

¿ES LA INDUSTRIA DEL SEGURO UNA ACTIVIDAD FINANCIERA?

Dr. Eduardo Peña Triviño

En el Ecuador, no es infrecuente que se diga, por parte del público no iniciado y a veces, infortunadamente, por funcionarios de la Superintendencia de Bancos y Seguros, que la industria aseguradora forma parte de la actividad financiera y, por consiguiente, que a sus contratos y operaciones se les debe o puede aplicar la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. La interrogante con que se titula este trabajo contiene una duda que voy a tratar de dilucidar. Para desarrollar el asunto, lo dividiré en cuatro partes: La primera, el planteamiento del tema y los antecedentes históricos que obligaron a endurecer las normas del control de los bancos comerciales y las instituciones financieras, con la creación de una figura jurídica especial, la de la “vinculación castigada”, de las personas naturales y jurídicas relacionadas, bien como propietarias de todo o parte de sus paquetes accionarios, bien como administradoras de los bancos e instituciones financieras, y la correspondiente penalización en caso de la comisión de delitos como estafa o peculado. En la segunda parte analizaré el rol social de los bancos y las instituciones financieras, y las necesarias referencias legales, distinguiendo entre las operaciones financieras y las de seguros y explicaré el concepto de la vinculación. En la tercera parte estableceré las diferencias de las actividades de las aseguradoras de la de los bancos para opinar sobre la cuestión planteada y en la cuarta expondré mis reflexiones sobre si la vinculación puede ser aplicada a las compañías de seguros.

PRIMERA PARTE

- 1. La actividad financiera.-** Sin duda alguna, la gente común no distingue los tecnicismos propios de una discusión como la planteada, porque desde lejos se percibe que tanto los bancos comerciales y las instituciones financieras, al igual como las compañías de seguros reciben dinero del público del cual se nutren para desarrollar sus negocios. Pero cuando se penetra desde la superficie hacia la interioridad específica de tales operaciones, se viene a conocer que ese dinero ingresa por contratos diferentes y que su propiedad también es distinta. El depósito que el público hace de su dinero en los bancos comerciales, sigue siendo del depositante y el banco o la financiera los tiene siempre a su disposición. Como este dinero no siempre es retirado al mismo tiempo, salvo el caso de una corrida bancaria que por lo mismo produce la quiebra de tales instituciones, los depósitos acumulados permiten que los bancos mantengan una especie de sedimento, un valor importante que no se retira, que el banco pone a disposición del público en forma de préstamo a quien necesita el dinero para sus negocios, percibiendo un interés, porque el dinero es una mercancía cuyo precio está sujeto a la Ley de la Oferta y la Demanda tal como lo enunció John Maynard Keynes en las primeras décadas del siglo pasado.
- 2. Antecedes Históricos.-** Mucho se habló en nuestros países de que la de los años ochentas fue una década pérdida. En el Ecuador también lo fue especialmente la de los noventas, a partir del año 1997, en el que tuvimos que soportar la orgía itinerante de un gobierno errático, el del señor abogado Abdalá Bucaram quien,

luego de grandes protestas populares, fue removido de sus funciones por el Congreso Nacional el 11 de Febrero de 1997 y sustituido por un gobierno llamado interino que no estaba previsto en la Constitución. El país pudo soportar el cambio político, que más bien fue un alivio, pero no todo lo que sufrió en la estación lluviosa de 1998 cuando un inusual fenómeno de El Niño arrasó con la agricultura costeña especialmente con la de exportación agrícola, dañó las carreteras y muchas obras de infraestructura básica. El precio del petróleo cayó a USD \$6.20 el barril por lo cual el Ecuador no solo que tuvo que recurrir al endeudamiento externo para reponer su infraestructura productiva sino que también dejó de percibir importantes rentas porque el petróleo soportaba más del 40% de los ingresos del presupuesto nacional. El año 1995, el Ecuador venció al Perú en la guerra del Cenepa, pero tuvo que destinar ingentes recursos no presupuestados para financiar su costo. Desde el mes de Agosto del mismo año hubo un estiaje anticipado en la parte sur de la Sierra, que impidió el normal funcionamiento de la principal usina hidroeléctrica y obligó a racionar la provisión de energía, con el consiguiente deterioro de la producción industrial. La acumulación de estos sucesos dio por resultado que El Niño de 1998 fuera como la culminación de infortunios políticos y desastres naturales. A todo esto se añade que algunos empresarios del sector agrícola y agroindustrial, al ser devastadas sus plantaciones de banano y otros productos exportables, no pudieron honrar sus deudas con algunos bancos, especialmente de la ciudad de Guayaquil.

