

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

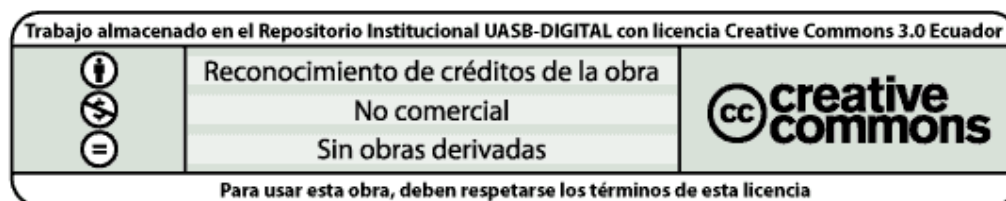
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Análisis de la Contratación Directa en el sector público en
materia de seguros, con empresas aseguradoras del Estado**

Fanny del Carmen Lagla Chungandro

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Fanny del Carmen Lagla Chungandro, autor de la tesis intitulada “ANÁLISIS DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA EN EL SECTOR PÚBLICO EN MATERIA DE SEGUROS, CON EMPRESAS ASEGURADORAS DEL ESTADO”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título magister en Derecho, Mención en Contratación Pública, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, D.M., a, 16 de Noviembre de 2016

Dra. Fanny del Carmen Lagla Chungandro

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho
Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Análisis de la Contratación Directa en el sector público en materia de
seguros, con empresas aseguradoras del Estado.**

Autora: Dra. Fanny del Carmen Lagla Chungandro

Director: Dr. Genaro Eguiguren

Quito, 2016

RESUMEN DE LA TESIS

El presente trabajo intenta analizar la inconveniencia legal, económica y práctica de contratar seguros de forma directa con empresas de propiedad pública; y por lo tanto, cuestiona la pertinencia de un oficio circular que obliga a hacerlo. Busco también, a través del presente trabajo, resaltar la importancia de que la contratación de seguros se haga con empresas, que independientemente de su naturaleza jurídica, aseguren que los riesgos se cubran en caso de siniestros producidos y amparados por el contrato de seguros, para cuyo efecto las entidades contratantes deberían tener la libertad de escoger de forma amplia y sin restricciones a aquella empresa que mejor satisfaga los intereses y objetivos que se pretenden cumplir, en un marco de transparencia, concurrencia, legalidad y oportunidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, el 24 de marzo de 2009 con Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 suscrito por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, dispone a los miembros del Gabinete Presidencial, contratar directamente con la Compañía de Seguros Sucre S.A. en todas las áreas en donde intervengan entidades públicas; es decir, indistintamente de que se haya demostrado o no la conveniencia de dicha contratación directa, y sin que se cumpla con el proceso establecido en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La mencionada disposición emitida por un funcionario público que integra la Función Ejecutiva, se encuentra claramente opuesta a una norma reglamentaria, y que notablemente va en contra de los principios de Contratación Pública establecidos en la Ley de la materia. También, es evidente que no se cumple con el principio principal en materia de Seguros, que es el de transferir el riesgo, ya que al contratar los seguros con empresas públicas el mismo Estado lo asume, si no hay manera de asegurar que efectivamente el riesgo sea cubierto en el caso de producirse un siniestro, no se lograría el cumplimiento de los principios constitucionales de legalidad, participación, igualdad, eficacia, eficiencia y transparencia, pilares de un Estado de Derechos y Justicia y por ende de la Contratación Pública.

AGRADECIMIENTO

Primero mi eterno agradecimiento al Ser Supremo que siempre ha guiado mi vida, Dios.

Gracias también, a esas personas importantes en mi vida, que siempre estuvieron listas para brindarme toda su ayuda, amor, comprensión y sacrificio, ahora me toca regresar un poquito de todo lo inmenso que me han otorgado. Con todo cariño y mi profundo agradecimiento a ustedes:

 Mi Madre adorada;

 Hermanos: Sonia y Patricio;

 Sobrinos: Cristian, Daniela y Paula;

 Mi Hijo de corazón: Luis Alejandro;

 Mi amado esposo: Luis Fernando;

 y, nuestra pequeña hija Fernanda, el sol de mi vida.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a:

Mi Madre ejemplo de mujer integra y valiosa, quien me enseñó a valorar los esfuerzos y sacrificios, para lograr las metas propuestas.

Mi hija Fernanda, por haber llenado mi vida de colores y haber puesto en ella conceptos que no conocía, por ser mi Maestra de la perseverancia y del regocijo de los pequeños y a la vez grandes triunfos.

A mi amiga Ximena Jarrín, como siempre, este logro también va por las dos, jamás olvidaré la promesa que te hice, ni el recuerdo que dejaste en mi vida.

Y por último a mi compañero y cómplice de las aventuras de mi vida, a ti mi amado Luis Fernando, por instarme y levantar mi ánimo en los momentos de desobligo.

ÍNDICE TEMÁTICO

CAPÍTULO I: LA IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE SEGURO.....	9
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS GENERALES.	9
1.2. EL SEGURO Y LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS.	11
1.3. HACIA UN INTENTO DE CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.	13
1.4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO.	20
1.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SEGUROS.	22
1.6. OBJETO DEL SEGURO.	26
1.7. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO.	26
1.8. CLASIFICACIÓN.	31
1.9. INSTITUCIONALIDAD DE SEGUROS EN EL ECUADOR.	32
1.10. ÓRGANO DE CONTROL, SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS.	33
CAPÍTULO II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LO QUE SE CONSIDERA COMO ACTO ADMINISTRATIVO.....	36
2.1 CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO	36
2.2 CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.	40
2.3 LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ESTADO DE DERECHO.	41
2.4 EL IMPERIO DE LA LEY Y LA LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	43
2.5 LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	45
2.6 ACTOS NORMATIVOS O REGLAMENTARIOS Y EL ACTO ADMINISTRATIVO	47
2.7 CONCEPTO DE ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN O SIMPLES ACTOS	49
2.8 EL OFICIO CIRCULAR NO. T.4258-SGJ-09-943 DE 24 DE MARZO DE 2009, PUEDE SER CATALOGADO COMO UNA ACTO ADMINISTRATIVO O COMO UN ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN O REGLAMENTARIO?.....	50
CAPÍTULO III. EL CONTRATO DE SEGUROS EN EL ECUADOR Y SU RELACIÓN CON EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	58
3.1 INTRODUCCIÓN.	58
3.2 LA ACTIVIDAD ASEGURADORA Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO ECUATORIANO.	60
3.3 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ENTE ASEGURADOR.....	61
3.4 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ENTE ASEGURADO.	62
3.5 LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE SEGUROS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	66
3.6 NORMATIVA QUE FUNDAMENTA LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	67
3.7 EL CASO DE LA RESOLUCIÓN No. 34-CGAJ-2013 DE 01 DE AGOSTO DE 2013 DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	73
CAPITULO IV: PROPUESTA DE CONTRATACIÓN CONCURSIVA EN MATERIA DE SEGUROS.....	78
4.1 ANTECEDENTES.....	78

4.2 PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ACTUALES.....	80
4.3 PROPUESTA.....	81
4.4 CONVENIENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA.....	83
4.5 INNOVACIONES DE LA PROPUESTA DE REFORMA.....	84
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	90
BIBLIOGRAFÍA – LIBROS.....	91
FUENTES DIGITALES.....	93
CUERPOS LEGALES.....	95
Gráfico # 1 Comparación dos aseguradoras.....	65
Tabla 1 Invitaciones a proveedores	71
Tabla 2 Invitación a proveedores.....	72
Tabla 3 Parámetros de calificación	73

Capítulo I: La importancia del Contrato de Seguro.

1.1. Antecedentes históricos generales.

El Contrato de Seguro se remonta a la idea de asegurar el riesgo, este significa cualquier “contingencia, probabilidad, proximidad de un daño”¹, por ello el Contrato de Seguro busca cubrir cada una de las eventualidades presentes en un determinado hecho. Se establece entonces como base del riesgo un hecho incierto, el cual debe ser conocido por las partes contratantes. Esta noción es propia de las antiguas civilizaciones que constituyen los antecedentes de nuestro actual sistema de seguros. Los primeros vestigios de esta institución jurídica se remontan a los mercaderes y banqueros los cuales buscaban asegurar la compra de carga y financiar el viaje, ya que si ésta se perdía el préstamo se entendía como cancelado. Consecuentemente, el costo de este contrato era elevado.

Lorena Larrea Ayala citando al Dr. José Alvear Icaza en su obra “Análisis, Comentarios y Sugerencias sobre algunos aspectos del Derecho de Seguros en el Ecuador” recoge de la obra del profesor Manes la descripción de los antecedentes históricos del seguro, los cuales son clasificados en dos etapas: la etapa prehistórica y la etapa histórica. La primera abarca el inicio de la civilización hasta el siglo XIV, y la segunda comprende el siglo XIV hasta nuestros días². La etapa prehistórica está caracterizada por la mutualidad, es decir, la solidaridad y de asistencia entre los miembros de una comunidad, donde para afrontar cualquier siniestro la unidad social satisface globalmente las pérdidas o daños ocurridos por un hecho.

Este sentimiento de solidaridad está presente de manera inconsciente en los actos de los individuos en la antigüedad. A manera de ejemplo, el Código de Hammurabi (1790-1750 a.C.), en la ley 53 señala que: “Si un hombre descuida reforzar el dique de su campo y no refuerza su dique y, por ello, se abre una brecha en la margen y deja que el agua se lleve el mantillo, el hombre en cuyo dique se

¹Cabanellas de Torres, G. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta, 2005. Pág. 344.

² Larrea Ayala, L. Las Empresas de Seguros en el Ecuador. Quito: Universidad Internacional Sek, 2003. Pág. 2

ha abierto la brecha compensará por la cebada que haya echado a perder”³ Dicho lo cual, se evidencia el principio de restitución o indemnización propia del Contrato de Seguro, que quiere decir que no es sino la entrega del bien asegurado en las mismas condiciones en las que se encontraba, cabe señalar que el contrato de seguro no es un negocio, por lo tanto no se obtiene nada mas de aquello que se tenía antes de asegurar un bien. El principio de mutualidad social garantiza la pérdida o daño producto de un hecho, en este caso por negligencia, pero que conlleva un principio de restitución de la cosa. Otro ejemplo se da en la Ley 58 del mismo Código citado que dice:

“Si una vez que las ovejas hayan subido de las tierras de cultivo y se hayan instalado ya cerca de la puerta principal de la ciudad las cubas del abrevadero comunal- el pastor lleva las ovejas a las tierras de cultivo y las apacienta en un campo, el pastor se hará cargo del campo en el que apacentó y, al llegar la siega, pagará una indemnización al dueño del campo de 60 kures de cebada por cada bur. [Fin de temporada de pasto en tierras bajas. Los rebaños no han de estar allí]”⁴.

Consecuentemente, es evidente que el cuerpo legal citado tiene claros los conceptos de indemnización y subrogación; la primera restituir la cosa en iguales condiciones a las que se encontraba antes del siniestro y por otro lado la subrogación que no es otra cosa que la entrega de los derechos del asegurado a la aseguradora, quien indemniza o devuelve el bien asegurado. En definitiva, la etapa prehistórica tiene como elemento fundamental la solidaridad en las comunidades humanas, dando paso a constituir las bases de los principios básicos del Seguro. Tal como lo describe Lorena Larrea, durante esta época no cabe hacer mención a la existencia del seguro, en un marco jurídico definido como tal, dado que los elementos socio-económicos eran poco adecuados para su desarrollo⁵.

Luego viene la etapa histórica que comprende la segunda mitad de la Edad Media, en el siglo XIV aproximadamente, en donde ya el Contrato de Seguro surge como institución jurídica; estableciéndose una base socioeconómica firme. En un

³Código de Hammurabi.

<http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Ci%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>. Pág. 19 (Acceso: 08 de agosto de 2015)

⁴Código de Hammurabi. Ediciones Luarna: España.
<http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Ci%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>. Pág. 19 (Acceso: 08 de agosto de 2015).

⁵ Larrea Ayala, L. Las Empresas de Seguros en el Ecuador. Quito: Universidad Internacional SEK, 2003. P. 2.

inicio el Seguro se separa de otros contratos a los que estaba ligado. Así, el origen del Contrato de Seguro es el resultado de “(...) un decreto dictado por el Papa Gregorio IX en 1234, en el cual prohíbe el préstamo a la gruesa por considerarlo usura, tomando en cuenta que los intereses al Préstamo Marítimo eran altos en relación con los riesgos corridos y el beneficiario perseguido”⁶ Además, Lorena Larrea insiste que es por la necesidad de los comerciantes de contar con una institución mediante la cual pudieran obtener una reparación económica por los daños que podían sufrir en su patrimonio, que se consolida el Seguro como institución⁷.

Así, esta institución, conforme lo señala Lorena Larrea, surge a partir de la lucha simultánea contra la inseguridad marítima y contra la legislación canónica. Posteriormente, tras el resultado de la gestión empresarial se dio una proliferación de empresas de Seguros, de esta manera, el seguro se estructuró tanto en lo jurídico como en lo económico. El crecimiento del comercio durante la Edad Media en Oriente y Europa se vio identificado por el desarrollo de los contratos de seguros, los cuales buscaban garantizar la solvencia financiera en caso de siniestros de navegación. Un ejemplo de ello se dio a través del seguro de incendio, el cual consistía en el resarcimiento de los daños sufridos en los objetos asegurados a causa de fuego, incluyéndose asimismo los gastos que ocasione el salvamento de esos bienes.

1.2.El seguro y las compañías de seguros.

El Dr. Carlos Villegas explica que los contratos de seguro en sus inicios, tenían como propósito proteger la navegación, ya que era la actividad mercantil que más riesgo conllevaba. Únicamente protegía la mercadería y los barcos, pero no las personas ni la tripulación⁸. Con el pasar del tiempo, esta institución dio vida a las compañías de seguro. El mismo autor explica que:

⁶Larrea Ayala, L. Las Empresas de Seguros en el Ecuador. Quito: Universidad Internacional Sek, 2003. Pág. 6

⁷Larrea Ayala, L. Las Empresas de Seguros en el Ecuador. Quito: Universidad Internacional Sek, 2003. Pág. 2

⁸Villegas, C. Contratos Mercantiles y Bancarios. Buenos Aires: Carlos Gilberto Villegas, 2005.

“[L]a empresa aseguradora, desde los orígenes del seguro, es un elemento esencial. Ella fue históricamente la empresa profesional dedicada al perfeccionamiento técnico y jurídico del seguro. Sobre la base del principio de que ella debía reunir de muchos asegurados sometidos a un riesgo común, los fondos necesarios para cubrir los eventuales perjuicios que padeciera algunos de ellos, fue generando los elementos técnicos y jurídicos de perfeccionamiento de esta institución”⁹

Fue así como nació la empresa aseguradora, hasta llegar a la institución del seguro tal como hoy la conocemos. El sistema de seguro privado está principalmente integrado por “(...) todas las empresas que realicen operaciones de seguros, las compañías de reaseguros, los intermediarios de reaseguros, los peritos de seguros y los asesores productores de seguros”¹⁰. Estas empresas, intermediarios, peritos y asesores realizan operaciones de seguros, es decir, el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas pagadas por el asegurado.

La ley ecuatoriana prevé dos tipos de empresas de seguro, las compañías de seguros generales, y las compañías de seguro de vida. Las compañías de seguros generales, “(...) son aquellas que aseguran los riesgos causados por afecciones, pérdidas o daños de la salud, de los bienes o del patrimonio y los riesgos de fianza o garantías.”¹¹ Por su parte, las compañías de seguros de vida “(...) son aquellas que cubren los riesgos de las personas o que garanticen a éstas dentro o al término de un plazo, un capital o una renta periódica para el asegurado y sus beneficiarios”¹² Si la empresa de seguros se dedica a prestar ambos tipos de servicio, la compañía deberá contar con dos tipos de contabilidades, capital y administración, por disposición legal.

Haciendo referencia a la obra “Las Empresas de Seguros en el Ecuador” de la Abg. Lorena Larrea Ayala, en la que se indica que la Institución del Seguro en nuestro país surgió de manera rudimentaria en la época Republicana, ya que ciertos agentes tenían la labor de ser los receptores y mensajeros de Compañías extranjeras, que en el ramo de incendio cubrían ciertas necesidades de la población ecuatoriana. En nuestro país, la actividad aseguradora empezó a ser regulada jurídicamente, a partir de 1909, ya que hasta esa fecha no existía control en tales operaciones¹³. Antes de 1909, las empresas extranjeras tenían el monopolio del

⁹Villegas, C. Contratos Mercantiles y Bancarios. Buenos Aires: Carlos Gilberto Villegas, 2005.

¹⁰Código Orgánico Monetario y Financiero Libro III Ley General Seguros. Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de Septiembre del 2014.

¹¹Villegas, C. Contratos Mercantiles y Bancarios. Buenos Aires: Carlos Gilberto Villegas, 2005.

¹²Código Orgánico Monetario y Financiero. Libro III. Ley General Seguros. Art. 3. Codificación 10. Registro Oficial No. 403 de 23 de noviembre de 2006.

¹³ Larrea Ayala, L. Las Empresas de Seguros en el Ecuador. Quito: Universidad Internacional Sek, 2003. Pág. 20

mercado y no contaban con el debido control estatal. Por tal motivo, el Estado se vio en la necesidad de regular la actividad de las empresas de Seguros en nuestro país y proteger los intereses de los ecuatorianos que comprendían que el seguro era un medio idóneo para enfrentar los riesgos¹⁴.

El Dr. Luis Larrea Benalcázar en el “Análisis de la Legislación relativa al Seguro Privado Ecuatoriano” manifiesta que: “el funcionamiento de las compañías de Seguros era completamente libre en el Ecuador hasta que se expidió el Decreto Legislativo N° 1105 de 18 de noviembre de 1909, en el cual se establecieron ciertas normas que, aunque elementales, fueron el inicio de un ordenamiento jurídico”¹⁵. Además, señala que en 1911 se reformaron las disposiciones del Decreto 1105 y en 1917, se expidió un nuevo Decreto Legislativo, el cual contenía un solo artículo que textualmente decía: “Derogase la Ley de 1909 y el Decreto modificatorio de 1911 en lo que se refiere a las compañías de seguros y se faculta a éstas para que puedan celebrar contratos de seguros contra incendios, en el Ecuador, sin más requisitos que constituir representantes legales o apoderados domiciliados en el país, con facultad suficiente para contestar demandas y cumplir las obligaciones contraídas en las respectivas pólizas”. Ésta norma se mantuvo vigente sin ningún tipo de modificaciones hasta diciembre de 1933.

1.3.Hacia un intento de conceptualización del Contrato de Seguro.

De forma general, se ha considerado al seguro como “(...) una institución jurídica-económica que tiene su razón de ser en la necesidad que siente el ser humano de cubrir las consecuencias perjudiciales de acontecimientos previsibles pero aleatorios de la vida”¹⁶.

A pesar de los diferentes trabajos de investigación existentes, no se encuentra una definición general de lo que debe entenderse como contrato de seguros, más sin embargo, tratadistas como la Dra. Sofía Regueros de Ladrón de Guevara considera que es aquel en que una parte, el asegurado, se obliga al pago de una

¹⁴ Alvear Icaza, J. Introducción al Derecho de Seguros. Editorial Edino, Guayaquil. Pág. 32 - 33.

¹⁵ Larrea Benalcázar, L. Análisis de la Legislación relativa al Seguro Privado Ecuatoriano. Editorial Arte Actual, Publicado por FITSE. Quito-Ecuador. Pág. 3

¹⁶ Villegas, C. Contratos Mercantiles y Bancarios. Buenos Aires: Carlos Gilberto Villegas, 2005. P. 45.

prima a favor de la otra parte, el asegurador, para que este a cambio se obligue para con aquel o para con un tercero, en caso de la materialización del riesgo amparado, al pago de una prestación¹⁷.

Algunos tratadistas han vertido su opinión buscando conceptualizar el Contrato de Seguros, imponiéndose de esta manera en el presente trabajo, traer a colación la opinión de varios de ellos. De acuerdo al tratadista colombiano Jaime Bustamante: “(...) el Contrato de Seguro es el documento (póliza) por virtud del cual el asegurador se obliga frente al asegurado, mediante la percepción de una prima, a pagar una indemnización, dentro de los límites pactados, si se produce el evento previsto (siniestro)”¹⁸

En el caso del mexicano Salvador Franco el seguro es el “(...) contrato por el cual el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima a abonar, dentro de los límites pactados, un capital u otras prestaciones convenidas, en caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura”.¹⁹ En opinión del tratadista español Antonio Porrás que el seguro es un “(...) contrato por el cual el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima a abonar, dentro de los límites pactados, un capital u otras prestaciones convenidas, en caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura”²⁰. Es decir, el seguro brinda protección frente a un daño inevitable e imprevisto, tratando de reparar materialmente, en parte o en su totalidad las consecuencias.

En el caso ecuatoriano el seguro es visto como 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. Constituye denominador común en los conceptos esbozados por los autores anteriormente citados, lo referido a las

¹⁷ Regueros de Ladrón de Guevara, S. Aspectos Tributarios del Contrato de Seguros. Recuperado el 09 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec>.

¹⁸ Bustamante Ferrer, J. 1983. *Manual de principios Jurídicos del Seguro*. Editorial Temis, Bogotá-Colombia. Pág. 18 (Como se cita en Morejón Poveda Andrea, 2014, “Ejecución de Pólizas de Fianzas otorgadas por la Compañía de Seguros Centro Seguros a favor del Estado ecuatoriano”, Trabajo de titulación para la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República).

