a estas compañías y entidades, dándoles una independencia que en otros países no existe.
- El contrato de seguros se realiza entre por dos partes, el solicitante o asegurado, quien tiene un interés de mantener su patrimonio o mitigar riesgos que puedan afectarlo; y el asegurador, que es una persona jurídica sujeta a un órgano de control, que tiene como principal objetivo asumir los riesgos del asegurado e indemnizarlo en caso de que el bien objeto del contrato se vea afectado.
- El interés asegurable es el nexo causal existente entre el asegurado y el bien u objeto que se quiere asegurar, este requisito es indispensable en el seguro de daños o patrimonial, debido a que existe un deseo sincero de que no se produzca un siniestro.
- El seguro es indemnizatorio no preventivo, la finalidad de la contratación de una póliza es disminuir el riesgo de pérdida mas no evitar que ocurra un siniestro, por ello se considera un hecho no previsible.

- La contratación en masa es el resultado de los cambios económicos, sociales y culturales, incluyendo la globalización y evolución de la tecnología, por lo que con la finalidad de disminuir los costes de transacción, se minimiza la libertad contractual al restringir la negociación, quedando el contrato pre redactado de acuerdo a la voluntad quien lo realiza, es decir a través de contratos de adhesión.
- Se podría señalar que las condiciones generales de negociación, hacen alusión a la contratación en masa, contienen cláusulas que pre redactadas, por el proveedor, para la prestación de un bien o servicio, colocan al usuario en la posibilidad de adherirse a su contenido o a no contratar.
- Visto desde la óptica de la no negociación o del interés del usuario, se cree que la parte que redacta el contrato de adhesión, es la parte “dominante” la misma que estipula las cláusulas que son ajustadas a su interés, dejando en la indefensión a la parte “débil”, esto es al usuario o consumidor, por lo que para equilibrar la relación contractual, el Estado interviene en el control, que evite la lesión de los derechos del consumidor.
- Las Condiciones Generales de negociación no siempre se convierten en cláusulas abusivas, ya que la finalidad de su existencia ordinariamente es realizar contratos uniformes, atemporales, por un proveedor en todas sus transacciones sin considerar las particularidades de la parte adherente, sin embargo, cuando una condición general de contratación lleva al consumidor a la indefensión u otorga amplias facultades a dicho proveedor, se puede convertir en una cláusula abusiva.
- El Contrato de Seguros es un ejemplo de contrato de adhesión, ya que está integrado por cláusulas aprobadas por el Órgano de Control, pero además está compuesto por condiciones particulares y singulares que le permiten adecuarse a los requerimientos y necesidades de los asegurados.
- Los contratos de seguros masivos son contratos de adhesión, constan de cláusulas uniformes para todas las personas que deseen contratarlo, con la particularidad que ofrece coberturas básicas, de ahí que su costo es bajo y accesible para los usuarios destinatarios del seguro.

- Los sistemas de comercialización de seguros a través de canales conocidos como “no tradicionales” no son nuevos, inclusive legislaciones latinoamericanas como la colombiana, chilena y argentina ya han incorporado en sus normas la regulación de este tipo de prestación de servicio.
- Al no existir normativa en la legislación ecuatoriana que regule los denominados seguros masivos, a diario los usuarios de seguros y consumidores acuden al órgano de control con la finalidad de que los valores que se les ha descontado por un seguro no contratado se les devuelva, las quejas son cada vez mayores por lo que considerando necesaria la regulación de este tipo de comercialización de seguros se diseñó la propuesta de resolución que tiene como objetivo el reglamentar la comercialización de seguros masivos, teniendo un control en quien lo ofrece, la compañía aseguradora y entre quien los distribuye siendo estas compañías que se las calificó como comercializadores de seguros o canales no tradicionales.
- La propuesta de resolución se enfoca en un control previo de los productos que posteriormente van a ofrecerse a los usuarios y consumidores, las coberturas básicas, las exclusiones a dichas coberturas, el valor que van a pagar por el servicio, pero ante todo la transparencia en la comercialización, que las pólizas de seguro contengan la información básica pero en un lenguaje no técnico, entendible para quien lo contrata, además de ser claro, se mantiene la obligatoriedad de la entrega de un certificado individual de seguro que deberá ser firmado por el asegurado en aceptación del contrato.