Al gobierno interino del doctor Fabián Alarcón, sucedió el del demócrata popular Jamil Mahuad, en cuyo mandato la situación económica se agravó de manera trágica: tuvo que hacer emisiones inorgánicas de sucres para evitar (sin impedirlo) la quiebra de algunos bancos, en lo que se llamó “salvataje bancario”, sacrificó la reserva monetaria internacional y creó la llamada Agencia de Garantía de Depósitos con el encargo de devolver todo el dinero depositado por los clientes en bancos quebrados. El resultado fue que el público perdió la confianza en la moneda y el sucre entró en un proceso de acelerada devaluación: el 31 de Diciembre del año 1998, el dólar norteamericano se cotizó a S/.6.795. sucres; el 31 de Diciembre de 1999, a 19,858 sucres y en Enero del 2000 la cotización subió a S/.28.000.- Los ahorristas prefirieron comprar dólares y los sacaron del país de suerte que fugaron aproximadamente dos mil millones de dólares. Quienes mantuvieron su dinero en el país no lo depositaron en los bancos, guardándolos más bien en sus casas, de suerte que el ingenio popular designó a esta práctica como depósitos en el “colchón bank”. El deterioro político del gobierno de Mahuad tuvo muchas causas pero quizás la más importante fue la decisión de decretar la congelación de los depósitos y un feriado bancario de una semana, lapso en el que los bancos permanecieron cerrados: algunos que estaban en mala situación aprovecharon para destruir u ocultar las pruebas de los delitos cometidos por sus ejecutivos y para maquillar sus contabilidades.

Algunos bancos importantes de la ciudad de Guayaquil tuvieron que cerrar sus puertas definitivamente en los primeros años del siglo XXI, como el banco del Progreso, La Previsora, Filanbanco y Continental, entre los principales. También quebraron bancos de Quito, como el Popular, y de la ciudad de Cuenca. Se descubrió que muchos banqueros habían cometido actos de

corrupción inéditos hasta la fecha, que consistían no solo en prestar dinero a sus amigos y a ellos mismos por intermedio de testaferros, sino que también habían abusado personalmente del crédito auto otorgado, sin pagarlo, usando medios de una imaginación diabólica para evitar que se comprobaran sus latrocinios. Con vergüenza, voy a relatar dos de los medios más socorridos de estafa a los propios bancos. El uno consistía en buscarse un testaferro, a quien le otorgaban un préstamo de tres o cuatro millones de dólares. El deudor presentaba como garantía para el crédito bienes raíces o contra garantías reales sobre valoradas, con la complicidad de peritos evaluadores. Vencido el préstamo, el deudor no pagaba alegando malos negocios. En una falsa demostración de buena fe entregaba las garantías en dación de pago, y al momento de ejecutarlas, se comprobaba que la tal garantía no cubría ni el 10% del valor del préstamo. Así, los bancos se llenaron de bienes inservibles y de maquinarias convertidas en chatarra y perdieron su patrimonio. La segunda argucia era más cínica y descarada: el funcionario se hacía otorgar un crédito en algún banco subsidiario del grupo financiero. Al vencimiento, no pagaba el crédito y como tenía el poder suficiente, ordenaba que el crédito se castigara como absolutamente incobrable, y se provisionaba la totalidad de la deuda con cargo al balance.

Por otra parte, la autoridad de control, esto es la Superintendencia de Bancos, tal vez por falta de un adecuado marco legal, quizás por falta de acuciosidad de sus auditores, no impedía estos atracos muchos de los cuales quedaron impunes porque sus hechos, más bien digo malhechores, presentaban recursos de toda índole y finalmente huían del país.