¹⁹ Franco Morales, S. 1994. *El Seguro de Vida. México*, Editorial Hispanoamericana. Pág. 65

²⁰ Porrás Rodríguez A. 1991. *El Seguro de Grupo, Aspectos normativos, Técnicos y actuariales*. Edita Centro de Estudios del Seguro, S.A., Madrid. Pág. 122

partes de este tipo de contrato, donde por un lado tenemos a la figura del asegurador y por otro, el asegurado. Es importante identificar, además, la figura del asegurador y por otro lado el asegurado quien también puede tener la calidad de beneficiario de no ser así es otra parte independiente a las anteriores.

En el Contrato de Seguros en el Ecuador veremos la presencia de varias partes en este tipo de acuerdo de voluntades. La idea de seguridad buscada por los sujetos que desempeñan distintos roles en la sociedad, hace que ellos conciban la asistencia mutua como un recurso en el evento de sufrir deterioros ocasionados por sucesos imprevistos, que en cualquier momento disminuirían, en una u otra forma, su patrimonio. El seguro constituye uno de esos mecanismos para reparar o atenuar el desmedro económico sufrido, esto es transferir el riesgo propio a otra persona.

En general todo contrato es definido como un convenio entre dos o más partes por el que se obligan sobre una materia determinada, con condiciones y exclusiones específicas, y a cuyo cumplimiento se comprometen. En este sentido, el Contrato de Seguro es definido por Guillermo Cabanellas como:

“(…) un contrato aleatorio, por el cual una de las personas (el asegurador) se compromete a indemnizar los riesgos de otra (el asegurado) sufra, o a pagarle determinada suma a éste mismo o a un tercero (el beneficiario) en caso de ocurrir o no ocurrir el acontecimiento de que se trate, a cambio del pago de una prima en todo caso”²¹

Cabe destacar que el elemento aleatorio hace referencia al riesgo como característica de este tipo de contratos. Así, el equivalente contractual consiste en una contingencia incierta y fortuita, que produce el daño o pérdida sobre un hecho. De esta manera, los derechos y obligaciones de las partes (o de una de ellas) deben estar perfectamente identificables en el contrato.

El Seguro se establece como un contrato en que el Asegurador se obliga a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, por la pérdida o daño producido por un acontecimiento incierto²². Por lo tanto, es un mecanismo dado para que quienes soportan un riesgo específico puedan transferirlo al asegurador.

²¹Cabanellas de Torres, G. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta, 2005. Pág. 351

²²Buendía, D. (12 de Noviembre de 2003). Legislación sobre el Contrato de Seguro. Recuperado el 19 de Julio de 2015, de <http://www.sbs.gob.ec>

La idea de obtener un Contrato de Seguros es generar una protección en base económica de los bienes basándose en un posible daño futuro.

Para César Jouvin y Carlos Rodríguez, el seguro es: “(...) un contrato por el cual una de las partes (el asegurador) se obliga, mediante una prima que le abona la otra parte (el asegurado), a compensar un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto, como puede ser un accidente o un incendio, entre otros”²³. Definición coherente con la noción de Contrato de Seguro manejada por el Código de Comercio que reza:

“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”²⁴

Al igual que la Ley General de Seguros que especifica que un contrato es de seguro siempre que se asuma “(...) directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas”²⁵

Por su parte, Antonio Guardiola Lozano en su “Manual de Introducción al Seguro” señala que el Contrato de Seguro es “(...) el documento o póliza suscrito con una entidad de seguros en el que se establecen las normas que han de regular la relación contractual de aseguramiento entre partes (asegurador y asegurado), especificándose sus derechos y obligaciones respectivos”²⁶ En España la regulación de esta materia viene establecida, fundamentalmente, por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, para Pilar Díaz citando este cuerpo normativo el Contrato de Seguro es:

(...) aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenida²⁷.

²³ Jouvin Aráuz, C y Rodríguez Murillo, C. “IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS”. ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 11

²⁴ Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960. Título XVII DEL SEGURO, Art.1

²⁵ Ley General de Seguros. Registro Oficial 403 de 23 de noviembre de 2006. Art. 3

²⁶Guardiola Lozano, A. Manual de Introducción al seguro . Madrid: Editorial MAPFRE, 2001. Pág. 17

²⁷ Díaz, P. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio. FUNDACIÓN MAPFRE, 2008. Pág. 3

De lo cual, se desprende el pago de una prima, que conlleva el importe que el tomador está obligado a pagar para obtener la cobertura del riesgo. Así mismo la legislación mexicana señala: “Por el Contrato de Seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato”²⁸. Dicho lo cual, del Contrato de Seguro se desprende la obligación de resarcir un daño al verificarse la eventualidad prevista en el contrato al asegurado; así este contrato es concebido para dar tranquilidad y seguridad económica, de que el daño será soportado por un tercero.

Es decir, la ley destaca los elementos básicos del contrato, en donde la obligación radica en el resarcimiento de un daño a pagar una suma de dinero (prima) al verificarse la eventualidad prevista en el contrato. El objetivo social de este contrato es la eliminación del riesgo, trasladando al asegurador el mismo. De esta manera, se busca una forma de concientizar y afrontar en común las adversidades en el futuro. En este caso, el Estado asume un papel protagónico y fiscalizador de las actividades aseguradoras, dictando las normas que orientan dicha actividad.

En síntesis, todas las acepciones manejan un concepto particular de lo que se entiende por seguros, coincidiendo en el hecho de tres factores determinantes: Asegurado, Asegurador y el pago de una prima, fijada previamente para así poder respaldar el evento acaecido en un futuro, y también haciendo énfasis en el hecho de que son casos fortuitos o de fuerza mayor.

Para la Dra. Sofía Regueros de Ladrón de Guevara, aunque esta finalidad coincide tanto en los seguros privados como en los sociales, se debe hacer una distinción entre ellos, debido a que se estima que solo los primeros pueden llamarse verdaderos contratos, debido a que en estos, aunque se trate de contratos de adhesión, existe realmente un acuerdo de voluntades, mientras que en los segundos, por faltar este elemento y derivarse de su obligatoriedad de normas legales, han de hablarse más bien de una institución de orden público.

²⁸ Estados Unidos Mexicanos. LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO. Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935. Art. 1.

Según la mejor definición descriptiva de que ha de entenderse por contrato de seguro coincide con el criterio de que es aquel por el que “(...) el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”²⁹.

La función económica del seguro viene dada por el principio de mutualidad “(...) como manifestación de la solidaridad entre todos los sujetos sometidos al riesgo”³⁰. En este sentido el Dr. Guillermo Jiménez Sánchez considera que esta mutualidad en el seguro moderno viene organizada empresarialmente a través del establecimiento de un patrimonio dirigido a hacer frente a los riesgos que compensan, en virtud del principio estadístico de la ley de los grandes números, de manera que para el asegurador los riesgos individuales se compensan globalmente, desapareciendo toda aleatoriedad, desde el punto de vista económico, aunque se conserve individualmente desde el punto de vista jurídico³¹.

Es importante indicar que, en la actualidad, para respaldar los riesgos de bienes cuya suma asegurada es onerosa, existen grandes capitales para respaldarlos, estos son los Reaseguradores, quienes no tienen ninguna relación contractual con los asegurados. Ellos trabajan directamente con las aseguradoras, su relación contractual consiste en que las aseguradoras ceden parte de los riesgos que asumen, con el fin de reducir el monto de la pérdida posible, dentro de un siniestro. El reparto de primas e indemnizaciones puede hacerse de forma proporcional (esto es sobre cada póliza de seguro individualizada) o bien de forma no proporcional (quiere decir sobre el conjunto de todas las pólizas).

El reaseguro se lo define desde varias perspectivas, primero puede ser definido como un contrato mediante el cual y pagando una prima determinada, el asegurador se descarga de los riesgos frente a los cuales tenía responsabilidad, también desde la perspectiva económica se lo ve como el medio por el cual un asegurador decide compartir, con un co-contratante, llamado reasegurador, según

²⁹ Derecho, G. E. Guía Práctica del Contrato de Seguros. Recuperado el 09 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec>.

³⁰ Jiménez Sánchez, G. Derecho Mercantil. Barcelona: Tecnos, 2015. P. 40.

³¹ Id.

diversas modalidades de aplicación, las consecuencias pecuniarias de los compromisos que ha suscrito de cara a sus asegurados. En el reaseguro las consecuencias pecuniarias son asumidas de forma personal por el reasegurado como asegurador. En otra óptica también se lo puede ver con la perspectiva de Caporosti el cual determina que es un instrumento o una herramienta de negociación implementada por el legislador en el entorno de las actividades de seguros con el fin de permitir que los efectos jurídicos y económicos asociados a esta actividad se establezcan de manera completa, no es un simple subtipo contractual de la categoría de seguro.

Existen clases de Reaseguro, entre ellas se destacan:

1. El reaseguro Facultativo, en el cual ni el asegurador está obligado a ceder ni el reasegurador a aceptar la cesión de un riesgo determinado por lo cual, para que el reasegurador acepte el riesgo, la compañía que asegura debe proporcionar toda la información para que el reasegurador acepte o no el riesgo, de aceptar debe determinar la prima acorde al riesgo ya mencionado.

Del Reaseguro Facultativo, se derivan 3 subtipos:

* Facultativo (cedente) facultativo (reasegurador)

* Obligatorio (cedente) facultativo (reasegurador), el cedente es quien se obliga a ofrecer al reasegurador los seguros, pero el reasegurador puede negarse dependiendo de su criterio.

* Facultativo (cedente) obligatorio (reasegurador), el asegurador o cedente no se encuentra en la obligación de ofrecer y si lo hace de igual manera el reasegurador debe aceptar siempre que sigan las condiciones determinadas.

2. Reaseguro Obligatorio, en este caso, el cedente se compromete a ceder una participación determinada de sus negocios en un ramo y el reasegurador se obliga a aceptar. Por ende, ambos se obligan de distintas maneras; el cedente a ceder y el reasegurador a aceptar. En este caso también se visualizan dos subtipos de reaseguros obligatorios: el proporcional cuando la participación se determina en base a la suma asegurada, pero si por el contrario este cálculo se hace en base al siniestro es un reaseguro obligatorio no proporcional.

En síntesis, los contratos de seguros son consensuales, bilaterales, onerosos y aleatorios, estableciéndose la formalización por escrito del documento y sus

modificaciones o adiciones; destacándose la importancia y la relevancia de la póliza, requisito que ha llevado a la doctrina a calificarlo como contrato formal, siendo lícito reconocer que en la póliza se incluyen los correspondientes derechos y obligaciones.

1.4.Elementos esenciales del Contrato de Seguro.

Los elementos esenciales del Contrato de Seguro, son el asegurador, el solicitante, el interés asegurable, el riesgo asegurable, el monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, la prima o precio del seguro y la obligación del asegurador de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro³².

En palabras del Dr. Abel Veiga Copo y parafraseándolo, él hace referencia a siete caracteres principales del Contrato de Seguro: la aleatoriedad del contrato, la consensualidad, la bilateralidad, la onerosidad, el tracto sucesivo; siendo un contrato de adhesión en el que debe prevalecer la buena fe³³.

Los principios del Contrato de Seguro, según la Abg. Lissete Tapia, son cinco: principio de buena fe, principio de indemnización, principio de interés asegurable, principio de subrogación, principio de contribución³⁴.

El Código de Comercio nos explica que el perfeccionamiento del Contrato de Seguros ocurre mediante documento privado, que se extiende por duplicado, y en donde deberán constar los elementos esenciales arriba explicados. A éste documento, el cual es el contrato, se lo denomina póliza.³⁵

Considero que para determinar las características principales de los contratos de seguros se debe establecer términos importantes que van a ser la columna vertebral de dicho contrato.

³² Código de Comercio Ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960. Título XVII DEL SEGURO Art. 2.

³³Veiga Copo, A. Tratado del Contrato de Seguro. Navarra: Civitas y Thomson Reuters, 2009. P. 44.

³⁴Tapia Falconí, L. (2013) La Contratación de Seguros en el Sector Público del Ecuador. (Tesis para la obtención del Título de Abogada) Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/5798/1/Lissette%20Yolanda%20Tapia%20Falcon%203%AD.pdf>. (acceso: 26 de noviembre de 2015). P. 30-32.

³⁵ Código de Comercio Ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960. Título XVII DEL SEGURO Art. 6.

En principio, de acuerdo al Dr. Carlos Montoya, en la Póliza debe constar la Prima o precio del seguro, su forma de su pago y el lugar donde debe efectuarse dicho pago, que es en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes o agentes debidamente autorizados³⁶.

Así mismo para el Dr. Montoya, es importante destacar que por cuanto el contrato de seguros es uno de naturaleza bilateral, ninguno de los contratantes que se encuentre en mora y dejando de cumplir lo pactado, puede exigir el pago de la indemnización prevista por la ocurrencia de un hecho ocurrido; asociado al hecho de que el pago, cuando proceda, se debe realizar a más tardar dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza, pues si no se hace, el contrato termina automáticamente³⁷. Hecho que coincide con lo estipulado en la Codificación del Código Civil Ecuatoriano ³⁸ artículo 1568, el mismo que indica que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

El tratadista Carlos Villegas destaca que existen dos corrientes o doctrinas en torno al Contrato de Seguro. La primera, la teoría dualista, que distingue a los seguros de daños de los seguros de personas. También distingue la teoría unitaria, que comprende todos los tipos de seguros. Villegas explica que, según la teoría dualista, en este sentido:

(...) no es posible sostener que en el caso de los seguros sobre la vida exista daño, ni que la necesidad de que exista un interés en la vida ajena asegurada lo transforma en un seguro de indemnización, por lo que el interés se requeriría en el beneficiario y no en el tomador del seguro³⁹

La Ley General de Seguros prevé dos tipos principales de seguro: el de vida, y el seguro general. Por su parte, el Código de Comercio hace una clasificación más detallada de los tipos de seguro. Consecuencia de lo cual, tenemos los seguros de daños, en los que prima el interés económico que una persona tiene de que no se produzca un siniestro, y en los que se incluye el seguro de incendio, el seguro

³⁶ Montoya, C. Manual de Seguros. Recuperado el 10 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec/>.

³⁷ Montoya, C. Manual de Seguros. Recuperado el 10 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec/>.

³⁸ Codificación del Código Civil Ecuatoriano, Art. 1568.

³⁹ Villegas, C. Contratos Mercantiles y Bancarios. Buenos Aires: Carlos Gilberto Villegas, 2005. P. 55.

de responsabilidad civil, en donde el obligado paga como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato; y, el seguro de transporte terrestre, donde la responsabilidad recae sobre la mercadería transportada.

Por otro lado, dentro del mismo Código de Comercio tenemos los seguros de personas, en donde se establece que es asegurable su propia vida, la de las personas a quienes pueda reclamar alimentos, y la de aquellas cuya muerte puede aparejarle un perjuicio económico⁴⁰. Dentro de esta misma clasificación, se hace una distinción de los seguros de vida, de aquellos seguros generales para personas.

En conclusión, el sistema de seguros ecuatoriano se encuentra dentro de la corriente dualista, debido a la diferenciación que se hace entre los tipos de seguro, y por el régimen al que están sometidas las empresas aseguradoras, de acuerdo al marco legal vigente en nuestro país.

1.5.Naturaleza Jurídica del Contrato de Seguros.

Como todo acto jurídico, el Contrato de Seguros posee características que lo diferencian y lo independizan del resto. En la República del Ecuador este contrato viene comprendido dentro de los llamados contratos aleatorios de acuerdo con el artículo 2163 del Código Civil⁴¹, y evidentemente, no escapa a cuestiones intrínsecas que lo diferencian de sus homólogos foráneos.

El Contrato de Seguro está constituido por elementos esenciales que de faltar uno o más de estos determinan la nulidad absoluta de dicho contrato. Estos elementos son el asegurador, el solicitante, el interés asegurable, el riesgo asegurable, el monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso, la prima o precio del seguro y la obligación del asegurador de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.

Para la Dra. Sofía Regueros, el contrato de seguros es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, conforme al siguiente alcance:⁴².

⁴⁰Código de Comercio Ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960. Título XVII DEL SEGURO Art. 65.

⁴¹ Código Civil de la República del Ecuador. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

⁴² Regueros de Ladrón de Guevara, S. Aspectos Tributarios del Contrato de Seguros. Recuperado el 09 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec>.

- Consensual: en tiempos pasados se exigía que el contrato fuera solemne y se perfeccionara con la entrega de la póliza; con el pasar del tiempo y con la evolución de esta materia el contrato se convirtió en consensual y, por tanto, se perfecciona con el simple acuerdo entre las partes acerca de los elementos esenciales del contrato.
- Bilateral: en sentido general un contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente, en el contrato de seguros se denota esta característica porque de él se derivan obligaciones para las dos partes; la obligación principal para el asegurador es pagar una prestación en caso de que ocurra el siniestro contra el cual se ha asegurado el respectivo interés, y, para el asegurado, pagar la prima correspondiente e informar sobre el estado del riesgo entre otras.
- Oneroso: un contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; en el caso de los seguros, el asegurado paga una prima para obtener a cambio que se asegure un interés en contra de un riesgo, mientras la compañía aseguradora asume la obligación de amparar el riesgo y de pagar una prestación, cuando el siniestro ocurra, a cambio de recibir dicha prima; por tanto, las dos partes reciben un beneficio.
- Aleatorio: cuando un contrato oneroso es conmutativo es porque una de las partes se obliga a dar o hacer 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. En materia de seguros las prestaciones del asegurado están sometidas a este tipo de contingencias, pues la ganancia o pérdida depende de que ocurra o no el siniestro.
- Ejecución sucesiva: en tanto todas las obligaciones a las cuales se comprometen las partes no se agotan en un solo momento, sino que se van presentando durante el tiempo de duración del contrato; la compañía aseguradora ampara el riesgo durante determinado tiempo establecido en el contrato, y por su parte, el asegurado, además de pagar la prima, que puede ser fraccionada en cuotas, se obliga a mantener informado al asegurador sobre los cambios en el estado del riesgo y otros deberes derivados de la buena fe que rige el contrato.

La Dra. Sofía Regueros, considera que estas son las características fundamentales que rigen los contratos de seguros, pero no se puede apartar el

hecho de que existen otras varias que hacen que este contrato sea diferente a todos los demás que existen, una de ellas podría ser que es un contrato *intuitu personae*, lo cual se deriva de que el cambio de asegurado, desde el punto de vista del asegurador, implica un cambio en el estado del riesgo que escapa de la esfera de los cálculos iniciales, como podría ser por ejemplo la muerte del adquirente que es causal de extinción del contrato, salvo que un heredero del interés asegurado haya comunicado la adquisición respectiva⁴³.

Dicho contrato se perfecciona y se prueba por medio de la póliza, la cual solo puede ser nominativa o a la orden, y constituye un documento privado en el que se plasman los elementos esenciales del contrato y la firma de los contratantes. Este debe ser redactado en idioma castellano, y el mismo deberá extenderse en duplicado. Deben ser también firmados por los contratantes tanto las modificaciones como su renovación.

Aunque la figura del solicitante, del asegurado y del beneficiario, pueden confluir en una misma persona, nada obsta que las mismas sean asumidas por personas totalmente distintas, por lo que en determinadas circunstancias pudieran prevalecer, los derechos u obligaciones de una de estas por sobre la otra. En tal sentido, cabe comentar que, si el seguro se estipula por cuenta ajena, el solicitante tiene que cumplir con las obligaciones emanadas del contrato, salvo aquellas que por su naturaleza no pueden ser cumplidas sino por el asegurado.

Existen varios tipos de contratos de seguros, como el de contra incendio, el de responsabilidad civil, el de responsabilidad profesional, sobre riesgos del trabajo, de transporte terrestre, marítimo y aéreo, de personas, de daños y de vida, entre otros.

En síntesis, los contratos de seguros son aleatorios según Guardiola pues mediante el mismo, las partes contratantes pactan, expresamente, la posibilidad de una ganancia o se garantizan contra la posibilidad de una pérdida, según sea el resultado de un acontecimiento de carácter fortuito⁴⁴, además ya que se refiere a

⁴³ Regueros de Ladrón de Guevara, S. Aspectos Tributarios del Contrato de Seguros. Recuperado el 09 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec>.

⁴⁴Guardiola Lozano, A. Manual de Introduccion al seguro... Pág. 18

la indemnización por un daño producido por un acontecimiento o un hecho⁴⁵, es decir que la contingencia esperada es el “siniestro”.

Es Oneroso ya que las partes obtienen una prestación a cambio de otra⁴⁶, el asegurado paga una prima, mientras que la aseguradora asume el riesgo. La onerosidad va ligada al concepto de beneficio y provecho, el asegurador busca una utilidad por medio del cobro de la póliza de seguros; mientras que el asegurado percibe los beneficios que contienen las cláusulas establecidas en el contrato acordado.

Es de Adhesión, es decir que las cláusulas son fijadas por una de las partes y la otra las acepta⁴⁷, donde el asegurado no puede discutir el contenido del contrato más si sobre las cláusulas adicionales.

Este contrato se basa en el principio de Buena Fe, el mismo que obliga a las partes a actuar con honestidad en los términos del acuerdo.

Es de ejecución continua, generándose consecutivamente los derechos y obligaciones de las partes, a partir de la fecha de celebración del contrato hasta la terminación del mismo.

Es decir, es de tracto sucesivo, ya que las obligaciones de ambas partes se deben cumplir de manera continua. Así, el asegurador debe respetar el periodo de vigencia presente en el contrato y dar la protección que busca el cliente y el asegurado debe cumplir con el pago y demás obligaciones que le imponga la ley.