5.2 RECOMENDACIONES

- En el Ecuador, no existe una legislación que expresamente regule la contratación masiva de seguros, a través de los diferentes canales de distribución y la Superintendencia de Bancos y Seguros, como órgano de control, no ha dictado normas que faciliten esta práctica.
- Es innegable la importancia tanto para las compañías de seguros como para el mercado la comercialización de seguros masivos, pues además de reportar un beneficio a quien lo adquiera, éstos están al alcance de cualquier persona, como una opción adicional a la posibilidad de contratar una póliza individual.

- La contratación tradicional de seguros ha cambiado, en la medida que ha evolucionado el campo tecnológico, económico y comercial en el mundo, es por ello fundamental que las normas se ajusten a las nuevas prácticas comerciales, sin menoscabar ni perjudicar los derechos de los consumidores.
- Mi recomendación en base a la investigación realizada es que se incorpore o expida una resolución de la Junta Bancaria por la que se regule la comercialización de seguros denominados masivos, ya que su prohibición no es procedente y significaría un retraso en la evolución y comercialización de los seguros como un servicio trascendental a favor de los usuarios de la comunidad ecuatoriana.
- Es preciso recomendar además que en el ámbito académico, se amplíe los conocimientos e impartan conocimientos en derecho de seguros para mejorar el nivel de conocimiento de los estudiantes y profesionales que podrían luego optar o escoger como centro de su profesión y realización profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, B. (28 de Junio de 2011). *"Contra los Agentes Institorios"*. Recuperado el 13 de Octubre de 2013, de Revista Estrategas: <http://www.revistaestrategas.com.ar/revista-166.html>
- Alvear, J. (2007). *Introducción al Derecho de Seguros*. Quito: Edino.
- Argentina, S. D. (31 de Agosto de 1994). Decreto N ° 855/94. *Reglamento N.* Buenos Aires, Argentina: Superintendencia De seguros de la Nación de Argentina.
- Aseguradora del Sur. (23 de enero de 2002). *Póliza de seguro de vehículo. Resolución No. SBS-INS-2002-013*. Quito, Ecuador.
- Baeza, S. (1967). *El Seguro*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cabanellas, G. (2007). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Castelo, J. (1988). *Diccionario MAPFRE de Seguros*. Madrid: Editorial MAPFRE S.A.
- Cevallos, V. (2011). *Manual de Derecho Mercantil*. (5ta. ed.). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Código Civil Ecuatoriano, Última reforma: 03-dic-2012. (Registro Oficial Suplemento No. 46 24 de Junio de 2005).
- Código de Comercio Colombiano, Título V, Del contrato de seguros, publicado por el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971
- Código de Comercio Ecuatoriano, Última reforma: 26-jun-2012. (Registro Oficial Suplementon No. 1202 20 de Agosto de 1960).
- Código de Procedimiento Civil. (Registro Oficial Suplemento 58 12 de Julio de 2005).
- Código de Trabajo. (05 de 16 de 2005). Registro Oficial Suplemento 167. Ecuador: Registro Oficial.
- Constitución del Ecuador. (Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008). Quito, Pichincha, Ecuador.
- Corte Suprema de Justicia. (2011). Contrato de Adhesión, Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 24 de Mayo de 2001).
- Decreto No. 1367 publicada en el Diario Oficial No. 43.345 del 23 de julio de 1998
- Defensoría del Pueblo. (2011). Reclamo ante la Defensoría del Pueblo, 54493 (delegación Provincial de Pichincha 06 de Marzo de 2011).
- Dirección Nacional de Atención y Educación al Usuario. (2012). Reclamo ante la Superintendencia de Bancos.
- Ekos negocios. (2012). Ekos negocios. (218), 48.

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos de la Superintendencia De Bancos y Seguros. (Registro Oficial Suplemento No. 282 26 de ABRIL de 2012).

Exposiciones de motivos del Proyecto de Ley 65 de 1995 de Colombia

Fundación MAPFRE. (s.f.). *Diccionario MAPFRE de seguros*. Recuperado el 5 de octubre de 2013, de <http://www.mapfre.com/wdiccionario/terminos>

Garriguez, J. (1981). *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II*. México: Editorial Porrúa.