Es de carácter indemnizatorio, ya que se busca reparar el daño al asegurado cuando el siniestro ocurra, en el monto establecido.

Es un acto de comercio pues constituye un contrato mercantil, regulado en el Código de Comercio y supletoriamente por la legislación civil.

⁴⁵ Jouvin Aráuz, C. y Rodríguez Murillo, C. “IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS”. ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 27

⁴⁶ Jouvin Aráuz, C. y Rodríguez Murillo, C. “IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS”. ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 27

⁴⁷ Jouvin Aráuz, C. y Rodríguez Murillo, C. “IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS”. ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 27.

Además, el seguro es un servicio por el que las entidades ofrecen seguridad a los asegurados. Es decir, un producto inmaterial y abstracto⁴⁸.

1.6.Objeto del Seguro.

El objeto de contratar una póliza de seguro, es el transferir el riesgo; es decir, el asegurado se libera de una responsabilidad económica, a cambio de pagar una prima a una compañía de seguros, la misma que asume todos los riesgos y gastos que puedan acaecer de un siniestro y la que tiene la obligación de restituir el bien, en las mismas condiciones que se encontraba antes del siniestro, o entregar el valor del mismo, de acuerdo a lo establecido en las condiciones de la póliza.

En otras palabras, el objeto del seguro es la compensación del perjuicio económico experimentado por un patrimonio a consecuencia de un siniestro. Aparte de este sentido, que puede identificarse con la finalidad del seguro, el objeto en su aspecto contractual, es el bien material vinculado al riesgo sobre el que recae la indemnización. Es tan grande la importancia de este elemento del contrato que la clasificación del seguro más comúnmente admitida agrupa las diversas modalidades de cobertura en función de los objetos asegurados. Así, se habla de seguros de riesgos personales, agrícolas, industriales, etcétera.

Resumiendo, el objeto del Seguro es reducir su exposición al riesgo de experimentar grandes pérdidas y garantizar la protección contra algún siniestro importante y problemático, a cambio de pagos fijos.⁴⁹

1.7.Elementos esenciales del Contrato de Seguro.

1.7.1 Elementos materiales.

⁴⁸ Jouvin Aráuz, C. y Rodríguez Murillo, C. "IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS". ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 11

⁴⁹ Jouvin Aráuz, C. y Rodríguez Murillo, C. "IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS". ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 11

1.7.1.1.El riesgo.

Según el Dr. Antonio Guardiola, el concepto de riesgo varía según el punto de vista que se adopte, revistiendo especial importancia las dos siguientes aceptaciones: por un lado, el riesgo como objeto asegurado y por otro lado el riesgo como posible ocurrencia por azar de un acontecimiento o daño que produce una necesidad económica⁵⁰. El riesgo está íntimamente relacionado al de incertidumbre, es decir la falta de certeza en algo. El Código de Comercio denomina al 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 Seguro⁵¹.

Es decir, que el Riesgo tratado como el suceso futuro e incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario que cumpla la eventualidad da origen a la obligación asegurada. Es decir, el riesgo representa el elemento fundamental del seguro, convirtiéndose en la posibilidad de que por azar ocurra un evento, futuro e incierto susceptibles de crear una necesidad patrimonial.

Siguiendo con la perspectiva del Dr. Antonio Guardiola y resumiendo su criterio, desde la perspectiva contractual, el riesgo es un rasgo característico del Contrato de Seguro, ya que determina la celebración del contrato por parte del tomador. En mi opinión el factor fundamental del seguro es el riesgo, ya que la transferencia del mismo hace que el asegurado se ampare y pague una prima al asegurador, con el fin de resguardar su patrimonio de cualquier eventualidad cubierta dentro del contrato de seguros.

Entre las distintas acepciones de RIESGO, y desde una perspectiva contractual, son destacables los conceptos que se relacionan con el interés asegurable, el bien asegurado y el capital asegurado⁵².

⁵⁰Guardiola Lozano, A. Manual de Introducción al seguro. Op. Cit. Pág. 19

⁵¹ Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960. Título XVII DEL SEGURO Art. 4.

⁵²Guardiola Lozano, A. Manual de Introducción al seguro. Op. Cit. Pág. 19

El “Interés Asegurable” tiene que ver con el requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de determinado riesgo, es decir, el objeto del contrato, no es la cosa amenazada por un peligro fortuito, sino el interés del asegurado en que el daño no se produzca. Este interés refleja un deseo sincero de que el siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él se originaría un perjuicio para su patrimonio. El interés asegurable no es sólo un requisito que imponen los aseguradores, sino una necesidad para velar por la naturaleza de la institución aseguradora, sin la cual sería imposible cumplir su función protectora en la sociedad, ya que la existencia de contratos de seguro sin interés asegurable produciría necesariamente un aumento excesivo de la siniestralidad⁵³. Este interés asegurable tiene mucha relación con el principio de buena fe, existente dentro de los contratos de seguros, puesto que, al asegurar un bien, el dueño tiene el afán de proteger su patrimonio, es decir no haría nada que pudiera dañarlo y por ello lo asegura, ante cualquier eventualidad extraña a él, o a consecuencia de fenómenos naturales.

El “Bien Asegurado” tiene que ver con el objeto sobre el que recae la cobertura garantizada por el seguro; es decir, corresponde a la evaluación del objeto asegurado mediante la fijación de su valor económico, dando origen al elemento “capital asegurado”. Este valor económico debe ser real y de acuerdo con las condiciones del mercado al momento de asegurar el bien, para que no se produzca ni el infra seguro, ni el supra seguro, al momento de realizar la indemnización del bien asegurado.

Finalmente, el “Capital Asegurado” es el valor atribuido por el titular de un Contrato de Seguro a los bienes cubiertos por la póliza, el mismo que consisten en la cantidad máxima que el asegurador está obligado a pagar ocurrido el siniestro⁵⁴.

1.7.1.2.El siniestro.

El siniestro es la manifestación concreta del riesgo asegurado, el cual produce daños amparados en una póliza, estos dan comienzo a las obligaciones a cargo del asegurador. En la mayor parte de los casos consiste en el pago de una cantidad

⁵³Guardiola Lozano, A. Manual de Introducción al seguro. Op. Cit. Pág. 19

⁵⁴Guardiola Lozano, A. Manual de Introducción al seguro. Op. Cit. Pág. 19

de dinero, sin que ello excluya la prestación de servicios o la reparación de un daño. A manera de ejemplo Guardiola explica:

“Siniestro es el incendio que origina la destrucción total o parcial de un edificio asegurado; el accidente de circulación del que resultan lesiones personales o daños materiales; el naufragio en el que se pierde un buque a las mercancías transportadas; el granizo que destruye una plantación agrícola, etc.”.⁵⁵

Dicho lo cual, siniestro es un acontecimiento dañoso previsto en una póliza que motiva la aparición del principio indemnizatorio fruto de un Contrato de Seguro.

1.7.2 Elementos formales.

Son consideradas partes del Contrato de Seguros en el Ecuador las siguientes figuras, las cuales además asumen obligaciones a partir de determinado momento en el contrato. Así tenemos:

La Aseguradora, a la cual corresponde entregarle al contratante un ejemplar de la póliza en la cual se encuentren las condiciones y han sido aceptadas por esta, debiendo cubrir el importe de la indemnización en el caso en que acontezca el siniestro. O sea, cuando se haya verificado la procedencia de la reclamación a cargo del beneficiario de dicho seguro.

El Asegurado, el cual cuenta con la garantía de que la persona o sus bienes están protegidos por los riesgos contemplados en la póliza, es decir, tener la seguridad de que, en caso de ocurrir el siniestro, éstos serán protegidos o cubiertos por la aseguradora al amparo de la póliza⁵⁶.

El Beneficiario, el cual comprueba ante la aseguradora la condición que dice ostentar y proporciona a esta toda la documentación requerida por esta a los efectos de la verificación de las condiciones en que ocurrió el siniestro⁵⁷.

El Contratante por su parte, Conoce de las condiciones de la póliza y las coberturas, pudiendo solicitar a la Compañía Aseguradora la información con el

⁵⁵Guardiola Lozano, A. Manual de Introducción al seguro. Op. Cit. Pág. 30.

⁵⁶ Cabanellas de Torres, G. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2005. P. 35.

⁵⁷ Gonzáles Barrón, G. El contrato de seguro, Jurista Editores: Bogotá, 2006. P. 40.

objetivo de poder decidir la contratación del seguro, los siniestros que cubre el mismo y las condiciones de la prestación del servicio por parte de la aseguradora.

En el Contrato de Seguro intervienen tres partes: el asegurador, el asegurado y el beneficiario. El asegurador es aquella persona que a cambio de una prima se compromete a asumir las consecuencias causadas por un siniestro. Néstor Quezada destaca que conceptualmente puede tomarse como aquella persona que por medio de un contrato asume ciertos riesgos pactados previamente en él. Esta persona siempre debe ser una compañía anónima legalmente constituida y por ende autorizada para realizar este tipo de actos⁵⁸.

Para la Dra. Pilar Díaz, esta parte es la más singular tanto por la complejidad y número de normas que rigen su actividad, como también por aceptar riesgos ajenos de forma masiva y sistemática⁵⁹.

Para César Jouvin y Carlos Rodríguez, resumiendo su obra, el asegurador es el sujeto que asume los riesgos especificados en el contrato, sin adoptar medida alguna para disminuir tales consecuencias dañosas⁶⁰. El asegurador asume totalmente la responsabilidad de un hecho que pudiere ocurrirle al asegurado, el cliente tiene libertad de escoger a su conveniencia el servicio que desee contratar con esta compañía, no es obligatorio que sea un monto o un bien en específico, destacando que también estas personas jurídicas se adaptan a las necesidades que se le cree al cliente, todo ello ajustado a las cláusulas de estricto cumplimiento y al capital económico de la persona. El asegurado es la persona que solicita la celebración del contrato y paga la prima. Finalmente, el beneficiario (generalmente es el propio asegurado,) es una persona distinta del contratante que recibe los favores acordados en el contrato, es decir, es el que percibirá la indemnización.

⁵⁸ Quezada, N. El Contrato de Seguro en Ecuador y en otras Legislaciones. Recuperado el Julio de 2015, de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/2879/1/08701.pdf>. Pág. 71-73 (Acceso: 3 de Agosto del 2015)

⁵⁹ Díaz, P. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio. FUNDACIÓN MAPFRE, 2008. Pág. 3

⁶⁰ Jouvin Aráuz, C. y Rodríguez Murillo, C. "IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS". ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 11

1.8. Clasificación.

Para César Alberto Jouvin Aráuz y Carlos Alberto Rodríguez Murillo, analizando su obra, los seguros se pueden clasificar de diversas formas, dependiendo de la función que el seguro esté prestando. Los seguros se dividen en seguros sociales, según se hallen a cargo del Estado, y seguros privados, en su función de tutela o de la actividad aseguradora privada⁶¹. Ahora bien, los seguros son:

1.8.1 Seguros sociales

Para César Alberto Jouvin Aráuz y Carlos Alberto Rodríguez Murillo, los seguros sociales tienen por objeto amparar a la clase trabajadora contra ciertos riesgos, como la muerte, los accidentes, la invalidez, las enfermedades o la maternidad. Son obligatorios, sus primas están a cargo de los asegurados y empleadores, y en algunos casos el Estado contribuye también con su aporte para la financiación de las indemnizaciones. Otra de sus características es la falta de una póliza, con los derechos y obligaciones de las partes, dado que estos seguros son establecidos por leyes y reglamentados por decretos, en donde se precisan esos derechos y obligaciones⁶².

El asegurado establece al beneficiario del seguro, y si faltase esa designación serán beneficiarios sus herederos legales, como si fuera un bien ganancial, en el orden y en la proporción que establece el Código Civil. Por consiguiente, producido el fallecimiento del asegurado las instituciones gubernamentales abonan el importe del seguro a los beneficiarios instituidos por aquél o a sus herederos. El sistema de previsión de jubilaciones no es técnicamente un seguro, aunque por sus finalidades resulta análogo. Permite gozar de una renta a los jubilados y cubre los riesgos del desamparo en que puede quedar el cónyuge y los hijos menores de una persona con derecho a jubilación, ordinaria o extraordinaria, a la fecha de su fallecimiento.

⁶¹ Jouvin Aráuz. C. y Rodríguez Murillo, C. "IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS". ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 11

⁶² Jouvin Aráuz. C. y Rodríguez Murillo, C. "IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS". ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 11.

1.8.2 Seguros privados

Para César Alberto Jouvin Aráuz y Carlos Alberto Rodríguez Murillo, estos tipos de seguros son contratados directa y voluntariamente para cubrirse de ciertos riesgos, mediante el pago de una prima que se halla a su cargo exclusivo⁶³. Los seguros privados se concretan con la emisión de una póliza, en la que constan los derechos y obligaciones del asegurado y asegurador. En la mayoría de países los seguros privados son explotados, en su mayoría por compañías privadas, mutualidades y/o cooperativas. Pero también en algunos países el Estado por intermedio de diferentes instituciones hace seguros de distintos o igual tipos como las aseguradoras privadas. De acuerdo con su objeto los seguros privados pueden clasificarse en seguros sobre las personas y seguros de daños. En el presente estudio se analizará lo correspondiente al Seguro Privado.

1.9. Institucionalidad de Seguros en el Ecuador.

En diciembre de 1933 se expidió una ley que concedía a la Superintendencia de Bancos cierto control sobre la actividad de seguros. El 31 de diciembre de 1937 se expidió una nueva Ley sobre Inspección y Control de Seguros, que, en relación con la anterior, eliminó la palabra compañías e incorporó nuevas reformas.

En 1966 se dictaron los decretos supremos N° 1320 y 1346, publicados en los Registros Oficiales N° 145 y 149 del 21 y 27 de octubre de 1966 respectivamente, los cuales fueron codificados por la Superintendencia de Bancos con Resolución N° 6709-S de 28 febrero de 1997, configurando la Ley General de Compañías de Seguros, la cual se mantuvo vigente por tres décadas, hasta ser sustituida en 1998 por la Ley General de Seguros, la misma que fue codificada por la Comisión de Legislación y Codificación en el año 2006. Por Mandato de la Disposición General Décima Octava del Código Orgánico Monetario y Financiero, La Ley General de Seguros es agregada como Libro III de este cuerpo legal. Dado por Ley No. 00, publicado en Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre del 2014; además, se sustituyó en todo el texto "Superintendencia de Bancos y Seguros" y

⁶³Jouvin Aráuz, C. y Rodríguez Murillo, C. "IMPACTO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN ECUADOR: EVOLUCIÓN E INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA DEL PAÍS". ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL. Guayaquil: Ecuador. Pág. 11

"Superintendente de Bancos y Seguros" por "Superintendencia de Bancos" y "Superintendente de Bancos", respectivamente. Además de Sustituir en todo el texto "Superintendencia de Compañías y Valores" y "Superintendente de Compañías y Valores" por "Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros" y "Superintendente de Compañías, Valores y Seguros", respectivamente.

Como podemos observar, el Ecuador ha modificado continuamente las leyes relativas al seguro privado, incluso algunas de ellas han permanecido vigentes muy poco tiempo. Este hecho responde a que las leyes deben adecuarse al desarrollo de la sociedad.

1.10. Órgano de Control, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

El Dr. Diego García, considera que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano⁶⁴.

Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

El objetivo fundamental de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es de controlar, vigilar y promover el mercado de valores, el sector societario y de seguros, mediante sistemas de regulación y servicios, contribuyendo al desarrollo confiable y transparente de la actividad empresarial en el país.⁶⁵

Dentro del ámbito de aplicación de la Ley General de Seguros artículo 1, se establece que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es el órgano

⁶⁴García, D. (Julio de 2011). Universidad San Francisco de Quito. Recuperado el Agosto de 2015, de Alcance, aplicacion y limites de la facultad que le otorga el inciso cuarto del articulo 42 de la Ley General de Seguros a la Superintendencia de Bancos y Seguros:<http://repositorio.usfq.edu.ec> Pág. 40-43 (Acceso: 15 de agosto del 2015)

⁶⁵<http://www.supercias.gob.ec/portal/>.

llamado a vigilar y controlar la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción de quienes integran el sistema de seguro privado.⁶⁶

La Constitución de la República del Ecuador, artículo 213⁶⁷, dispone que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general; actúan de oficio o por requerimiento ciudadano, y sus facultades específicas y áreas de control, auditoría y vigilancia, se determinan en la ley.

En el Código Orgánico Monetario y Financiero, cuyo artículo 78⁶⁸, atribuye a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la facultad de ejercer la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión del régimen de seguros en el Ecuador.

Las principales funciones de la Superintendencia son:

- Supervisar en forma regular y permanente las actividades de las entidades controladas (aseguradoras, reaseguradoras, peritos, asesores productores de seguros, e intermediarios de reaseguros), mediante auditorías in situ y extra situ, vigilando que su accionar se ciña a las leyes y normas, con el fin de asegurar su solvencia patrimonial y rectitud de procedimientos, en salvaguarda de los intereses de los usuarios y del sistema.
- Atender y resolver reclamos y denuncias que presenten usuarios contra entidades controladas.
- Sancionar a las entidades controladas infractoras de la ley.
- Expedir normativa que es de su competencia, y proponer normativa que corresponde expedir a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.
- Disponer la adopción de programas de regularización a las empresas controladas que por su situación lo requieran, así como la intervención, disolución y liquidación forzosa.

⁶⁶ Ley General de Seguros, Art. 1.

⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador, Art. 213.

⁶⁸ Código Orgánico Monetario y Financiero, Art. 78.

- Conocer y aprobar actos societarios de las entidades controladas, como son la constitución, fusión, reformas estatutarias, cambio de denominación.

CAPÍTULO II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LO QUE SE CONSIDERA COMO ACTO ADMINISTRATIVO.

Una vez analizada la Institución del Seguro en general, considero importante referirme a algunos aspectos de reflexión en torno al acto administrativo y a los actos de simple administración, dado que entre los objetivos de mi tesis está el analizar la naturaleza jurídica del oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 de emitido el 24 de marzo de 2009 por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, en el que se dispone que las entidades públicas contraten obligatoriamente de forma directa con la compañía de Seguros Sucre, que es de propiedad del Estado Ecuatoriano. Además, ordena que las Máximas Autoridades de las Entidades Contratantes sean las que determinen los requisitos a cumplirse en los procesos de ésta índole, sin que se cumpla lo establecido en el marco legal y reglamentario vigente, para los procesos de contratación pública en el Ecuador.

Para el objetivo expuesto, será importante realizar un análisis general que nos permita tener los elementos de información suficiente para poder dilucidar si el antes referido oficio circular es o no un acto administrativo, o en su defecto un acto de simple administración, que no es otra cosa que una expresión o manifestación de la voluntad de la administración, pero con diferentes efectos jurídicos a los un Acto Administrativo.

2.1 Concepto de Acto Administrativo

Intentar acercarnos a un concepto sobre el acto administrativo, podría parecer una simple tarea, pero si nos ligamos o nos dejamos llevar por los tantos formulismos jurídicos en los que a veces nos centramos al momento de dar definiciones, pudiéramos pecar de parcos, y más allá de la parquedad se pudiera llegar a un concepto errado desde su misma base. Lo que se pretende no es llegar a una simple noción sobre acto administrativo, sino lograr comprender el alcance del mismo, así como sus especiales características y la vinculación del mismo en nuestro Estado de Derecho.

Sin espacio para dudas el acto administrativo ha sido una de las figuras del Derecho Público más estudiadas en la contemporaneidad, sin embargo, aún en la

actualidad existen disimiles diferencias de criterios sobre tan importante institución.

Tal como comenta Agustín Gordillo, en ocasiones algunos teóricos han intentado la definición de acto administrativo partiendo desde la función administrativa misma; sin embargo, y a pesar de que no significa una aproximación del todo errónea, pudiera eliminar otras variantes que se han adoptado para la configuración del acto administrativo sobre todo porque suele fundarse en elementos que son más accidentales que globales en la realidad administrativa y que por tanto pudieran terminar siendo solo imperfectas e incompletas⁶⁹.

Una de las tesis más usuales para diferenciar el acto administrativo, es aquella a la cual acuden muchos teóricos de centrar el motivo de diferenciación, partiéndose en diversas ocasiones, en un intento de definición, de la jurisdicción que debería conocer, en caso necesario, de la revisión del acto en cuestión, considerándose que si el acto es revisado en la jurisdicción contencioso-administrativa, estamos entonces en presencia de un acto administrativo, mientras que el acto no adquiere esta clasificación si su revisión se somete a jurisdicción diferente.

Desde mi punto de vista, criterio con el que es coincidente un gran sector de la doctrina administrativista, llevar a cabo la aproximación a un concepto siguiendo el refrendado elemento sería una noción errada, pues no por ser revisado en sede contencioso-administrativa el acto adquiere naturaleza administrativa, sino todo lo contrario. Apoyándonos en este sentido, Agustín Gordillo sustenta que debemos tener bien presente que se acude a esta jurisdicción una vez que ha sido definida, de acuerdo a otros criterios que valoraremos, como la naturaleza administrativa del mismo. Así, tampoco se justificaría el afirmar que la institución que calificaría al acto administrativo es el recurso o la acción contencioso-administrativa, siendo estos solamente algunos de los aspectos que forman parte del régimen jurídico que se analiza⁷⁰. De esta manera se convierte por tanto necesario acudir a otros elementos que permitan llevar a cabo una definición

⁶⁹ Gordillo, A. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo III (1990) pág. 71

⁷⁰ Gordillo, A. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo III (1990). pág. 73

completa de cuando estamos en presencia de actos administrativos –o públicos- y actos privados.

Para el catedrático español Boquera Oliver, “(...) el único modo lógicamente posible de distinguir el acto público del acto privado es acudir a la manera de producirse los derechos y las obligaciones”⁷¹. Siguiendo con esta línea de discusión, José María Bloquera, apoya la noción de la concepción esgrimida sobre los actos públicos, estos serían entonces, aquellos creadores de situaciones jurídicas aplicadas a los destinatarios, sin importar si estos consienten o no, imputándose unilateralmente obligaciones y derechos, mientras que los efectos que generan los actos privados son impuestos a los sujetos solo si estos los acepta, pues la declaración de voluntad emanada de un sujeto privado solo puede generar derechos y obligaciones para los propios declarantes.⁷²

Desde mi posición, el alcance de los efectos de determinado acto, sean estos de aquellos que imponen derechos y obligaciones a terceros –actos públicos-, o sean de los que requieren la manifestación de voluntad que acepte los mismos –actos privados-, nos sitúa en similar situación del patrón anteriormente analizado, toda vez que la magnitud de estos efectos estará determinada por la naturaleza del acto, la cual vendrá marcada por otras peculiaridades que deberán aún ser analizadas.

Si seguimos entonces un sentido exclusivamente material, sería de carácter administrativo toda manifestación de voluntad que provenga de un órgano u organismo del Estado, siempre que el mismo tenga sustancia administrativa, es decir, siempre que del contenido del mismo se pueda de alguna manera inferir en el cumplimiento de funciones administrativas, mientras que un análisis exclusivamente formal situaría la definición exclusivamente en la naturaleza del órgano que manifiesta la voluntad, siendo por tanto administrativos solo los actos que provengan de la Administración Pública.

Teniendo en cuenta que los órganos del Estado pueden dictar actos con contenido legislativo –que no se identifica con el contenido del acto

⁷¹ Boquera Oliver, J.M. “Criterio Conceptual del Derecho Administrativo” (1993) pág. 121

⁷² Boquera Oliver, J.M. “Criterio Conceptual del Derecho Administrativo” (1993) pág. 121.

administrativo-, estos criterios por sí solos tampoco resultan suficientes para llevar a cabo una definición completa.

Para llevar a cabo una completa integración del concepto de acto administrativo se vuelve indispensable realizar una conjugación de los puntos de vista formal y material, es decir, tener en cuenta al momento de la conceptualización e identificación tanto el órgano del cual emana como su contenido y la función que se está llevando a cabo al momento de dictar el mismo.

Es así que, según nuestro criterio el concepto más acabado del acto administrativo pudiera ser aquel establecido por el profesor Héctor Garcini Guerra, que lo define como: “(...) la declaración de voluntad, de juicio de conocimiento o de deseo realizado por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria”⁷³.

De la misma manera que la función legislativa se manifiesta y concreta en la elaboración de normas generales y la judicial en las sentencias, la Administración formaliza su función gestora con repercusión directa o indirecta en los intereses, derechos y libertades de los ciudadanos a través de los actos administrativos.

A manera de conclusión parcial pudiéramos entonces afirmar que el acto administrativo, entendido como categoría jurídico-administrativa, debe emanar de un órgano de la Administración del Estado, ser una manifestación de voluntad de su potestad administrativa y contener una declaración concreta que produzca un efecto jurídico-administrativo inmediato.

A mi criterio, después de haber analizado varias definiciones en doctrina y en la normativa vigente en nuestro país, puedo resumir que el Acto Administrativo, es aquel acto que se declara de forma unilateral, por un órgano competente y en ejercicio de la función administrativa, sin ser necesaria la voluntad del receptor del acto, con efectos jurídicos individuales y que se ejecutan en forma directa e inmediata, es decir que surgen del propio acto y no se subordinan a la emanación de un acto posterior.

⁷³ Garcini Guerra, H. “Derecho Administrativo”. Editorial: Pueblo y Educación. La Habana, 1986. pág. 109.

2.2 Características del acto administrativo.

A través de la conceptualización del acto administrativo han sido abordadas algunas de sus características más notables, sin embargo, en este momento resulta oportuno señalarlas sistematizadamente, así como exponer otras que igualmente ayuden a la consecución del objeto del presente estudio.

- Formalmente son actos que emanan de la Administración Pública o se producen en el ejercicio de la función administrativa, constituyendo por tanto declaraciones unilaterales de la misma.
- Una vez dictado el acto administrativo produce efectos jurídicos directos o inmediatos, pese a la posibilidad de posterior impugnación, pero aun siendo este el supuesto, solo un mandato judicial o de la Administración puede anular sus efectos.
- Rige como principio ineludible en la conformación y contenido de los mismos su necesaria subordinación a la Ley, debiendo seguir un procedimiento formal previamente establecido para su emisión, así como ser emitidos por órgano competente.
- Por la importancia de los mismos son controlables judicialmente, pudiendo ser impugnados previo accionar de persona, natural o jurídica, que demuestre interés legítimo.
- El acto administrativo vincula a un sujeto o sujetos determinados o determinables y se refiere a un supuesto de hecho concreto (de ahí que se considere como productor de efectos de forma individual o concreta).
- Los actos administrativos producen como efecto principal la creación, modificación o extinción de derechos de los administrados, debido a la característica de individualidad de los mismos.
- Pueden ser emitidos por cualquier órgano de la Administración Pública o que realice una función administrativa, por ser una facultad propia que acompaña el desempeño de la función administrativa y responde a procedimientos propios de elaboración.

- Necesita para ser eficaz de la notificación a los interesados, requiriendo para surtir efectos solamente que el destinatario conozca con certeza el contenido del acto.
- La revocación de los actos administrativos no se presenta de manera totalmente libre, pues, en el caso de que de un acto administrativo se deriven derechos a favor del destinatario, su revocación estará sujeta al cumplimiento previo de ciertos requerimientos (como la declaración de lesividad de ese acto), establecido en el propio orden normativo. Los derechos adquiridos a raíz de un acto administrativo por su destinatario se erigen así en un impedimento a la libre revocación de los mismos.

2.3 La legalidad del acto administrativo y el Estado de Derecho.

La mayoría de los estudios sobre el acto administrativo se han centrado en aspectos teóricos, más bien conceptuales sobre el mismo, estudios que, si bien se vuelven referencia obligada para todos aquellos que en un momento determinado vuelquen sus miras hacia esta institución, en ocasiones pecan al dejar de lado otros aspectos medulares sobre el mismo.

En este sentido me refiero a la tan importante relación que puede tener, y de hecho tiene, el acto administrativo en la configuración de un Estado de Derecho, requiriéndose, en consecuencia, saber, en primera instancia, que le sirve de punto de apoyo, siendo de esta manera sobre la base obligada de la cual deberá siempre erigirse cada uno de los actos administrativos.

En pocas palabras, y sin ánimo de hacer de un intento de conceptualización el centro de nuestro estudio, el Estado de Derecho no es más que la sujeción del Estado al Derecho. El profesor español Elías Díaz lo define como “el Estado sometido al Derecho; es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad general”⁷⁴.

⁷⁴ Díaz, E. “Estado de Derecho y Sociedad Democrática”. Cuadernos para el diálogo: Madrid, 1998. pág. 29

Esta conceptualización, desde su surgimiento, implicó todo un cambio de paradigma, no sólo en la forma de entender al Estado, sino también en la función del propio Derecho como límite regulador de la autoridad estatal.

Muchas han sido las consideraciones brindadas sobre los requisitos que deben ser cumplidos. Para Diego García Ricci, se hace imposible llevar a cabo una enumeración exhaustiva, porque de cualquier manera siempre dependerá del momento social que se viva y del sistema de Derecho imperante.

Sin embargo, desde nuestra consideración los mismos pudieran verse resumidos en los siguientes cuatro pilares⁷⁵:

- División de poderes;
- Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material;
- El imperio de la ley: y,
- Legalidad de la administración.

Nos detendremos solamente en los relativos al imperio de la ley y a la legalidad de la Administración, no por ser los más importantes, pues de conjunto, y solo de conjunto, pueden conformar el Estado de Derecho, sino porque son estos dos aquellos que guardan una relación directa con el actuar de la Administración al momento de dictar un acto administrativo determinado.

Es preciso mencionar que, a raíz de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, en su artículo primero se hace referencia a que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos, mediante esta distinción se intenta priorizar los derechos y garantías constitucionales, con el fin de fortalecer la relación entre la sociedad y el Estado⁷⁶. Esto no quiere decir, que no se respete la supremacía y jerarquización de la norma, ya que estos conceptos están plenamente establecidos en la Constitución y deben ser de cumplimiento obligatorio en el territorio nacional, más aún cuando se trata de la Administración Pública.

⁷⁵ García Ricci, D. “Estado de Derecho y Principio de Legalidad”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos: México, 2011. pág. 74

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 1.

2.4 El imperio de la Ley y la legalidad de la Administración

Asumido ha sido por todos que el imperio de la Ley viene a ser la característica fundamental de cada Estado de Derecho, siendo esta la manera en la cual se concreta la voluntad general. Cada una de las leyes, en sentido genérico, y siguiendo el orden jerárquico, se encuentran en conexión y subordinadas a la Constitución o Ley de Leyes por lo que “el término “imperio de la ley”, esto se encuentra íntimamente ligado con la democracia, pues para que haya Estado de Derechos se requiere forzosamente que la ley sea el producto de la representación popular, por lo que se excluye el derecho creado por una sola voluntad individual”⁷⁷.

Nos atreveríamos a afirmar que no solamente se encuentra vinculado este imperio de la Ley con la democracia que deberá existir al momento de dictarse una Ley, sino también con la observancia de las mismas cuando se llevan a cabo normativas de inferior rango y en las cuales, por el propio procedimiento establecido, la participación ciudadana disminuye.

De esta manera en estrecha relación con el imperio de la ley, encontramos la legalidad en el actuar de la Administración, implicando este principio el solo sometimiento de la Administración Pública a los actos que se encuentran permitidos por Ley⁷⁸.

Asimismo, el principio de legalidad se encuentra estrechamente vinculado al de división de funciones, toda vez que ambos tienen como objetivo final aquel de impedir el abuso de poder. En palabras del clásico Montesquieu en “El espíritu de las leyes”, “es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.

El principio de legalidad se erige, así como fuente y límite del actuar administrativo reconociendo la supremacía que deberá tener la Constitución en cada ordenamiento jurídico y por tanto su supremacía se proyecta en el bloque

⁷⁷ García Ricci, D. “Estado de Derecho y Principio de Legalidad”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos: México, 2011. pág. 76

⁷⁸ En este sentido resulta válido aclarar que el principio de legalidad cambia su concepción en dependencia de la rama del Derecho a la que se refiera, así en el ámbito del Derecho Privado se refiere a la actuación en función de todo lo que no se encuentre expresamente prohibido, mientras que, para el Derecho Público, como bien nos encontramos analizando solo se podrá actuar en función de lo expresamente permitido.

normativo. En este sentido dicho principio debe garantizar y traducir “actitudes y respuesta que se reclaman en un Estado de Derecho de base constitucional”⁷⁹.

Partiendo de lo analizado podremos entonces afirmar que el principio de legalidad se erige como cimiento de cada sistema administrativo, imponiéndose la necesidad de desentrañar el alcance del mismo y la garantía de su vigencia, partiendo fundamentalmente del reconocimiento constitucional del mismo⁸⁰.

Para Luis Díez-Picazo, “(...) la idea del principio de legalidad podría entenderse como sinónimo de supremacía de la ley o, lo que es lo mismo, de subordinación a la ley de todas las demás fuentes del derecho”⁸¹. Entonces, el poder estatal se encuentra sometido a normas jurídicas que se encuentran ya preestablecidas, siendo así que las personas obedecen principios y leyes por encima de la voluntad de los funcionarios. Este poder estatal sólo puede ser expresado a través de actos que se sometan a las reglas, no puede depender solamente del poder mismo; por tanto, tal como lo describe Juan Igartua Salaverría:

“(...) cualquier afectación a este principio, o la superposición de actos de poder, indican que el Estado de Derecho ya no rige, porque en tal sistema los gobernantes son simples ejecutores de las normas, y porque incluso su reforma está sometida a procedimientos legales preestablecidos, sin que tal reforma quede librada a la voluntad o ideología de quien ejerce el poder”⁸².

Este paradigma del Estado de Derecho ha situado a la Ley como acto normativo supremo e irresistible, al cual no puede oponerse, ningún otro derecho, sin importar la forma que revista o su fundamento. A pesar de que abarca todo el ordenamiento jurídico, aunque con los matices propios de cada rama, y el espacio en el cual se desempeña es mucho más amplio que el administrativo, en función

⁷⁹ Espinosa Velasco, S. “El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008” (2010) pág. 52

⁸⁰ El artículo 226 de la Carta Magna de la República del Ecuador reza: Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución

⁸¹ Díez Picazo, L. “Constitución y Fuentes de Derecho”. Revista española de Derecho Administrativo, No. 21, 1979. pág. 86.

⁸² Igartua Salaverría, J. “Sobre principios y positivismo legalista”. Revista Vasca de Administración Pública nº14. pág. 14

del presente estudio nos limitaremos al estudio del mismo en este ámbito, más específicamente en lo relativo a la legalidad del acto administrativo.

2.5 . La legalidad del acto administrativo

En función de mantener los pilares de cada Estado de Derecho, resulta claro decir que será el principio de legalidad aquel que deberá ser la pauta principal, la mira a seguir de cada actuar de la Administración Pública al momento de tomar decisiones de cualquier índole, centrándonos en este momento en aquellas decisiones que revisten la forma de los actos administrativos.

Para Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su obra “Curso de Derecho Administrativo”, el principio de legalidad de la Administración, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuible a las potestades de la administración. Entonces, la legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta, así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración, no puede actuar simplemente.⁸³

En el gobierno supremo del Derecho, los órganos del Estado, y por ende la Administración Pública, deberán ajustar su conducta a los dictados del mismo. Ahora bien, de acuerdo a Alfonso Nava Negrete, por ser el acto administrativo vehículo de esa conducta, su creación obedece necesariamente los imperativos del Derecho, del principio de legalidad⁸⁴. A partir del tan aludido principio, la ley se convierte en el fundamento de la facultad que tiene la Administración de dictar actos administrativos, pues es la norma la que da el poder a la Administración Pública de crear e imponer a terceros de manera unilateral las situaciones jurídicas que surgen con el acto administrativo, tal y como ha sido ya analizado, pero siempre con la condición de que se encuentren

⁸³ García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. “Curso de Derecho Administrativo I”. Civitas Ediciones: Pamplona, 2006. pág. 449

⁸⁴ Nava Negrete, A. “La legalidad de los Actos Administrativos”. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/5/pr/pr16.pdf>. pág. 403

en pos de la satisfacción de las necesidades de la colectividad y del interés público.

Seguido del principio de legalidad que acompaña, o deberá acompañar, al acto administrativo, y partiendo del sujeto que lo dicta –la Administración Pública-, cuyo único interés se presume sea el interés de la colectividad y la realización de funciones públicas, el acto administrativo viene siempre de la mano de la presunción de legalidad del mismo, siendo por ello que desde el momento en que se dictan despliegan todos y cada uno de los efectos jurídicos que están llamados a surtir.

En este sentido es importante destacar que, siguiendo la línea de la presunción de legalidad, esta puede ser de Derecho y, de hecho, la primera conocida en latín como *iuris et de iure*, en la cual no se admite prueba en contra y por otro lado, está la presunción de hecho conocida como *iuris tantum*, que por el contrario si admite una prueba frente al acto administrativo, pero de manera invertida a favor de la administración. Cabe señalar que la presunción de hecho se encuentra claramente señalada en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículos 68 y 125.

Entre las consecuencias frente a la presunción de legitimidad, tenemos que no es necesario que sea declarada por Autoridad Judicial, no puede declararse la nulidad de los actos administrativos de oficio, sino a petición de parte y solicitada por el interesado, el administrado puede alegar y probar.

En palabras de José María Boquera, las obligaciones y los derechos crean, viven, y cumplen su misión, mientras que no se demuestre y declare que es falsa la presunción de legalidad en que descansan. Cuando la presunción que sirve de fundamento a su poder de creación e imputación de efectos jurídicos se destruye, sus efectos desaparecen.⁸⁵

Es así que cuando la Administración Pública, al momento de dictar el acto administrativo se separa o se desliga del principio de legalidad, afecta con ello el Estado de Derecho instaurado, demostrándose que el acto administrativo no trata de alcanzar el fin público que lo justifica, o aun

⁸⁵ Boquera Oliver, J. Ob. Cit. pág. 86

tratándolo no lo consigue, o si se separa de la legalidad para alcanzarlo, sus efectos jurídicos podrán ser declarados anulables.

El principio de legalidad en materia administrativa puede entonces traducirse como el fundamento en virtud del cual todos los actos administrativos relacionados con todo el actuar de la Administración, especialmente con la contratación, manejo y disposición de los bienes y servicios del sector público, deben estar sometidos a las leyes y deberle obediencia solamente a ellas, poniéndosele ese especial límite a las arbitrariedades que de ser diferente pudiera llevar a cabo la Administración Pública.

Es por ello que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 226, dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, servidoras y servidores públicos y todas las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la constitución y la Ley⁸⁶, es decir que se debe cumplir con el Principio de que en Derecho Público se hace lo que esta rescrito, lo demás es prohibido o ilegal.

2.6 Actos normativos o reglamentarios y el Acto administrativo

Es necesario analizar las diversas formas de manifestación de la administración pública, entre las cuales se encuentra el ya mencionado acto administrativo, los actos de simple administración, actos normativos o reglamentarios, entre otros, por lo cual en este trabajo me permito realizar un pequeño enfoque y diferenciación de las tres manifestaciones la administración pública.

Teniendo en cuenta la afirmación realizada con anterioridad relativa a que la potestad administrativa que da nacimiento al acto administrativo es sustancialmente diferente a la potestad reglamentaria –que da lugar a los reglamentos-, se hace entonces necesario esbozar, en breves notas, las corrientes doctrinales que de manera más acentuada diferencian estas dos instituciones jurídicas: el acto administrativo y el reglamento.

⁸⁶ Constitución de la República, Art. 226

En palabras de Ramón Parada, de la misma manera en que la función legislativa se manifiesta y concreta en la elaboración de normas generales y la judicial en las sentencias, la Administración formaliza su función gestora con repercusión directa o indirecta en los intereses, derechos y libertades de los ciudadanos a través de los actos administrativos⁸⁷.

Según algunas legislaciones y doctrinas foráneas queda limitado el concepto de acto administrativo a los actos que, si bien pueden tener uno o varios destinatarios, excluye el concepto de reglamento, que no es más que la norma jurídica emanada de la Administración Pública y de otros órganos que realizan función administrativa, en virtud del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Retomando al Dr. Ramón Parada, esta posición se justifica al señalar que la diferencia entre uno y otro no se da solo en el número o entidad de los destinatarios, los cuales son generales o indeterminados para el reglamento, determinados para el acto individual, sino también respecto al grado y a la calidad de su contenido, toda vez que el reglamento crea o innova derecho objeto y el acto lo aplica⁸⁸.

Partiendo de un concepto amplio de acto administrativo, de acuerdo a lo sostenido por el Dr. Adry Matilla Correa, este acto es una declaración realizada por la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos.

Un sector doctrinal considera que el reglamento es un tipo de un acto administrativo, particularmente una especie de acto administrativo general. Desde este punto de vista, los reglamentos vendrían a ser actos administrativos generales y por lo tanto deben compartir el régimen aplicable a los actos administrativos⁸⁹.

En el fondo de esta teoría subyace el planteamiento de que las semejanzas que existen entre el reglamento (un acto administrativo general) y el acto administrativo en sentido estricto (acto administrativo individual) tienen un peso determinante y por ello comparten la misma naturaleza jurídica.

⁸⁷ Parada, R. "Conceptos y fuentes del Derecho Administrativo". Ed. Civitas: Madrid, 2008. pág. 70

⁸⁸ Parada, R. "Conceptos y fuentes del Derecho Administrativo". Ed. Civitas: Madrid, 2008. pág.70.

⁸⁹ Matilla Correa, A. "Las fuentes del Derecho Administrativo". Editorial Félix Varela: La Habana, 2003. pág. 56.

Sin embargo, independientemente de las similitudes que se han encontrado entre ambas instituciones, existen diferencias que han sido acentuadas, tanto desde el punto de vista doctrinal como práctico, y es a raíz de esas diferencias que se ha refutado y atacado la idea de que el reglamento constituye una especie de acto administrativo.

Este sector de la doctrina, con el cual me siento identificada, considera que el reglamento y el acto administrativo son dos instituciones esencialmente diferentes y, en consecuencia, están sometidos a regímenes jurídicos distintos; por lo que los puntos de distinción son mucho más apreciables que los que puedan tener en común e inclinan la balanza hacia una separación sustancial entre ambos institutos⁹⁰.

2.7 Concepto de Actos de simple Administración o simples actos

Según Roberto Dromi, en su libro "Derecho Administrativo:

“El simple acto de la administración es la declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta. Son simples actos de la administración, las propuestas y los dictámenes”⁹¹ (Dromi)

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su artículo 70, manifiesta que los Actos de simple administración son:

” Toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia”⁹²

Los efectos de un acto de simple administración son entre otros: Indirectos, no afectan a la decisión final de la administración, son necesarios para la formación de un acto administrativo, pero no son de carácter vinculante, en principio no son

⁹⁰ No es objetivo del presente trabajo abarcar las diferencias de ambas instituciones, sin embargo, se impone delimitar el alcance de una y otra a fin de enmarcar el instrumento que será objeto de estudio - Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 24 de marzo de 2009 dirigido por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República a los miembros del Gabinete Presidencial – dentro de una u otra categoría para su efectivo análisis. Sobre las diferencias pormenorizadas entre acto administrativo y reglamento Matilla Correa, A. “Las fuentes del Derecho Administrativo” Op. Cit. pág. 64.