Isaza, F. (2011). *La Historia Legal del Seguro en Colombia*. Colombia.

Jaramillo, I. (1998). *Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y el Reaseguro*. Bogotá: Clección Internacional.

Ley 389, publicada por el Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997

Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. (Registro Oficial Suplemento No. 557 17 de Abril de 2002).

Ley General de Seguros, Última reforma: 14-oct-2013. (Registro Oficial No. 403 23 de Noviembre de 2006).

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Última reforma: 13-oct-2011. (Registro Oficial Suplemento No. 116 10 de Julio de 2000).

Magee, J. (1947). *Seguros Generales*. Mexico D.F.: Editorial Hispano-Americana.

Meilij, G. (1994). *Manual de Seguros*. Bueno Aires: Depalma.

Mejía, H. (2011). *Gestión Integral de Riesgos y Seguros*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

Meza, R. (1995). *Manual de Derecho Civil - Fuente de las Obligaciones*. (8va ed., Vol. I). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Moreno, J. (2007). *La Responsabilidad Civil y su Problemática Actua*. Madrid: Dykinson.

Oficio Circular N° 7981, de 30 de 11 del 2000

Ojeda, N. (s/f). Contratos Gratuitos. En Varios, *Biblioteca Iberoamericana de Derecho: Contratos Gratuitos*. (p. 47). Buenos Aires: Zavalia.

Ordoqui, G. (s/f). Buena Fe en los Contratos. Bogotá: Temis.

Palacios, F. (2005). *Seguros, Temas Esenciales*. (2da. ed.). Bogotá, Colombia: Ecoe.

Prieto, D. (S/A). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En Varios, *Revista de Derecho Comparado* (p. 91). Buenos Aires: Rubinz.

Radovich, J. (1999). *Curso de Seguros en el Comercio Exterior*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L.

Real Academia Española. (2001). *Seguro*. Recuperado el 11 de Febrero de 2013, de <http://lema.rae.es/drae/?val=seguro>

- Reglamento de Trámite de Quejas del Consumidor, Resolución de la Defensoría del Pueblo 4. (Registro Oficial 113 de 21-ene-1999)
- Reglamento para la regulación de la comercialización de seguros masivos, norma de carácter general No. 121, de 24 de octubre de 2001, Superintendencia de Valores y Seguros.
- Silva, A. (2001). Contratos de adhesión, Condiciones Contractuales Generales. En Varios, *Contratación Contemporánea, Contratación Electrónica y Tutela del Consumidor* (p. 37). Lima: Editorial Temis S.A.
- Stiglitz, R. (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador. (2009). Recuperado el 12 de octubre de 2013: http://www.sbs.gob.ec/practg/p_index
- Superintendencia de Seguros. (2011). *Instructivo para obtener autorización para operar en ramos y/o seguros y elaboración de documentos de suscripción, tarifas de primas y notas técnicas para empresas de seguros*. Quito.
- Uría, R. (1940). *El Seguro Marítimo*. Barcelona.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Paulina Alexandra Zambiano Rodríguez, C.I. 1720995412 autor del trabajo de graduación intitulado: "La regulación de los seguros privados de contratación máxima en la legislación ecuatoriana" previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 07 de marzo del 2014



FIRMA Y CÉDULA


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

No. **172099541-2**

CÉDULA DE CIUDADANÍA
 APELLIDOS Y NOMBRES
ZAMBRANO RODRIGUEZ PAULINA ALEXANDRA
 LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA QUITO BENALCAZAR
 FECHA DE NACIMIENTO **1989-09-18**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **F**
 ESTADO CIVIL **SOLTERA**





INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** **E3333I2242**

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
ZAMBRANO JOSE PATRICIO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
RODRIGUEZ EDIDIA BERNARDITA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO 2013-09-27

FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-09-27



 
 DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO



001278537

REPÚBLICA DEL ECUADOR
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL 

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

031 **1720995412**
 NUMERO DE CERTIFICADO CÉDULA
ZAMBRANO RODRIGUEZ PAULINA ALEXANDRA

PICHINCHA CIRCUNSCRIPCIÓN 1
 PROVINCIA LA CONCEPCION
 QUITO PARROQUIA 3
 CANTÓN ZONA


 PRESIDENTA/E DE LA JUNTA