⁹¹ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, editorial Ciudad Argentina, 9na edición.

⁹² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), Art. 70.

propriadamente impugnables, por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa, tal como lo determina la norma antes citada, en su artículo 74. Cabe señalar que lo que se impugna es el acto administrativo como tal, no el de simple administración, éste sirve para dar validez al acto administrativo, pero no es impugnable.

2.8 ¿El Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 de 24 de marzo de 2009, puede ser catalogado como un Acto Administrativo o como un Acto de simple Administración o Reglamentario?

Siguiendo las ideas teórico-doctrinales anteriormente esbozadas consideramos entonces prudente adentrarnos en lo que sería el nudo gordiano de nuestro trabajo, para lo cual nos centraremos en el estudio y análisis del Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 de 24 de marzo de 2009, suscrito por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, mediante el cual se ordena a los miembros del Gabinete Presidencial, realicen contratación directa con Seguros Sucre S.A., sin observar los requisitos establecidos en el marco legal y reglamentario vigente.

Este oficio, en mi criterio, contiene en sí un pronunciamiento y una disposición que ha sido el centro de muchas inquietudes que han girado en torno a si dicho oficio, puede considerarse o no como acto administrativo o qué naturaleza y alcance tiene, así como el estado de detrimento en el cual podría caer el Estado de Derecho en el que posiblemente se violaría uno de los más importantes pilares del mismo: la legalidad.

El principio de legalidad se convierte en uno de los más importantes cimientos del Estado de Derecho, erigiéndose como límite al poder y a las arbitrariedades, por lo cual, el más mínimo menoscabo del mismo -que pueda tan siquiera presumirse de un actuar de la administración pública- es fuente de cientos de sinsabores dentro del mundo de los estudiosos del Derecho.

Es importante resaltar que la Carta Magna de la República del Ecuador de octubre de 2008 vino a establecer nuevos modelos en el ordenamiento jurídico interno, dándole una prevalencia de los derechos de los administrados y a los

principios que, si bien se encontraban reconocidos, comienzan a adquirir nuevos matices, tales como la estricta observancia de la ley.

Es así, que al declararse al Ecuador como un Estado de Derechos y Justicia se considera como finalidad última y el basamento del mismo se encuentra precisamente en la garantía a estos derechos y principios entendidos como fundamentales. Sin embargo, la garantía de estos principios y derechos dependerán en gran medida del actuar de la Administración Pública, la cual desempeña una gran parte de sus funciones a través de la emisión de actos administrativos.

El acto administrativo, como ya he señalado de forma precedente, es una figura que desde la doctrina administrativista tampoco encuentra un real consenso, y todos los acuerdos existentes se desvanecen cuando se someten a estudio actos administrativos que de una manera u otra puedan significar el detrimento de los principios básicos del Estado de Derecho.

Es sobre la base de estos elementos que se encaminará nuestro estudio, el cual se propone como principal objetivo aquel de desentrañar el verdadero concepto, características y alcance de la figura del acto administrativo, así como la vinculación del mismo con el principio de legalidad vigente en todo Estado de Derecho.

En efecto, en el Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 de 24 de marzo de 2009 dirigido por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República a los miembros del Gabinete Presidencial, y sobre todo en su último párrafo, por medio del cual dispone que en materia de contratación de seguros cuando interviene una entidad estatal como contratante, dicha contratación solo podrá llevarse a cabo con aseguradoras estatales, según el texto mencionado sería la Compañía de Seguros Sucre S.A., extendiéndose luego igualmente a la compañía aseguradora Seguros Rocafuerte, contraviniendo de esta forma lo dispuesto por el Reglamento de la materia, que dispone que la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación, hecho que dentro del oficio objeto de esta tesis se contrapone a tal disposición. Lo cual es insólito, que dentro de un país en donde se dice que prevalecen los derechos y la constitución, por

ende, el marco legal y reglamentario vigente, se desconozca lo dispuesto en un Reglamento y se disponga otro procedimiento por medio de un oficio.

Muchos han sido los criterios de los expertos, tanto desde el punto de vista jurídico, como económico, sobre el mandato contenido en el instrumento en cuestión. Con nuestro estudio pretendemos llevar a cabo un acercamiento, desde el punto de vista jurídico, a las mayores trascendencias del mismo.

Antes de llevar a cabo un real acercamiento a las características y consecuencias del Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 considero necesario desentrañar la naturaleza jurídica del mismo.

La primera aproximación sería aquella de que forma parte, lógicamente, de un instrumento de Derecho Público, no solo porque el órgano que lo emite se constituye como órgano de la Administración Pública, sino también por la materia a la cual se refiere. Sin lugar a dudas la misma forma parte de los actos dictados por la Administración en el ejercicio de su función administrativa y por tanto corresponde a esta especial rama del Derecho Público.

Sin embargo, solamente estas notas no alcanzan para dilucidar la total naturaleza del referido Oficio Circular. Si partimos de que se encuentra encaminado a un grupo bien específico y determinado de personas –en este caso los miembros del Gabinete Presidencial- así como que los efectos de los pronunciamientos del mismo están ligados supuestamente con la aplicación del Derecho existente –más concretamente la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de su Reglamento General-, pero que de acuerdo con esta aplicación como ya se analizó se estaría contrariando el procedimiento dispuesto claramente en el Reglamento General, como es el proceso para la Contratación Directa entre entidades del Sector Público. De lo expuesto pudiéramos entonces afirmar que el Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943, en base a nuestra modesta experiencia, no constituye un acto administrativo, sino únicamente es un acto de simple administración, pues está realizado por un Funcionario Público que no tiene la facultad para emitir disposiciones contrarias a las establecidas en el Reglamento, el mismo que está vulnerando el Principio de Legalidad.

También es importante recordar lo que dispone el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en sus artículos 65, 70 y 80, a través de los cuales se llega a diferenciar cada forma de manifestación de la administración pública. Por un lado tenemos el acto administrativo, que se lo ha mencionado durante este estudio y que nos quedó claro que produce efectos jurídicos individuales de forma directa; luego tenemos los actos de simple administración, que si bien es cierto producen efectos jurídicos individuales, estos lo hacen de forma indirecta, como es el caso el Oficio emitido por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, ya que afecta a los administrados a través de actos que deben ser ejecutados consecuentemente de la disposición emitida; y, por último tenemos los actos normativos, que son aquellos que producen efectos jurídicos generales y de forma directa, la Potestad reglamentaria es del Presidente de la República.

Partiendo de principios básicos de todo Estado de Derecho, y teniendo en cuenta la configuración de tal que hace para nuestro caso la Constitución de la República del Ecuador, ha sido en más de una ocasión criticado el Oficio Circular analizado, alegándose fundamentalmente que el mismo se encuentra fuera de los parámetros de los principios constitucionales de legalidad, participación, igualdad, eficacia, eficiencia y transparencia. El principio de legalidad tiene su fundamento, como hemos ya analizado, en el necesario límite al poder arbitrario, teniendo la Administración, como tope en su actuar diario a la Ley.

En el caso del Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943, referido al contrato de seguros cuando intervienen entidades estatales, tiene como antecedente legislativo y motivación a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, notándose claramente que en la Ley Orgánica en mención, no se dispone nada sobre los procesos en los cuales las entidades públicas necesiten contratar seguros, sin embargo en el Reglamento General de la referida Ley, si se establece el procedimiento a ser cumplido previo a suscribirse el contrato de seguros.

Antes de continuar con el análisis que estamos realizando, es imprescindible desentrañar el verdadero alcance de la disposición, al referir:

El texto analizado en cuestión emitido por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República indica que por *disposición del señor Presidente Constitucional de la República* y en aplicación del ordenamiento jurídico vigente, se servirán observar dichas disposiciones para la contratación directa de seguros con la Compañía de Seguros Sucre S.A., observándose al efecto las normas técnicas y de patrimonio correspondientes para el área de seguro⁹³.

Una primera lectura y análisis gramatical de dicha disposición pudiera situarnos ante la interpretación de que el mandato contenido tiene solamente alcance a aquellas contrataciones que se llevarán a cabo con la Compañía de Seguros Sucre S.A., interpretación que, más allá de carecer de lógica jurídica⁹⁴, no es la que en la práctica jurídica ha adquirido.

Según comunicado de prensa “El mercado de los seguros privados, sector que en el 2013 movió \$ 1.659 millones, según la Superintendencia de Bancos y Seguros, muestra preocupación ante el anuncio de que los contratos para los bienes y obras del Estado se direccionarán solo a las empresas estatales: Sucre y Rocafuerte”⁹⁵.

Se encamina así la interpretación a considerar que para el caso de los contratos de seguros que se suscriban, en los cuales puedan participar empresas pertenecientes al sector público, los mismos deberán igualmente suscribirse con la aseguradora estatal, vetando así la posibilidad de llevar a cabo este tipo de contratos con sujetos privados.

Partiendo de este análisis, se han suscitado muchos detractores al oficio en cuestión, analizando sean la trascendencia jurídica del mismo como aquella de índole económico.

Desde el punto de vista jurídico, su principal crítica puede radicar en la peculiaridad de ir en contra de las normas que le sirven de sustento, llevándose a cabo por consiguiente una evidente violación al principio de legalidad.

⁹³ Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943, párrafo final.

⁹⁴ Se afirma que dicha interpretación pudiera carecer de lógica jurídica toda vez que evidente se hace que los artículos de Ley, sin necesidad de mandato ulterior, serían aplicables a la contratación con dicha compañía.

⁹⁵ Diario El Universo. Las aseguradoras del Estado ocupan el 13,9% del mercado. Publicado 14 de abril de 2014

En este sentido son varios los artículos de las referidas normas vigentes en el Ecuador, que en mi parecer se encuentran vulnerados.

En primer lugar, el contenido en el Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 restringe los sujetos de contratación. Ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ni el Reglamento prevén la posibilidad de limitar el ámbito de acción de los sujetos intervinientes en este tipo de contratos, sin embargo, con la disposición de análisis se limita la contratación de los seguros, cuando uno de los sujetos es una empresa estatal, a que el otro sujeto adquiriera igualmente esta naturaleza, e incluso se ciñe la misma a la Compañía de Seguros Sucre S.A., limitando la libre participación de las empresas privadas que pudieran brindar el servicio a ser contratado, generando además una especie de monopolio en el sector asegurador, por parte de la empresa pública.

Igualmente es de destacar que, mediante la implementación de dicha disposición, se están trasgrediendo los procedimientos de contratación que establece el Reglamento General de la materia, pues para el caso específico de la contratación del seguro, existen requisitos que previamente deben cumplirse.

Igualmente, la Ley establece otros procedimientos para este tipo de contratación, que quedan todos limitados, pues al definir el sujeto con el cual deberá llevarse a cabo la contratación provoca que todos estos procedimientos pierdan virtualidad y se conviertan solamente en letra muerta.

El artículo 68 de la Ley Orgánica de la Materia, que es el precepto destinado a establecer los requisitos que se deberán cumplir para llevar a cabo el procedimiento de contratación pública, tampoco ciñe o delimita los sujetos para este o para otro tipo de contrato.

En este sentido pudiera llamar la atención e intentar servir como fundamento al Oficio objeto de este análisis, lo contemplado en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁹⁶, precepto que incluso forma parte de los fundamentos legales consignados en el texto del Oficio Circular, y que establece lo siguiente:

“Art. 2.- Régimen Especial. - Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley,

⁹⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 2, numerales 8 y 9.

bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito (...)

9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo; (...)"

Cabe resaltar que el numeral 9 del artículo de la Ley antes citada, tiene relación con los procedimientos de la contratación de bienes, obras y servicios que celebran las instituciones del Sistema Financiero y de Seguros, más no guarda relación con la contratación de seguros que las entidades del sector público debe hacer con las aseguradoras del Estado.

El procedimiento establecido para la contratación entre entidades públicas o sus subsidiarias, se encuentra regulado en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículos 98 y 99⁹⁷. El artículo 99 *Ibíd*em, dispone claramente el procedimiento para esta clase de contratación, por lo cual me permito transcribirlo en su parte pertinente:

“1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación; aprobará los pliegos, el cronograma del proceso; y, dispondrá el inicio del procedimiento especial;

2. Se publicará en el Portal www.compraspublicas.gov.ec la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, adjuntando la documentación descrita en el numeral anterior y la identificación de la entidad o empresa invitada, señalando el día y la hora en que fenece el período para la recepción de la oferta;

3. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa a la entidad o empresa seleccionada con toda la información que se publicó en el Portal www.compraspublicas.gov.ec;

4. En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal www.compraspublicas.gov.ec;

⁹⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 99.

5. En la fecha y hora señaladas para el efecto, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, se procederá a la recepción de la oferta de la entidad o empresa invitada;

6. La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.”

Desde nuestra perspectiva el contenido del Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943, carece de legalidad, pues claramente se evidencia que emite disposiciones que contravienen a lo establecido en el marco legal y reglamentario vigente, da lugar a la inobservancia de procesos contractuales establecidos en las leyes y Reglamentos.

Más allá de estas deficiencias con trascendencia al contenido constitucional y legal del Oficio Circular analizado, de mi análisis considero que el mismo trae consigo repercusiones de índole económicas que desfavorecen tanto a la Institución Pública en particular, como al sistema de contratación pública de seguros en general.

Finalmente, es preciso enfatizar que, a mi criterio, el Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943, es un acto de simple administración y que, por ningún motivo, se lo puede considerar como un acto administrativo o reglamentario; argumentando, además que no se debería dar cumplimiento a lo dispuesto en él, en vista de que el suscriptor de dicha comunicación, no está facultado para reformar o emitir disposiciones que vayan en contra de un Reglamento. Los funcionarios públicos, debemos considerar siempre en nuestro diario ejercicio lo contemplado en la Constitución de la República del Ecuador, artículo 226: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. (...)”.

CAPÍTULO III. EL CONTRATO DE SEGUROS EN EL ECUADOR Y SU RELACIÓN CON EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1 Introducción.

Las situaciones imprevisibles a las que cada día se ve sometido el ser humano han traído consigo que el Contrato de Seguro haya adquirido en los tiempos actuales un valor incalculable, usado en cada nivel de organización social para proteger la persona misma y el patrimonio en sentido general.

La proliferación en la contratación de seguros ha conducido a que, con la evolución de ésta institución, se vayan configurando diversos mecanismos y vías para llevar a cabo la misma, las cuales en cada caso estarán marcadas por las características propias de quienes intervienen en esta relación contractual como son: el asegurador y el asegurado.

En el presente análisis, nos proponemos abordar las principales peculiaridades en los procedimientos para la contratación de un seguro, fundamentalmente cuando interviene como contratante un ente de carácter público; y como contraparte un contratista proveedor de seguros, que también tiene su naturaleza pública; cuya relación se ve sometida a normas, reglas y principios que resultan completamente ajenos a la contratación en la que solo participan sujetos de carácter privado, cuando se trata de quien brinda el servicio.

Debo señalar que la existencia del Contrato de Seguro presupone una organización desde el punto de vista técnico y económico que sea capaz de brindar una efectiva seguridad al momento de cubrir cada uno de los riesgos previstos, requiriendo en primer lugar la existencia de una entidad de seguros.

Desde el Derecho Comparado es casi generalizado que esta actividad no pueda ser llevada a cabo por personas naturales, debiendo existir asociación para desarrollarla; la cual, en la mayoría de los casos se materializa en forma de sociedades anónimas o mutualistas, e incluso por empresas públicas, existiendo un ente regulador de la materia, que para el caso ecuatoriano sería la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, ente a cargo de la vigilancia y control, de las personas naturales y jurídicas que integran el seguro privado, esto lo dispone la Ley General de Seguros en el artículo 1. Cabe señalar, que, en el

marco legal vigente en el Ecuador, solo consta que el sistema de seguros es privado, no se ha incluido dentro de la ley, disposición alguna sobre el manejo y funcionamiento del sistema de seguros de empresas públicas; sin embargo, entendemos que, al ser la Superintendencia antes citada, el ente de control del sistema de seguros, también vigila y controla a dichas compañías.

En este sentido es válida la clasificación de los seguros que realiza Gunther González entendiéndolo que en dependencia de “si se hallan a cargo del Estado en su función tuteladora o de la actividad aseguradora privada, se dividen en seguros sociales y seguros privados.”⁹⁸

Los seguros con fines sociales son aquellos en función de los empleados a fin de mitigar los diversos acontecimientos a los que se pueden ver sometidos debido al acaecimiento de accidentes de trabajo, jubilación, muerte, maternidad o enfermedades. Es así que pudiéramos mencionar como parte de los seguros con fines sociales el Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el Instituto de Seguridad Social y el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional. Por su parte los seguros privados son aquellos contratos que se conciertan de manera voluntaria y se asumen de manera personal o empresarial a través de la suscripción de la póliza de seguro⁹⁹

Paralelamente a la administración y control ejercidos por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en el sector privado, se han configurado diversos mecanismos jurídicos con el fin de proteger los riesgos que tengan lugar en el ámbito de contratos celebrados con instituciones que forman parte de la estructura estatal. Esta especial contratación de seguros, en la que el ente contratante es una institución estatal y su regulación se encuentra establecida en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema de Nacional de Contratación Pública.

Accidentes, muertes, incendios, enfermedades, éstos son unos pocos ejemplos de los indeseables acontecimientos de los que el ser humano nunca está libre. Muchas veces no los puede evitar, y menos prever cuándo sucederá. Por ello, las

⁹⁸ González Barron, G. 2002. *El contrato de seguro en el Perú*. Jurista Editores. Lima. Pág. 95

⁹⁹MOREJÓN POVEDA, A. 2014 *Ejecución de Pólizas de Fianzas otorgadas por la Compañía de Seguros Centro Seguros a favor del Estado ecuatoriano*, Pág. 43

personas contratan servicios de seguridad, tanto para sus bienes, como para su vida.

Actualmente, la contratación de un servicio de seguros no solamente lo realiza la persona natural, sino que también se han desarrollado planes corporativos para las empresas, e inclusive el Estado contrata a compañías aseguradoras para diversos fines. Dentro de las obligaciones que actualmente tenemos los Funcionarios Públicos, está el de proteger los bienes del Estado, a través de la contratación de Pólizas de seguro, así lo dispone el Reglamento Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencias del Sector Publico, en su artículo 5 que textualmente dice:¹⁰⁰ “Seguros.- La protección de los bienes incluye la contratación de pólizas de seguro necesarias para salvaguardarlos contra diferentes riesgos que pudieran ocurrir, para lo cual, verificarán periódicamente la vigencia y riesgos de cobertura de las pólizas”. Es preciso indicar que los incumplimientos de las disposiciones establecidas en el Reglamento en mención acarrearán responsabilidades, así lo determina el artículo 2 del referido cuerpo reglamentario, el cual tiene estricta concordancia con lo dispuesto en el artículo 233 de la Carta Magna.

3.2 La actividad aseguradora y su relación con el Estado Ecuatoriano.

Las instituciones del Estado ecuatoriano, como entes públicos que forman parte de la vida social, económica y política de la sociedad, no escapan a los riesgos que permiten ser compensados por la existencia de la fórmula del Contrato de Seguros. De ahí que el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, concordante con lo previsto en el artículo 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establecen los procedimientos que deben realizar las entidades del sector público, cuando requieran contratar seguros, con el fin de cubrir los posibles riesgos de los bienes estatales.

Por otro lado, es importante señalar que conforme se desprende de la lectura del artículo 2, numeral 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación

¹⁰⁰ Reglamento Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencias del Sector Publico, Art. 5.

Pública, como antes ya se mencionó, esta disposición tiene la visión de establecer la facultad que tienen las instituciones del sistema financiero y de seguros, para realizar procedimientos de Régimen Especial, en cuanto a la contratación de sus necesidades; es decir, cuando ellas tengan la calidad de Contratantes. Por lo indicado, ésta disposición no faculta a las entidades del sector público, para que puedan realizar procedimientos de Régimen Especial en la contratación de seguros con empresas públicas.

Sin embargo, de lo anteriormente señalado, en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 107, constan los dos procedimientos que pueden realizarse dentro del sector público en materia de seguros, los cuales son: Licitación y Régimen Especial de Contratación Directa. Para que se pueda aplicar el segundo procedimiento citado, debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 99 del referido Reglamento General, esto es que la Máxima Autoridad o su delegado de la Entidad Contratante, debe emitir una resolución, en donde conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación.

De lo expuesto en líneas precedentes, existirían dos posibilidades de intervención de la administración pública en materia de seguros; o interviniendo como asegurador; o como asegurado; conforme se señala a continuación.

3.3 La Administración Pública como ente asegurador.

Este supuesto, de manera general pudiera ser aquel ya analizado, referido a los seguros con fines sociales, donde son los entes de la Administración Pública, los que, en el ejercicio de la función social que están llamados a ejercer, y velando por el interés públicos, asumen la función aseguradora, sin embargo, partiendo de la posibilidad de constitución de sociedades mercantiles con participación pública, bien pudiera ser un caso la existencia de una sociedad aseguradora en la cual la Administración Pública, adoptando la forma de sociedad mercantil, se constituya en ente asegurador.

La actividad que la Administración Pública desarrolle -no en forma directa- a través de una sociedad mercantil encuentra su fundamento en la Constitución de la República que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Pero

como la utilización instrumental de la empresa pública bajo fórmulas jurídico privadas puede, en algunas ocasiones, disuadir la protección de garantías y burlar el cumplimiento de principios generales del derecho, es necesario que la empresa se someta a un conjunto de principios y reglas que la Constitución impone para el ejercicio de las actividades de todo poder público.

En el tema de seguros, estimo que la existencia de empresas públicas en este campo, realmente va en contra de uno de sus factores fundamentales del seguro, que es la transferencia del riesgo, pues al contratar el Estado el seguro de sus bienes con sí mismo, no se cumple con dicha transferencia del riesgo y estaríamos cayendo en una especie de autoseguro, que definitivamente no ésta autorizada ni normada dentro de nuestro marco jurídico vigente.

3.4 La Administración Pública como ente asegurado.

3.4.1 Naturaleza administrativa del Contrato de seguro.

La Administración Pública en el ejercicio de sus funciones, requiere proteger en determinadas circunstancias ante situaciones fortuitas o de fuerza mayor o de cualquier riesgo, los bienes o las funciones que requieren ser salvaguardados, para cuyo caso se debe contratar pólizas de seguro que amparen los diferentes riesgos que pudieran ocurrir, para lo cual, deben los funcionarios verificar periódicamente la vigencia de las coberturas de las pólizas contratadas en cada Entidad.

Es aquí donde, desde mi perspectiva, este Contrato de Seguro perdería su clásica naturaleza mercantil, para en función de los elementos que lo caracterizan, adoptar naturaleza de contrato administrativo, toda vez que el contrato administrativo es aquella manifestación bilateral de voluntades, que tiene de una parte a la Administración Pública y a un particular en el otro extremo de la relación, quien colaborará con aquella para la consecución del objeto inmediato, que será siempre la realización del interés público, razón por la cual se justificará la presencia de cláusulas contempladas en el Derecho Civil; y en caso de conflictos, la solución de los mismos será atribuida a la jurisdicción administrativa.¹⁰¹

¹⁰¹ACOSTA ÁLVAREZ, K. 2014, *Consideraciones sobre el Contrato Administrativo* Pág. 14

Según el artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las entidades contratantes, son contratos administrativos; es decir serían administrativos tanto los contratos celebrados por cualquiera de las entidades contratantes señaladas en el artículo 1 de la referida Ley Orgánica, como también los contratos celebrados por las compañías de seguros en su calidad de entes contratantes previstas en el artículo 2 número 9 *Ibíd.*

Al respecto de lo último señalado, nótese sin embargo que el carácter administrativo al que nos referimos en el párrafo anterior, en relación a las compañías de seguros previstas en el artículo 2 número 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se está refiriendo obviamente a cuando éstas emiten pólizas de seguro, sino en cuanto dichas compañías de seguro contratan obras, bienes o servicios.

En definitiva, de lo expuesto en los párrafos precedentes, se podría señalar que son contratos administrativos, en materia de seguros:

1. Los contratos de seguros contratados por cualquiera de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, independientemente de que el proveedor de seguros sea una persona jurídica pública o privada.
2. Los contratos de obras, bienes o servicios, celebrados por compañías de seguros de propiedad pública, en los que ésta actúe como ente contratante (no como proveedor de seguros).

El objeto de mi tesis analiza el primer caso, es decir aquel en que una entidad de las previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contrata seguros, con un proveedor de naturaleza o propiedad pública.

3.4.2 Importancia de la actividad de seguros en el ámbito estatal.

La actualidad jurídico-social ecuatoriana, en materia de seguros muestra la presencia de aseguradoras del Estado, adquiriendo especial significación, al punto de que los contratos de este tipo que sean suscritos en función de asegurar los bienes y obras del Estado se direccionarán en principio solo a las empresas

aseguradoras de propiedad estatal, de acuerdo a la disposición emitida mediante Oficio Circular Nro. 1.4258-SGJ-09-943 de 24MAR2009, suscrito por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, quien manifiesta que por disposición del Presidente Constitucional de la República, a los Miembros del Gabinete Presidencial, dichas entidades deben realizar la contratación directa con la compañía de seguros Sucre S.A.

Con respecto a esto los especialistas en el tema piensan que pudiera traer como consecuencia que las entidades privadas queden en función solo de una pequeña parte del mercado, reduciéndose la competencia y disminuyendo consecuentemente la eficiencia¹⁰².

No obstante, de ello, lo que si resulta un hecho de difícil discusión es que no siempre el Estado y sus instituciones resultan la clave para afrontar, mediante la concentración de contratos, la realización de determinadas funciones administrativas.

En mi criterio, estimo que es evidente que existen entidades de índole privado, aseguradoras para el caso en cuestión, que tienen los medios y conocimientos más especializados por ramo y que pueden coadyuvar de mejor manera, y con mayor eficiencia, a la consecución del bien común. Por ello no creo prudente que para el Estado sea conveniente contratar solo con empresas públicas lo referente a seguros; añadiendo además, que al disponer que las contrataciones se las realicen solo con empresas públicas se están vulnerando los principios de contratación pública tales como legalidad, trato justo, igualdad, calidad, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional; así como también, se está contraviniendo lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, Capítulo VI Trabajo y Producción, artículo 335, el cual hace referencia a la prohibición de establecer monopolios o abusos de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de conveniencia desleal, en territorio nacional ecuatoriano.

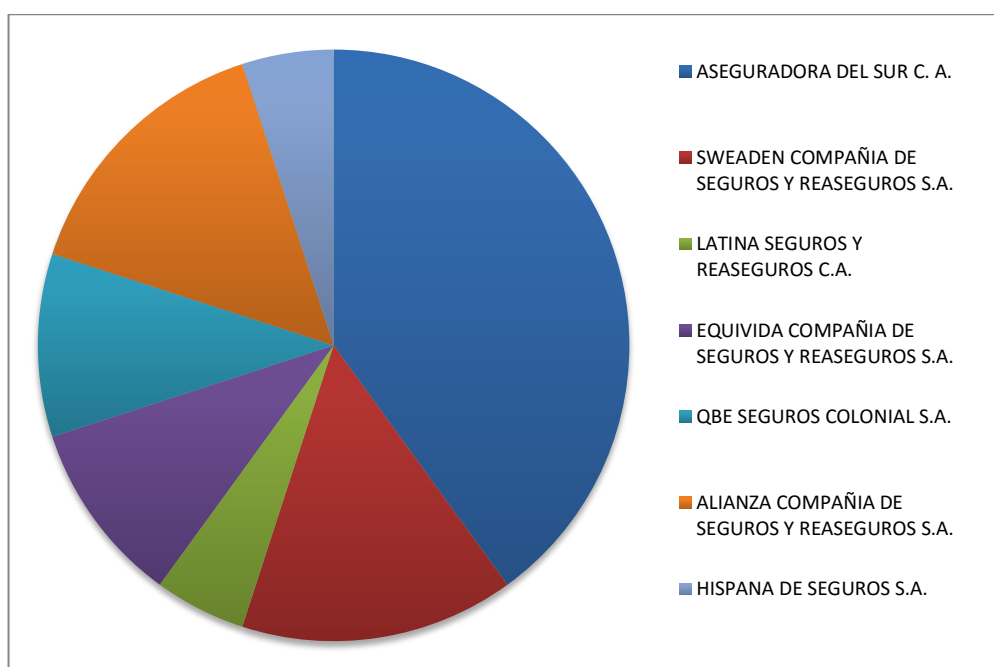
A enero de 2015, de acuerdo a lo manifestado por el ente Regulador de Seguros, éste sistema cuenta con 37 empresas aseguradoras, legalmente

¹⁰² Tomado de <http://www.eluniverso.com/> revisado en fecha 20 de agosto de 2015 a las 4:54 pm

reconocidas por dicha entidad; dos de las cuales son de propiedad pública. Sin embargo, no son sólo las referidas 37 empresas las que intervienen en procesos de Contratación Pública. También lo hacen aseguradoras extranjeras y gestores de seguros como personas naturales.

Tomaremos como referencia el mes de julio de 2015, para hacer un análisis de los procesos de contratación de seguros. En dicho mes, encontramos 18 procesos de licitación de seguros que se encuentran adjudicados y en proceso de registro de los contratos. Cabe anotar que, en dos procesos fueron adjudicadas, dos compañías aseguradoras para que ejecuten el contrato parcialmente.

Gráfico # 1 Comparación dos aseguradoras



Fuente: Análisis del autor.

De las estadísticas antes mostradas, podemos concluir que, en el mes de julio, de las 37 empresas aseguradoras privadas, sólo participaron 7, es decir, el 18.92%. Los procesos fueron para la provincia de Zamora Chinchipe (2), Cotopaxi (1), Manabí (2), Napo (2), Guayas (1), Loja (1), El Oro (1), Chimborazo (1), Morona Santiago (1), Orellana (1), Imbabura (2), Bolívar (1), Pichincha (1), Sucumbíos (1). El 77.78% de los casos estaban destinados a la contratación de seguros para

vehículos, maquinaria pesada, y equipos electrónicos. El resto de casos, estaba destinado a contratación de seguros de vida y accidente.¹⁰³

3.5 Los procedimientos de Contratación de Seguros en la Contratación Pública.

En la actualidad jurídica del Ecuador el tema del contrato de seguros ha ido ganando cada vez más espacios; y, diversas polémicas en torno al mismo se suscitan a cada momento, siendo así que se ha convertido en uno de esos tópicos del Derecho sobre los cuales siempre resultan pocos los estudios existentes, pues la misma naturaleza jurídica del contrato, que lo identifica como aleatorio, trae consigo una serie incontable de situaciones inesperadas e imprevistas.

El contrato de seguros es una figura típica del Derecho Privado, sea este en la modalidad del Derecho Civil o en aquella del Derecho Mercantil, cuando el fin del mismo es asegurar bienes o personas en el ámbito individual o en el comercial, según sea el caso. Sin embargo, cuando en el contrato de seguros intervienen, como parte asegurada un ente de la Administración Pública en cumplimiento de funciones administrativas, es decir, en pos del interés de la colectividad y del resguardo de los bienes del sector público, entonces estaríamos en presencia de un típico contrato de Derecho Público, y por tanto le sería aplicable la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

Ya refiriéndose a los procedimientos mismos de contratación, habría que señalar que, desde el punto de vista etimológico, y en la más sencilla de sus acepciones, la palabra procedimiento significa el método de ejecutar algunas cosas¹⁰⁴. En el caso que sometemos a análisis, hablar de procedimiento en materia de seguros no sería más que el conjunto de pasos que se siguen, o que se deben seguir para llevar a cabo la contratación de un seguro.

En un sentido jurídico el procedimiento sería el conjunto de pasos que se siguen en relación con cualquiera de las instituciones del Derecho y se encuentran contenidos en normas de carácter jurídico, siendo por ello que para llevar a cabo un análisis de los procedimientos que se siguen en materia de seguros, para el caso

¹⁰³Sistema Nacional de Compras Públicas. <https://www.compraspublicas.gob.ec>. (acceso: 27 de noviembre de 2015).

¹⁰⁴ Diccionario De la Real Academia de la Lengua Española, versión digital 2010

que estudiamos aquellos seguros en los que intervienen como contratantes entes de la Administración Pública, se deberá recurrir al análisis y estudios de la legislación que en la actualidad regula el tema en cuestión, o incluso que ha regulado, por la influencia que siempre trae a la actualidad.

Como ha sido ya analizado, cuando en el Contrato de Seguros interviene como ente contratante la Administración Pública, éste contrato adquiere, desde su concepción misma, hasta el análisis de los procedimientos de contratación, especiales características que vienen signadas por la naturaleza del ente contratante.

La contratación de seguros en estos especiales casos en los cuales se da la participación de una empresa pública como proveedora de seguros, como hemos visto en el capítulo precedente, está sometida a diversas polémicas, derivadas fundamentalmente del Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 dirigido el 24 de marzo de 2009 por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República del Ecuador a los miembros del Gabinete Presidencial, por cuanto contraviene al Procedimiento dispuesto en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3.6 Normativa que fundamenta la Contratación de Seguros en materia de Contratación Pública.

El Sistema de Contratación Pública, se creó con los principales objetivos de articular y armonizar todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que se realicen con recursos públicos, innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados y que los recursos públicos que se empleen en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, sirvan como elemento dinamizador de la economía local y nacional¹⁰⁵, con estos

¹⁰⁵ Vid. antecedentes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

fundamentos fue dictada la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

De la revisión del artículo 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública , podemos entender que el objeto “SEGUROS”, al ser contratado por las entidades señaladas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe hacerse a través de cualquiera de los siguientes dos procedimientos: 1) El Régimen Especial de Contratación Directa, cuando el proveedor de seguros sea una empresa de seguros que pertenezca mayoritariamente al sector público; o, 2) El Procedimiento de Licitación, cuando en el proceso de selección del proveedor de seguros puedan intervenir diferentes oferentes sin importar su naturaleza jurídica.

Sin perjuicio de las interpretaciones que al respecto puede existir, considero que los aspectos señalados por un lado en el artículo 2, numeral 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y por otro lado en el artículo 107 de su Reglamento General, se refieren a dos situaciones jurídica y radicalmente distintas.

En efecto, el artículo 2, numeral 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se está refiriendo a los casos en los que la compañía de seguros, sea de propiedad absoluta o mayoritaria del sector público (ejemplo la Compañía de Seguros Sucre), actúa como **ENTE CONTRATANTE**, obviamente de un objeto contractual distinto al de seguros; es decir cuando dicha empresa de seguros actúa adquiriendo obras, bienes o servicios para el ejercicio de su actividad empresarial; para lo cual, la norma legal le dice que se debe observar un régimen especial de contratación. Es decir, este artículo 2 numeral 9, no se está refiriendo al caso en el que la compañía de seguros de propiedad pública está emitiendo pólizas de seguros a favor de asegurados (sean éstos públicos o privados), sino cuando dicha compañía de seguros adquiere para el ejercicio de su actividad empresarial, objetos de contratación como obras, bienes o servicios, para lo cual cumplirá con dicho procedimiento.

Pero el artículo 107 del Reglamento General de la materia, no se refiere obviamente al rol de la compañía de seguros de propiedad pública contratante, sino al rol de la misma como contratista; es decir cuando vaya a emitir pólizas a

favor de los entes contratantes establecidos en el artículo 1 de la LOSNCP; en cuyo caso dice, que de ser el sujeto contratista público, se puede acoger al procedimiento de régimen especial de contratación directa siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 99 del Reglamento General de la Ley Orgánica en mención; es decir como si se tratase de una contratación interadministrativa, en donde el contratante es público y el contratista es público o pertenece mayoritariamente público.

Sin embargo, de la revisión del artículo 99 *Ibidem*, vemos que la contratación directa de carácter interadministrativo no sería “automática”, porque, conforme lo señala el numeral 1 del referido artículo reglamentario, se requiere una justificación de la conveniencia técnica y económica de acogerse a dicho régimen.

Parecería ser, empero, que de la revisión del texto del Oficio Circular No. T.4258-SGJ-09-943 emitido por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, habría la obligación “automática” de contratar directamente a compañías de seguros de propiedad pública, sin el análisis previo de conveniencia técnica y económica dispuesta reglamentariamente; porque parecería ser que no se deja alternativa para analizar la posibilidad de contratar, conforme al procedimiento de licitación previsto en el artículo 107 numeral 2 del Reglamento General citado, es decir con el carácter concursivo, en el caso de que no se logre determinar la conveniencia prevista en el artículo 99 numeral 1 del Reglamento *ibídem*.

En mi criterio particular, más allá del análisis que ya he señalado de forma precedente en esta tesis en cuanto a considerar que el oficio tantas veces citado no constituye en sí mismo un acto administrativo, ni generador de situaciones y efectos jurídicos, considero que aun cuando se alegara lo contrario, es decir, así se pretendiera señalar que dicho oficio tiene el carácter de un eventual acto administrativo, hecho no consentido, éste no puede irse en contra de una norma reglamentaria expresa, como es la contenida en el artículo 99 número 1 del RGLOSNC, pues este artículo no puede ser reformado con un oficio y más aún emitido por un funcionario que, por más autoridad o poder que ostente, no está en capacidad “persé” para reformar normas reglamentarias expresamente dispuestas.

Lo expuesto en el párrafo precedente lo sostengo, aún en el caso de que el funcionario que emitió el oficio comentado haya actuado en delegación del señor Presidente de la República, aspecto que tampoco aparece del texto analizado, pues, aunque señala que emite dicho oficio “por disposición” del referido mandatario, no se puede deducir si dicha disposición se la dio como una delegación expresa, o si por el contrario fue simplemente una orden verbal o escrita.

Presumiría que no existió delegación alguna para emitir dicho oficio, porque el funcionario que emite el oficio comentado, no lo hace (al menos no consta así en el texto) en ejercicio de una función delegada, sino en un aparente cumplimiento de una disposición emitida; lo cual no puede, como se ha señalado, en virtud de que un oficio no puede reformar una norma reglamentaria, como es el contenido del artículo 99 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en consecuencia, sigue vigente y es de obligatorio cumplimiento.

En dicha lógica, en el caso de no justificarse la conveniencia técnica y económica de contratar con una empresa de seguros de propiedad estatal, no se podría optar por una contratación directa, sino que en dicho caso debería observarse el procedimiento dispuesto en el artículo 107, numeral 2, del Reglamento General en mención, es decir realizar un procedimiento de contratación por Licitación, el cual sería abierto a la participación de todas las empresas de seguros, indistintamente de su naturaleza jurídica, buscando en los criterios de evaluación, considerar aquellos necesarios para garantizar al máximo la protección de los intereses institucionales y del Estado en su conjunto; además, se cumpliría con los principios de contratación pública, establecidos en la Ley Orgánica de la materia.

Es importante resaltar lo consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, artículo 226 que manifiesta: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”, es decir que quienes

ejercen la función pública solo están facultados para cumplir con lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias existentes, lo demás es prohibido. El incumplimiento de lo prescrito podría acarrear la responsabilidad administrativa civil y penal establecida en el artículo 233 de la misma carta constitucional antes citada.

Es importante también analizar que quizá el interés de contratar con empresas que pertenezcan al Estado, es que los recursos que se pagan por recibir los servicios de éstas se queden en el Estado, pero lamentablemente en el caso de seguros, no es un cien por ciento así; puesto que, las empresas reaseguradores, es decir quienes respaldan los riesgos asumidos por las compañías aseguradoras, son de origen extranjeras, y por lo menos el 98 o 99 por ciento del valor contratado sale del país, por ésta razón, en esta clase de contratos, no existe la justificación de que los recursos contratados con empresas estatales se quedan a ser invertidos en nuestro país, o lo que se suele escuchar que de un bolsillo pasa a otro del mismo Estado, aquí sale del bolsillo del Estado y se va a otro extranjero.

Como se puede observar, la diferencia básica se encuentra en la forma de participación de las empresas contratistas. En el caso de entidades públicas o subsidiarias proveedoras de seguros, la empresa se involucra mediante invitación directa, mientras que, en la licitación, se hace por convocatoria, tal como podemos ver en el Proceso RE-GADMSAC-008-2015, Municipio de Cotacachi, Contratación de Póliza de Seguros para Bienes Muebles e Inmuebles del Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD) Municipal de Santa Ana de Cotacachi, donde se hizo invitación directa a Seguros Sucre S.A.

Tabla 1 Invitaciones a proveedores

»Invitaciones a proveedores						
Regresar						
Invitaciones a proveedores						
Código:		RE-GADMSAC-008-2015				
Objeto del proceso de contratación:		CONTRATACIÓN DE PÓLIZA DE SEGUROS PARA BIENES MUEBLES E INMUEBLES DEL GAD MUNICIPAL DE SANTA ANA DE COTACACHI				
Buscar Proveedor: <input checked="" type="radio"/> Por RUC <input type="radio"/> Por Razón Social		<input type="text"/> <input type="button" value="Buscar Proveedor"/>				
No.	Razón Social - Proveedor	Estado	Fecha de Invitación	Provincia - Cantón	Estado actual RUP	
1	SEGUROS SUCRE S.A.	Invitado	2015-03-26 15:48	GUAYAS - GUAYAQUIL	Habilitado en RUP	
Proveedores del 1 al 1 de 1						

Por otro lado, tenemos las compañías que han sido invitadas dentro del proceso LICBS-GADZ-001-2015, Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Zaruma, para la adquisición de pólizas de seguros de vehículos y maquinarias del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal De Zaruma, el cual se realizó mediante licitación de seguro:

Tabla 2 Invitación a proveedores

» Invitaciones a proveedores

[Regresar](#)

Invitaciones a proveedores

Código: LICBS-GADZ-001-2015

Objeto del proceso de contratación: ADQUISICION DE POLIZAS DE SEGUROS DE VEHICULOS Y MAQUINARIAS DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE ZARUMA

Buscar Proveedor: Por RUC Por Razón Social

No.	Razón Social - Proveedor	Estado	Fecha de Invitación	Provincia - Cantón	Estado actual RUP
1	ACE SEGUROS S.A.	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
2	AGENCIA ASESORA PRODUCTORA DE SEGUROS PROTECSEGUROS CIA. LTDA.	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
3	ALIANZA COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
4	ALONSO REMIGIO CAPELO CABASCANGO	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - CAYAMBE	Habilitado en RUP
5	ALTOS S.A. AGENCIA ASESORA PRODUCTORA DE SEGUROS	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
6	AÑAZCO POGO DORA CARMITA	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
7	APOLINARIO QUINTANA RAFAEL EMILIANO	Invitado	2015-07-31 17:54	GUAYAS - GUAYAQUIL	Habilitado en RUP
8	ASEGBROK AGENCIA ASESORA PRODUCTORA DE SEGUROS S.A	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
9	ASEGURADORA DEL SUR C. A.	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
10	Asertec C Ltd	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
11	ASESORA PRODUCTORA DE SEGUROS	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
12	Assurance Broker S.A. Agencia Asesora Productora de Seguros	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
13	AVILA & ASOCIADOS CIA.LTDA.	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
14	BALBOA COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	Invitado	2015-07-31 17:54	GUAYAS - GUAYAQUIL	Habilitado en RUP
15	BARBERAN AGUILAR DIANA FABIOLA	Invitado	2015-07-31 17:54	GUAYAS - GUAYAQUIL	No Habilitado en RUP
16	Barrera Barrera Silvia Mariela	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
17	BENITEZ ARIAS BIBIANA AMPARITO	Invitado	2015-07-31 17:54	AZUAY - CUENCA	Habilitado en RUP
18	BENITEZ SALAZAR HUGO RUBEN ARTURO	Invitado	2015-07-31 17:54	PICHINCHA - QUITO	Habilitado en RUP
19	BERMUDEZ CORNEJO SOCRATES ABDON	Invitado	2015-07-31 17:54	GUAYAS - GUAYAQUIL	Habilitado en RUP
20	BRIONES MOREIRA VIOLETA CRISTINA	Invitado	2015-07-31 17:54	MANABI - PORTOVIEJO	Habilitado en RUP

[Siguiente](#) [Fin](#)

Proveedores del 1 al 20 de 124

Si bien, el proceso de contratación por invitación directa duró 11 días, mientras que la licitación duró 30 días, la eventual agilidad manifestada no se refleja en el análisis objetivo de las ofertas; pues se observan evidencias según las cuales en el proceso de invitación directa ni siquiera hubo una calificación como lo dispone el RGLOSNC. Por el contrario, en el proceso LICVS-GADZ-001-2015 de licitación de seguros, a pesar del mayor número de ofertas a ser revisadas, se tomó cada uno de los parámetros para evaluar a la empresa que iba a ser adjudicada; conforme consta a continuación:

Tabla 3 Parámetros de calificación

Parámetros de Calificación		LICBS-GADZ-001-2015
Experiencia	Experiencia	25%
Oferta Económica	Oferta Económica	55%
Ponderación Variable Producción Nacional Otros	Producción Nacional-Otros	5%
Otros Parámetros de Calificación	Otros	5%
Experiencia Personal Técnico	Experiencia Personal Técnico	10%
TOTAL		100%

3.7 El caso de la Resolución No. 34-CGAJ-2013 de 01 de agosto de 2013 del Ministerio de Defensa Nacional

El Ministerio de Defensa Nacional para la contratación de seguros, decidió en principio observar la disposición emitida por el Dr. Alexis Mera, Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, es decir limitarse a la contratación con la Compañía de Seguros Sucre S.A., u otras de carácter público que han sido definidas con fines similares.

Sin embargo, como parte del estudio previo a cada proceso de contratación relativo principalmente al análisis comparativo y económico de las cotizaciones relacionadas con la contratación, el Jefe del Departamento de Transportes de la Dirección General del Material, concluye que “(...) no se puede considerar como presupuesto referencial las tasas cotizadas por aseguradoras del Estado ya que superan considerablemente la prima anual que la Armada ha venido pagando”¹⁰⁶.

Es decir, con anterioridad a que el Ministerio de Defensa Nacional comenzara su procedimiento de contratación de Seguros públicos, los importes que se pagaban en función de prima anual por la Armada, eran considerablemente menores a aquellos posteriores al 2009, año en el que fue dictado el Oficio Circular por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, lo cual ocurría a pesar de mantener en similares condiciones los riesgos y las circunstancias que se aseguraban.

¹⁰⁶El Oficio Circular No. 34-CGAJ-2013 de 01 de agosto de 2013.

A partir del año 2009, la Armada Nacional comenzó a destinar para la contratación de sus seguros una suma mayor de dinero, la eficiencia se mantenía, al menos formalmente, ya que el importe estatal era mayor, en relación a cuando el procedimiento se llevaba a cabo siguiendo procedimientos concursivos, de ahí se sobrevinieron muchos conflictos con el tema de la contratación de seguros de la póliza de casco aéreo de Fuerzas Armadas, es más existen los exámenes especiales realizados a esas pólizas por parte de contraloría, en donde observan por qué no se realizó un proceso concursivo y también existen muchas más observaciones de carácter técnico y económico de esas pólizas, lamentablemente no puedo añadir en este trabajo dichos informes, pues no son de mi autoría y tampoco están remitidos a mi persona. Sin embargo, existen muchas noticias que salieron publicadas en torno al tema de contrataciones de seguros del Estado con la empresa Sucre, por lo cual me permito hacer algunas citas de estas noticias:

<http://www.pcmle.org/EM/spip.php?article3479>

Semanario En Marcha

Órgano oficial del Comité Central del Partido Comunista Marxista Leninista del Ecuador

Aseguradora pública perjudica a Fuerzas Armadas

Martes 25 de mayo de 2010, por PCMLE

Seguros Sucre es acusada de sobreprecio, una penalización por alta siniestralidad y documentos sin valor legal en una contratación de seguros sobre las aeronaves del Ministerio de Defensa.

Este hecho demuestra el concepto de empresa estatal que maneja Rafael Correa. Para él esa empresa debe presentar resultados positivos, tal cual lo haría en el sector privado. En consecuencia, Seguros Sucre pretende presentar ganancias, aunque ello signifique defalcarse a otra instancia estatal como es el Ministerio de Defensa.

La propuesta inicial de la aseguradora contempla una prima de 27 millones de dólares anuales, sin embargo, para el año 2009 el costo de la prima por igual seguro fue de 10 millones de dólares. Tampoco hay acuerdo por una penalización de 4.5 millones de dólares por alta siniestralidad, ni con la creación de un fondo de 100 mil dólares por deducibles de accidentes.

Iniciadas las investigaciones promovidas por el Ministerio de Defensa se descubre más irregularidades, como es el caso de diferencias en contra del Ministerio por más de 350 mil dólares en la póliza del 2009. Adicionalmente, la aseguradora debía reasegurar las naves con otra aseguradora internacional, un "broker", con el acuerdo del Ministerio de Defensa, pero Seguros Sucre contrató con AON, cuando debió hacerlo con Clemont. Esto, a su vez, dio origen a otro problema, la participación sin legalidad de AON en varios trámites.

Esta situación deja a la luz varios hechos. El primero es que el cuestionado aumento por siniestralidad se basa en una realidad que es que los siniestros aéreos presentados en los últimos años en Ecuador, todos son con aviones de las Fuerzas Armadas en épocas de paz, lo cual deja en claro que existen falencias en los mecanismos aplicados en su manejo, ya sea en la capacitación de sus pilotos o el mantenimiento u operación de las naves. El aumento puede ser exagerado, pero el incremento de la siniestralidad es real.

Otro elemento es la discrecionalidad de la aseguradora. Tal como lo hacían cuando eran privadas, al parecer hacen y deshacen a criterio de unos cuantos ejecutivos, supuestos conocedores, en realidad negociantes de alcurnia, cuyo único interés son las comisiones que les llega, el adecuarse a los objetivos de la empresa, no el beneficio del asegurado. Esto les llevó a contratar una reaseguradora sin consentimiento del Ministerio de Defensa, a incrementar costos de primas sin mayor criterio. Todo bajo un concepto errado: ahora Seguros Sucre es estatal y el Ministerio debía contratar con ellos a cualquier precio.

Seguros Sucre es una aseguradora de propiedad estatal que tiene esa condición porque sus anteriores propietarios, los Isaías, debieron entregar al Estado sus empresas como parte de pago por los desembolsos que les prestó el gobierno a través del Filanbanco, lo cual dio origen al salvataje bancario, uno de los mayores atracos a los recursos del país. El manejo equivocado que se hacen de las empresas en poder del Estado por parte del gobierno de Rafael Correa conduce a que se den este tipo de situaciones en las que una instancia estatal perjudica a otra.

infodefensa.com

La Armada de Ecuador suspendió sus operaciones aéreas por falta de claridad en los seguros



18/06/2010

18/06/2010 (Infodefensa.com) Quito - Las diferencias entre el Ministerio de Defensa de Ecuador y la compañía **Seguros Sucre** por el coste de la prima de los seguros de las aeronaves de las **Fuerzas Armadas**, originaron la suspensión temporal de las operaciones de la flota aérea de la Marina.

El comandante de la Armada, **Aland Molestina**, confirmó que las operaciones fueron suspendidas durante 10 horas por falta de claridad en los términos del contrato de la póliza de seguros emitida por la aseguradora estatal Sucre. "Dispuse que se suspendieran temporalmente los vuelos, aunque enseguida tuve una comunicación del ministro de Defensa (**Javier Ponce**) y se retomaron las operaciones", reveló.

Molestina, tomó esta decisión por motivos de seguridad, tras notificarle la Comandancia de Aviación Naval "algunas preocupaciones" sobre la vigencia de los seguros.

Sucre remitió a mediados de mayo pasado al Ministerio de Defensa un nuevo documento de colocación de la póliza del Casco y Responsabilidad Civil de las aeronaves de las Fuerzas Aéreas en el mercado internacional de Londres, a través del bróker **AON Ecuador S.A.**

La contratación del *bróker* fue cuestionada por el mando militar y el ministro de Defensa, Javier Ponce, tras detectar durante una auditoría supuestas irregularidades por parte de Sucre relacionadas con un sobreprecio, una penalización por alta siniestralidad y la presentación de documentos sin valor legal, durante el período de gestión del ex gerente, **Óscar Herrera Gilbert**. Según fuentes militares, la suspensión de las operaciones aéreas de la Marina se produjo tras la advertencia de Sucre de que no cancelaría eventuales accidentes tras aclarar que el principio del mercado de seguros es "prima pagada, siniestro pagado".

Sucre solicitó a las Fuerzas Armadas el abono de 7 millones de dólares correspondientes a la primera cuota del presupuesto total de la póliza (20 millones de dólares), cantidad que no ha sido abonada precisamente por las irregularidades encontradas en la auditoría.

Tras la suspensión de las operaciones aéreas, el gerente de Sucre, **Maximiliano Donoso**, aclaró al ministro de Defensa, Javier Ponce, que "la totalidad de las naves de las tres ramas de las Fuerzas Armadas se encuentran cubiertas bajo las condiciones de la póliza de Casco", motivo por el que este último ordenó que se retomaran las operaciones.

El contrato de la póliza de seguros para las aeronaves de las Fuerzas Armadas con Seguros Sucre aún está en negociaciones y no ha sido firmado.

© Information & Design Solutions, S.L. Todos los derechos reservados. Este artículo no puede ser fotocopiado ni reproducido por cualquier otro medio sin licencia otorgada por la empresa editora. Queda prohibida la reproducción pública de este artículo, en todo o en parte, por cualquier medio, sin permiso expreso y por escrito de la empresa editora.

ECUADORINMEDIATO.COM

Edición #4135 | Ecuador, miércoles, 28 de septiembre de 2016 | [Ver Ediciones Anteriores](#)
Según Galo Lara, Petroecuador rechazó propuesta de Seguros Sucre por sobreprecio

2010-02-24 16:38:05

[Pidió a la Contraloría que realice un examen especial a todos los contratos que desde el 2007 hasta la presente fecha mantiene dicha aseguradora](#)

Galo Lara, miembro de la Comisión de Fiscalización y Control Político, informó que Petroecuador resolvió rechazar la oferta de Seguros Sucre, para contratar la póliza de seguros Todo Riesgo Petrolero y Responsabilidad Civil, toda vez que la misma presentaba sobreprecios, de conformidad con la denuncia que presentará días atrás el legislador, quien calificó de acertada la decisión de las autoridades de la estatal petrolera.

El asambleísta de Sociedad Patriótica indicó que mediante oficio AN-GL-2010-497, del 19 de febrero del 2010, puso en conocimiento del Presidente de Petroecuador, que la oferta entregada por la compañía aseguradora tenía un sobreprecio de ocho millones de dólares, lo cual habría sido detectado por técnicos de la entidad, motivo por el cual desecharon la propuesta al convenir a los intereses institucionales.

Dijo que "una vez más queda demostrado que la aseguradora estatal Sucre, cuya cabeza principal es Oscar Herrera, está lacerando gravemente los intereses del Estado en lugar de precautelarlos, al asegurar a las empresas públicas con sobreprecios, ya que lo mismo intentó hacer con TAME hasta que presente la denuncia".

Finalmente, considera que con estos antecedentes la Contraloría debería hacer un examen especial a todos los contratos que desde el 2007 hasta la presente fecha mantiene Seguros Sucre con las empresas estatales, a fin de determinar el perjuicio existente, al tiempo de indicar que desde la Comisión de Fiscalización va a investigar uno a uno estos contratos.

Por todo lo anteriormente expuesto, y por el resultado de los exámenes realizados a la póliza de casco aéreo, fue que el 1 de agosto de 2013, el Ministro de Defensa Nacional, mediante la Resolución No. 34-CGAJ-2013, delegó en el

Director General del Material de la Armada la realización del procedimiento para la contratación de seguros usando para ello la modalidad de Licitación.

La Resolución del Ministro de Defensa Nacional es un acto de superior relevancia que el Oficio Circular dirigido por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, además que su motivación, se sustentó en las ventajas que ofrece seguir un procedimiento concursivo en lugar de un procedimiento de contratación directa, así como también en el cumplimiento de normas legales y reglamentarias de contratación pública.

Tal es así que, una vez concluido el procedimiento correspondiente de la referida Licitación, terminó siendo adjudicado a una aseguradora de carácter privado, la cual demostró tener términos y condiciones más favorables y beneficiosos para la ejecución del contrato pretendido y por tanto que coadyuva en mayor medida al desarrollo de las funciones propias del Ministerio de Defensa Nacional.

El ejemplo tratado es sólo una muestra del temor fundado de que el hecho de llevar a cabo una contratación de seguros de manera direccionada hacia empresas públicas, sin justificar su conveniencia técnico y económica, solamente traería como inevitable consecuencia la disminución de la competencia entre ellas, al ser las únicas opciones viables, y con ello la disminución de la eficiencia. No es para nadie secreto que la competencia genera eficiencia.

Por otra parte, siendo el contrato de seguro un tipo contractual tan complejo, que requiere un alto nivel de especificación, al existir la posibilidad de asegurar tanto los bienes –que a su vez en dependencia de la naturaleza del bien adquirirá características especiales-, como personas, hace que se requiera una aseguradora especializada en el ramo en cuestión, situación que está inexistente si se limita la contratación de seguros a las mentadas empresas del Estado, lo cual no limita solo la eficiencia, sino también la calidad del contenido del contrato, con el agravante además de que resulta más oneroso que contratar con empresas privadas.

CAPITULO IV: PROPUESTA DE CONTRATACIÓN CONCURSIVA EN MATERIA DE SEGUROS.

4.1 Antecedentes.

Para poder establecer las premisas a tomarse en cuenta para la formación del contrato de seguros es necesario considerar que éste, busca reparar y resarcir los daños producidos por alguna eventualidad. Dicho lo cual, este instrumento jurídico tiene la finalidad de solucionar los posibles daños y a su vez guarda los lineamientos de conveniencia, viabilidad técnica y económica de la contratación.

En efecto, el Contrato de Seguro busca: i) Transferir el riesgo de quienes no están dispuestos a asumirlo, a empresas cuya finalidad es precisamente tomarlos a su cargo. ii) Reasignar los riesgos, al colocar primas más altas a los riesgos mayores e inferiores a los riesgos menores. Los costos de las primas de seguros, tienen directa relación con la posibilidad de cuantificar los daños que pudieren ocasionar a las personas las diversas actividades comerciales e industriales.

Es evidente entonces que el oficio circular No. T.4258-SGJ-09-943 de 24 de marzo del 2009 emitido por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República en el que dispone contratar directamente con una empresa de seguros de propiedad estatal, no garantiza necesariamente y “per sé” la conveniencia técnica y económica de realizar dicha contratación sin observar ningún procedimiento concursivo; y en consecuencia, no se satisfacen los intereses públicos propios del Contrato de Seguros, el cual busca la transferencia de un riesgo.

Por tanto, el oficio circular en cuestión, estaría fuera de los parámetros de los principios constitucionales de legalidad, participación, igualdad, eficacia, eficiencia y transparencia, pilares de un Estado de Derecho; consecuentemente, los resultados prácticos de esta medida develan un detrimento económico, ya que el riesgo es asumido por el propio Estado.

Por otro lado, con la Resolución No. 34-CGAJ-2013 de 01 de agosto de 2013, el Ministerio de Defensa Nacional delegó al Director General del Material de la Armada, para que realice el proceso de contratación de seguros bajo la modalidad de Licitación, proceso que luego de cumplir con la normativa legal vigente fue

adjudicado a una compañía aseguradora privada. Cabe señalar que previo a solicitar al Ministerio de Defensa Nacional la delegación para realizar esta contratación, el Jefe del Departamento de Transportes de la Dirección General del Material, luego del análisis comparativo y económico de las cotizaciones relacionadas con la contratación, presentó el respectivo estudio de mercado, en el que concluyó que: “No se puede considerar como presupuesto referencial las tasas cotizadas por Seguros del Estado, ya que superan considerablemente la prima anual que la Armada ha venido pagando”.

Dicho lo cual, en tanto no pueda considerarse como presupuesto referencial las tasas cotizadas por los seguros del Estado, al superar económicamente la prima anual, que por ejemplo la Armada ha pagado, no puede considerarse beneficioso el oficio circular en mención. Por tanto, la máxima autoridad o su delegado no podrían cumplir con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 99 del RGLOSNC, ya que las Aseguradoras con capital público incrementaron significativamente sus valores en prima, no justificándose de ninguna forma la contratación directa bajo Régimen Especial, ya que no es conveniente para los intereses institucionales y por ende estatales.

La disposición recogida en el oficio circular genera como consecuencia que se aplica el procedimiento precontractual de la contratación directa como regla general en los casos en que se pretenda contratar seguros para los bienes de las instituciones públicas, constituyéndose así el procedimiento de licitación pública como excepción, violentándose expresamente los principios de trato justo, mejor beneficio, libre concurrencia reconocidos dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública al limitar el espectro de negociaciones solamente a un cúmulo reducido de empresas aseguradoras.

Con estos antecedentes cabe preguntarse ¿Qué sucedería si existe una mejor oferta en relación a las primas que deberá pagar la entidad pública con sus pares aseguradoras que poseen participación del Estado en su paquete accionario? ¿Se podría en aplicación del principio de mejor costo, desechar las ofertas presentadas por las aseguradoras de fondos mixtos o netamente públicos para acudir donde una aseguradora privada? Estos planteamientos no responden a conjeturas o

presupuestos teóricos;¹⁰⁷de hecho, el Ministerio de Defensa ha detectado, que las cotizaciones emitidas por Seguros Sucre superan considerablemente las tasas cotizadas dentro del mercado.

4.2 Procedimientos de contratación actuales.

De conformidad con las normativas especiales que regulan la contratación de seguros para los bienes de las entidades públicas la entidad pública debe someterse a tres procedimientos excluyentes entre sí: 1) régimen especial de contratación directa, 2) licitación pública; y, 3) ínfima cuantía figuras que, por su importancia, merecen ser analizadas a continuación:

- 1) Para la contratación de seguros, se aplica el procedimiento de régimen especial entre entidades contratantes siempre y cuando los proveedores sean empresas cuyo capital este integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos así lo prescribe el art. 107 del RGLOSNCP.
- 2) En el caso de que el presupuesto referencial de la contratación sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, la entidad pública deberá aplicar el procedimiento precontractual de ínfima cuantía. Hay que aclarar que, debido a la expedición de la circular T. 4258-SGH-09-943 del 24 de marzo del 2009, este procedimiento solamente podrá ser aplicado una vez que el procedimiento de régimen especial haya sido declarado desierto por falta de interés de las compañías aseguradoras mixtas o plenamente públicas.
- 3) También se puede procederá con el tercer tipo de procedimiento que es la licitación pública, esta figura es aplicable siempre y cuando no se haya podido contratar con empresas cuyo capital este integrado con el cincuenta por ciento o más de los recursos públicos, así como también cuando la cuantía supere el 0,000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

¹⁰⁷ Para un panorama más completo respecto a los irregulares manejos de los reaseguros en favor de las empresas estatales véase la investigación realizada por la revista digital Plan V titulada la Guerra de los Reaseguros, <http://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/la-guerra-reaseguros/pagina/0/1>.

En definitiva, con todos los instrumentos legales analizados al detalle podemos concluir en que, el sistema de contratación de seguros actual que se encuentra regulado dentro del respectivo Reglamento General, prioriza la contratación de seguros en beneficio de las compañías que posean capital accionario mayoritariamente estatal o en su defecto que sean totalmente públicas, lo cual violenta el principio de libre concurrencia de los contratistas ya que, las empresas aseguradoras en general se encuentra prohibidas de concursar dentro de las contrataciones públicas más aún por el oficio circular tantas veces comentado que fue expedido por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, que exige a las entidades las contrataciones únicamente con dos aseguradoras del comercio nacional, es por esta razón que se deberá establecer una propuesta que pueda subsanar las irregularidades advertidas.

4.3 Propuesta.

En virtud de los antecedentes expuestos, en aplicación de los principios rectores del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁰⁸ es necesario respetar los procedimientos de contratación de seguros conforme lo prescribe el artículo 107 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁰⁹.

Esta proposición, conlleva el dejar a un lado la contratación directa de seguros con empresas de propiedad pública; pues, la práctica y experiencia nos demuestran que, generalmente, las Aseguradoras del Estado no presentan las mejores condiciones de conveniencia técnica y económica. Dicho lo cual, muchos de los procesos se ven afectados por la carencia de un ejercicio económico eficiente propiciando la ineficacia de la contratación de seguros de los bienes del Estado.

¹⁰⁸Art. 4.- Principios. - Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

¹⁰⁹Art. 107.- Contratación de seguros.- Para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley observarán cualquiera de los siguientes procedimientos: 1. El de régimen especial de contratación directa prevista en los artículos 98 y siguientes de este Reglamento, en el caso de que las proveedoras sean empresas cuyo capital está integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos; 2. El procedimiento de licitación, para los casos no incluidos en el número anterior. El SERCOP podrá regular los requisitos, términos y demás condiciones que se observarán en estos procedimientos.

La presente propuesta tiene como fin plantear una reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde debe incluirse una Sección antes o después de la Contratación de Consultoría, ya que, en la actual norma citada, no existe un procedimiento específico para la contratación de Seguros; es importante que, en dicho procedimiento de contratación, se respete el cumplimiento de los principios de contratación Pública.

Esta reforma debe reflejar aspectos como: las personas aptas para ejercer la prestación de servicios de seguros en el Ecuador, considerando que de acuerdo a la Ley General de Seguros, estas solo pueden ser personas jurídicas, legalmente domiciliados y establecidas en el país; las características o condiciones que deben reunir las aseguradoras que van a brindar este servicio al Estado; a pesar de que la relación contractual es aseguradora y asegurado, éste último debe conocer qué clase de respaldo tiene la aseguradora con relación al reasegurador, es decir si los reaseguradores que respaldan la contratación tienen la suficiente solidez técnica y económica para amparar los bienes del Estado. Además deben constar los procedimientos a realizarse de acuerdo a sus montos, pero en todos los casos, es conveniente que prevalezca la competencia y libre acceso a lo contratación, pues esto garantiza la solidez y eficiencia de los servicios que brindan los contratistas al Estado; ya que, se debe concientizar que el Seguro no se valora solo por el precio de la prima contratada, sino por la cantidad de condiciones favorables que se brindan a la Institución y por la menor exigencia de requisitos para que se realicen las indemnizaciones en forma ágil y oportuna, cuando se presentan siniestros dentro de la ejecución de una póliza. También se deben establecer las funciones y competencias de los distintos cuerpos colegiados que deben participar dentro del proceso de contratación, así como definir claramente los términos de referencia básicos que deben cumplir los pliegos en los procesos precontractuales de seguros.

El Reglamento General a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, también debería reformarse en todo lo relacionado a los procesos de contratación de seguros, ya que en mi criterio, no debe constar un proceso de contratación directa en esta materia, por cuanto se estaría afectando con la aplicación de éste procedimiento a los intereses institucionales y nacionales, puesto que como se ha analizado y de mi experiencia en el sector público, las

compañías aseguradoras del Estado, no brindan las mejores condiciones del mercado de seguros. Agravando más el panorama de la contratación directa en materia de seguros, es preciso recalcar que ni siquiera se ha cumplido con lo establecido en el cuerpo reglamentario en referencia, puesto que de acuerdo a lo dispuesto por el Secretario Jurídico de la Presidencia, ésta contratación se la debe realizar sin el cumplimiento de ningún requisito, es decir sin la Resolución que expida la Máxima Autoridad de la Entidad, en la cual debe constar la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación, hecho que sería imposible reflejar por todo lo ya anotado.

En virtud de lo expuesto, en el Reglamento General antes citado bajo mi perspectiva, se debería introducir una reforma en la que consten las fases preparatorias y precontractuales de los procesos de contratación que se definan en la Ley Orgánica en referencia, en los cuales debe prevalecer la participación de las aseguradoras legalmente establecidas en el Ecuador, es decir siempre contratar a través de procesos concursivos.

Al evidenciar este problema, la presente propuesta busca evitar que los contratos de seguros permanezcan como comodines de las empresas aseguradoras públicas, en donde las primas son evidentemente menos competitivas con el mercado privado y cuyos efectos económicos afectan directamente al propio Estado.

La eficacia del Contrato de Seguros está enmarcada en la producción de beneficios para el Estado, en palabras de Fernando Hinestrosa: “Eficacia es fuerza, aptitud para producir efectos, a la vez que realización de éstos; en tanto que ineficacia es la ausencia de efectos, o más ampliamente, la afectación de éstos.”

Consecuentemente, la eficacia del Contrato de Seguros está dada por la cobertura de un posible daño a cambio de un pago o una suma de dinero.

4.4 Conveniencia en la aplicación de la normativa.

De acuerdo a mi criterio, la conveniencia de la aplicación de un procedimiento concursivo o licitatorio en lugar de la Contratación Directa, radica en que las compañías aseguradoras, pueden presentar los mejores condiciones técnicas y económicas en sus ofertas dentro del procesos de contratación, con el fin de

conseguir la adjudicación del contrato; esto facilita el acceso a mejores costos y beneficios en el campo asegurador. Mientras que las empresas aseguradoras públicas generalmente tienen una política contraria que perjudica los fondos asignados a este rubro. La normativa de seguros debe adherirse a los procesos más viables tomando en cuenta que el principal objetivo es respaldar al consumidor, quien debe protegerse de técnicas carentes de transparencia.

La propuesta de solución, busca equilibrar la relación contractual, protegiendo los derechos de los consumidores, en este caso el Estado y evitando que tengan inconvenientes al contratar un seguro. El beneficio para las compañías aseguradoras es que existirá un control que evite correr riesgos y además todas estas empresas trabajarán por igual, existiendo el respeto y libertad de participación, con igualdad de oportunidad y trato justo.

4.5 Innovaciones de la propuesta de reforma.

La propuesta planteada en esta tesis tiene como objetivo incluir un procedimiento que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en vigencia y en su Reglamento General, no ha sido considerado, con el fin de que se observen procesos concursivos, pues en la actualidad, se lo hace solo a través de empresas aseguradoras del Estado, sin tomar en cuenta que los costos son mucho más altos que cuando se ha realizado una Licitación. Esto ha provocado, observaciones dentro de las Auditorías realizadas por parte de la Contraloría General del Estado, ya que a pesar de la orden emitida por el Secretario Jurídico de la Presidencia, se ha incumplido con procedimientos establecidos en normas reglamentarias, empeorando la situación cuando dentro de las pólizas constan condiciones técnicas y económicas, menos favorables para la institución, que cuando se han realizado procesos de licitación y se suscribieron Pólizas con compañías aseguradoras privadas.

Algo interesante que debe recogerse en estas líneas es que, dentro de la legislación colombiana, está expresamente prohibida la *celebración directa de los contratos interinstitucionales en materia de seguros*, lo cual significa que las aseguradoras estatales deberán competir en igualdad de condiciones, mediante un procedimiento de licitación pública con otras aseguradoras privadas,

garantizándose así el principio de igualdad de trato entre los oferentes. Esta disposición evidentemente debería ser tomada en consideración dentro de las contrataciones públicas ecuatorianas, ya que de esa forma permitirán una competencia más transparente, dinámica y atractiva en beneficio de las entidades contratantes.

Roberto Dromi en relación al principio de la libre concurrencia afirma que este “afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, con mayor competencia entre los oferentes, e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso”.¹¹⁰

Dentro de la propuesta realizada, considero también importante sugerir una serie de elementos que deberían contener las futuras contrataciones de seguros; que serían los siguientes:

- I. Los contratos de seguros, en materia contratación pública, no pueden contener estipulaciones exorbitantes en contra de la entidad contratante, si bien el Código de Comercio reconoce que el contrato de seguro es de adhesión, es decir, es un contrato en el que el asegurado simplemente se limita a consignar su firma por cuanto todas las estipulaciones ya se encuentran preestablecidas, eso no puede ocurrir en materia de contratación pública, específicamente, la doctrina colombiana indica que el asegurado, en este caso una entidad pública, no puede restringirse temas como cobertura del siniestro, caducidad así como las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilaterales.¹¹¹ En consecuencia el asegurador debe tomar en consideración las observaciones y recomendaciones que pueda formular la entidad contratante previa a la suscripción del contrato de seguro. En este ámbito es preciso indicar, que existen temas bastante específicos que se dan en la práctica, como por ejemplo la contratación de Pólizas de Seguros de Casco Marítimo, por parte de Fuerzas Armadas, de buques de guerra, en donde dentro de las condiciones generales de los seguros consta la exclusión de llevar a bordo

¹¹⁰ Dromi, R. *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires; Editorial Ciudad Argentina, décima edición, 2004) 502.

¹¹¹ Ob. Cit, Penagos Botero, A. *El seguro de cumplimiento en la contratación administrativa*, p. 23

armas de fuego y explosivos, en este caso la aseguradora y los reaseguradores dentro de las condiciones particulares deben indicar que esta exclusión está cubierta.

2. Las empresas aseguradoras deberán demostrar su capacidad de asumir el riesgo, así como los demás documentos legales requeridos por parte de la entidad pública contratante, esta afirmación responde positivamente a la potestad de imperio del que goza el Estado ecuatoriano. En efecto, es importante que la entidad, previo a contratar con una empresa aseguradora cuente con la documentación oportuna más allá de su conocida calidad y prestigio, así, a diferencia de lo que sucede con un asegurado particular, el cual no puede acceder libremente a los antecedentes empresariales de la compañía aseguradora, las instituciones públicas contratantes deben contar con los mecanismos legales para exigir toda documentación que consideren necesaria para la calificación de las posturas al momento de contratar los servicios de aseguramiento.
3. Prohibición de exigir garantía en los contratos de seguros. Una práctica muy habitual en materia de contratación pública es el aval del cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato por parte del contratista, a esto se le denomina garantías de cumplimiento, estas han sido definidas por el tratadista colombiano Herrera como “una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad, contrata con un tomador que se llama contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado beneficiario”¹¹², bajo este esquema resulta contradictorio que se le exija a una empresa aseguradora “asegurar” (valga la redundancia) su objeto de negocio; es decir, que en el caso de que una determinada entidad aseguradora incumpliera su deber de indemnizar frente a un siniestro al asegurado o beneficiario dependiendo del caso, éste podría exigir el cumplimiento de la indemnización mediante la ejecución de una garantía adicional.

Este panorama no se encuentra plenamente definido dentro de las normas que regulan la contratación pública dentro del Ecuador, por lo que, en la

¹¹² Herrera Barbosa, B. *Contratos Públicos*, (Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2003) p. 327.

práctica, y al momento actual, se debería exigir a la empresa aseguradora rendir una de las garantías estipuladas dentro del artículo 73 de la LOSNCP. Al respecto, entre las reformas que urgentemente requiere el procedimiento de contratación de seguros debería eliminarse la exigencia de una garantía por parte de la empresa adjudicada.

Para suerte de las entidades contratantes existen otros mecanismos legales que permiten coaccionar la obligación del pago indemnizatorio en caso de ocurrir un siniestro, como lo dispuesto en la Codificación de la Ley General de Seguros, artículo 42, que en su parte pertinente indica lo siguiente:

“Art. 42.- Las compañías de seguros y reaseguros tienen la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro del plazo de treinta (30) días siguientes de presentada la reclamación por parte del asegurado o beneficiario, acompañando los documentos determinados en la póliza.

Las compañías de seguros y reaseguros podrán objetar por escrito y motivadamente, dentro del plazo antes mencionado el pago total o parcial del siniestro, no obstante, si el asegurado o el beneficiario se allanan a las objeciones de la compañía de seguros, ésta pagará inmediatamente la indemnización acordada.

Si el asegurado o beneficiario no se allana a las objeciones podrá presentar un reclamo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que ésta requiera a la aseguradora que justifique su negativa al pago. Dentro del plazo de 30 días de presentado el reclamo, y completados los documentos que lo respalden, el organismo de control dirimirá administrativamente la controversia, aceptando total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago del siniestro en el plazo de 10 días de notificada la resolución, o negándolo.

La resolución podrá ser impugnada en sede administrativa con arreglo al artículo 70 de la presente Ley.

El incumplimiento del pago ordenado será causal de liquidación forzosa de la compañía aseguradora. La interposición de acciones o recursos judiciales no suspenderá los efectos de la resolución que ordena el pago. (...)”¹¹³.

Por ende, no se debe exigir a las empresas de seguros la presentación de garantías toda vez que existen los mecanismos legales oportunos para que en el caso de un potencial incumplimiento de sus obligaciones contractuales, se le conmine a la empresa aseguradora, al efectivo cumplimiento so pena de liquidación forzosa.

Con este marco general, procederemos a analizar la viabilidad de una reforma encaminada a dinamizar las propuestas para la contratación de las empresas

¹¹³ Codificación de la Ley General de Seguros, Art. 42

aseguradoras en general, aplicando los principios enmarcados dentro del sistema nacional de contratación pública, previamente a ello debemos dejar indicando que, en esta clase de contratación, todas las entidades públicas, se encuentran sometidas a las disposiciones legales contenidas dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y demás normas conexas.

Para finalizar me gustaría citar un pensamiento de Louis D. Brandeis, que dice: “Si queremos respeto a la ley, primero tenemos que hacer a la ley respetable”, coincido plenamente con su criterio, si dentro de nuestro marco legal se quebrantan principios y contrariamos a nuestra propia constitución, no podemos exigir el respeto a su aplicación, para ello debemos hacer leyes justas, transparentes e igualitarias.

CONCLUSIONES

- La Contratación Directa es una modalidad de contratación dentro de nuestro marco legal y jurídico vigente, que difiere del procedimiento concursivo, por cuanto limita la aplicación de principios de contratación pública como igualdad, trato justo, calidad, oportunidad, concurrencia, entre otros.
- En la contratación directa, las entidades estatales tienen la potestad de direccionar los procedimientos de contratación, sin la necesidad de realizar una convocatoria pública, lo cual en muchos casos resulta desventajoso a los intereses institucionales y nacionales, ya que no se da lugar a que exista una mayor oferta de los servicios a ser contratados.
- Los simples actos de la administración pública, carentes de legitimidad, no pueden ser obedecidos por los funcionarios públicos, por cuanto el cumplimiento de una orden emitida por un superior en forma ilegal, no le exime de responsabilidades a quien la cumple, sabiendo que esta se encuentra fuera del marco legal vigente.
- La viabilidad técnica de la comercialización de seguros muestra que dentro de la comercialización de seguros es viable, no solo cuando se enfoca en los consumidores sino también cuando se preocupan en brindar un servicio ordenado y equitativo dentro de la normativa establecida. La transparencia de los servicios es indispensable para la entidad contratante porque les permite conocer y evaluar los requerimientos del seguro a contratarse y esto solo se puede lograr con procesos concursivos, ya que los oferentes primero, y contratantes después, se empeñan por brindar un mejor servicio.
- Respecto a la innovación de la propuesta, ésta plantea una reestructuración de la contratación de seguros en el sector público, con el fin de acceder a las mejores condiciones de contratación para proteger los bienes del Estado.

RECOMENDACIONES

- Reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento, contemplando los aspectos analizados dentro de esta tesis, principalmente lo manifestado en la Propuesta.
- Hasta que se realicen y definan dichas reformas, dentro del sector público se debe respetar y cumplir con el marco legal vigente, que indica que previo a la resolución de contratar bajo la modalidad de Régimen Especial entre Entidades del Sector Público o con Empresas Públicas, se debe realizar una Resolución por parte de la Máxima Autoridad de la Entidad, en donde conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación; si de este ejercicio resultare mejor realizar un proceso distinto de contratación, se debe proceder a realizarlo, para que a futuro quienes intervengan en los procesos de contratación, no se vean inmersos en responsabilidades administrativas, civiles y hasta en presunciones de carácter penal, por parte del Órgano de Control.
- En cuanto al Oficio Circular emitido por el Secretario jurídico de la Presidencia de la República del Ecuador, es de imposible aplicación; puesto que, conlleva una evidente afectación al principio de legalidad y por lo tanto no debe ser considerado como válido, en el ejercicio de la administración pública.

Bibliografía - Libros

- Veiga Copo, Abel B. Tratado del Contrato de Seguro. Navarra: Civitas y Thomson Reuters, 2009.
- Alvear Icaza, José. Introducción al Derecho de Seguros. Editorial Edino, Guayaquil.
- Bustamante Ferrer, Jaime. 1983. Manual de principios Jurídicos del Seguro. Editorial Temis, Bogotá- Colombia.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta, 2005. Pág. 351. Ecuatoriano”,
- Villegas Carlos Gilberto. (2005). Contratos Mercantiles y Bancarios. Ed. del autor. Bogotá.
- Jouvin Aráuz César Alberto, y Rodríguez Murillo Carlos Alberto. “Impacto de las compañías de seguros en Ecuador: evolución e influencia en la economía del país”. Escuela Superior Politécnica del Litoral. Guayaquil.
- Díaz Pilar. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio. Fundación MAPFRE, 2008.
- Franco Morales, Salvador. 1994. El Seguro de Vida. México, Editorial Hispanoamericana.
- González Barrón, 2006 El contrato de seguro, Jurista Editores, Bogotá.
- González Barrón, Gunther H. 2002. El contrato de seguro en el Perú. Jurista Editores. Lima.
- Jiménez Sánchez Guillermo. (2006). Derecho Mercantil. Barcelona: Ariel.
- Guardiola Lozano, Antonio. Manual de Introducción al seguro. Madrid: Editorial MAPFRE, 2001.
- Morejón Poveda Andrea, 2014, “Ejecución de Pólizas de Fianzas otorgadas por la Compañía de Seguros Centro Seguros a favor del Estado
- Ossa, Efrén. (1991). Teoría General del Seguro. Bogotá: Editorial Temis, 1991. Pág. 2
- Larrea Ayala, Lorena. Las Empresas de Seguros en el Ecuador. Quito: Universidad Internacional Sek, 2003.

- Larrea Benalcázar, Luis. Análisis de la Legislación relativa al Seguro Privado Ecuatoriano. Editorial Arte Actual, Publicado por FITSE. Quito-Ecuador.
- Porras Rodríguez Antonio. 1991. El Seguro de Grupo, Aspectos normativos, Técnicos y actuariales. Edita Centro de Estudios del Seguro, S.A., Madrid.
- Salgado Valdez, Roberto 2006, Sociedades Mercantiles con Participación del Estado.
- Superintendencia. (1 de agosto de 2015). Generalidades de la Superintendencia de Bancos del Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador
- Tapia Falconí, L. (2013) La Contratación de Seguros en el Sector Público del Ecuador. (Tesis para la obtención del Título de Abogada) Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.

Fuentes digitales

- Acosta Álvarez, Katerina 2014, Consideraciones sobre el Contrato Administrativo Tomado de <http://www.eluniverso.com> Pág. 14 (Acceso: 20 de agosto de 2015)
- Breedy, S. (23 de Julio de 2012). El Contrato de Seguro. Recuperado el 10 de septiembre de 2015, de http://www.elfinancierocr.com/blogs/mercado_seguro/Libro-Contrato-Seguro_7_141655844.html
- Buendia, D. (12 de noviembre de 2003). Legislación sobre el Contrato de Seguro. Recuperado el 19 de Julio de 2015, de <http://www.sbs.gob.ec>
- Código de Hammurabi. Ediciones Luarna: España. <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/C1%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>. Pág. 19 (Acceso: 08 de agosto de 2015).
- Coronado, I. Q. (2004). Derecho Mercantil. Recuperado el 10 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec/>
- Derecho, G. E. (abril de 2011). Guía Práctica del Contrato de Seguros. Recuperado el 09 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec>
- Diccionario De la Real Academia de la Lengua Española, versión digital 2010
- García, D. (Julio de 2011). Universidad San Francisco de Quito. Recuperado el agosto de 2015. <http://repositorio.usfq.edu.ec> Pág. 40-43 (Acceso: 15 de agosto del 2015)
- Guevara, S. R. (Julio de 2008). Aspectos Tributarios del Contrato de Seguros. Recuperado el 09 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec>
- Hinestrosa, Fernando. EFICACIA E INEFICACIA DEL CONTRATO. <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/433/406>. Pág. 143- 145(Acceso: 27 de agosto de 2015)

- Lacruz, M. (2013). Formación del Contrato de Seguro y Cobertura del Riesgo. Recuperado el 10 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec>
- Montoya, C. (2001). Manual de Seguros. Recuperado el 10 de septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec/>
- Quezada, Néstor. (5 de marzo de 2011). El Contrato de Seguro en Ecuador y en otras Legislaciones. Recuperado el Julio de 2015, de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/2879/1/08701.pdf>. Pág. 71-73 (Acceso: 3 de agosto del 2015)
- Sánchez Castro, Manuel. Régimen de contratación estatal modalidad de contratación directa. <http://www.creosltda.com/attachments/contratacion%20directa.pdf>. Pág. 17-22 Acceso: 27 de agosto de 2015.
- Tapias, C. D. (s.f.). Los Seguros y El Derecho Civil. Recuperado el 10 de Septiembre de 2015, de Google Libros: <https://books.google.com.ec/>

Cuerpos Legales

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008

Código Civil Ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código de Comercio del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.

Ley Orgánica del Servicio Público. Registro Oficial Suplemento 294 de 06 de octubre de 2010

Ley General de Seguros. Registro Oficial 403 de 23 de noviembre de 2006.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009.

Reglamento General a la Ley General de Seguros. Registro Oficial 342 de 18 de junio de 1998.