En Enero 9 del año 2000 en uno de sus últimos decretos el Presidente Mahuad introdujo la dolarización, convirtiendo al dólar norteamericano como la moneda de uso corriente en el Ecuador. Una semana más tarde, encendidas protestas en las dos ciudades más pobladas, junto con un levantamiento indígena, causaron el derrocamiento del gobierno de Mahuad y luego de un efímero triunvirato dictatorial, asumió la Presidencia Constitucional de la República el doctor Gustavo Noboa Bejarano uno de cuyos primeros actos de gobierno fue confirmar que el dólar seguía siendo la moneda ecuatoriana y la abolición del sucre como nuestro signo monetario. También se decretó que, para los efectos de la conversión cambiaria, el tipo de cambio era de 25,000. sucres por cada dólar

3. - De todos estos abusos, nos quedó la experiencia y la necesidad imperiosa de evitar su repetición, porque mucho dolor causaron a cientos de miles de inocentes depositantes que perdieron su dinero en los bancos cerrados, a los accionistas que habían comprado acciones en tales bancos y al país que vivió días dramáticos y sufrió un retroceso del que todavía no puede recuperarse. La solución fue endurecer la legislación del peculado bancario y sobre todo crear la figura jurídica que he llamado de la “vinculación castigada”, que consiste en prohibir a los accionistas, socios, administradores y ejecutivos de los bancos comerciales y las instituciones financieras recibir préstamos ni ningún crédito de los bancos a los que están vinculados, prohibición que incluye también a sus parientes íntimos y a sus socios, como veremos en adelante.

SEGUNDA PARTE

1. El Rol de los bancos y las Instituciones Financieras.-La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) ha sido objeto de numerosas reformas hasta el año 2002, con el fin, según hemos dicho, de reformar el marco legal para fortalecer las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, dotándola de amplias facultades. También se han incrementado las penas previstas en el Código Penal para quien cometa peculado bancario.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su artículo 2, contiene el concepto de la intermediación financiera, diciendo que “los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión”.

El mismo artículo dice que son instituciones financieras privadas los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión o desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público.

La esencia de lo que se llama intermediación financiera, es muy sencilla: captar dinero del público y obtener fondos que los tiene en depósito, y con la acumulación de esos dineros depositados reunir un capital que lo utiliza en operaciones de crédito, avales y garantías e inversión. Es también sustancial recordar que el público entrega sus ahorros y valores a tales instituciones en calidad de depósito, que se encuentra definido en el Art. 2143 del Código Civil: “Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”. La cosa depositada se llama también depósito. Es necesario además subrayar la palabra “confía”, porque sin duda alguna, el verbo confiar significa que el depositante espera que esa cosa depositada se le devuelva sin trabas y completa. Hay absoluta buena fe en quien confía entregando una cosa al depositario. Estos conceptos están reiterados en el Art. 2147 del mismo Código, que insiste: “El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble, para que la guarde, y la restituya en especie a voluntad del depositante”.

Cuando el banquero o administrador de una sociedad financiera dispone indebidamente de los recursos que ha recibido, está cometiendo no solo el delito de abuso de confianza que consiste en aprovecharse en beneficio propio de dinero ajeno que este caso se convierte en peculado bancario sino que también está afectando a la institución financiera cuya actividad hunde sus raíces en la historia más remota.

Más adelante, en el Art. 51, la misma ley precisa las operaciones que realizan los bancos y dice que consisten en:

- a) “Recibir recursos del público en depósitos a la vista. Los depósitos a la vista son obligaciones bancarias, comprenden los depósitos monetarios exigibles mediante la presentación de cheques u otros mecanismos de pago y registro; los de ahorro, exigibles mediante la presentación de libretas de ahorros u otros mecanismos de pago y registro; y, cualquier otro exigible en un plazo menor a 30 días”.

Los depósitos a la vista y los de ahorro pueden ser retirados inmediatamente y en cualquier momento y se llaman “a la vista” porque pueden ser exigibles en un plazo menor a 30 días. Los distingue de los depósitos a plazo los cuales están definidos así:

- b) “Los depósitos a plazo son obligaciones financieras exigibles al vencimiento de un período no menor de 30 días, libremente convenido por las partes” Aquí, el tiempo que debe ser de más de 30 días para poder retirar el depósito, tiene una contraprestación en forma del rédito que la institución financiera le reconoce al depositante.

La Ley permite otras operaciones como endosos, avales, títulos de crédito, otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas o externas o cualquier otro documento de acuerdo con las normas y usos internacionales.

Permítame el lector insistir en que los depósitos, a la vista o a plazo, con interés o sin él, causan una especie de posesión precaria en el banco y la institución financiera. El caso del depósito a plazo es una especie de préstamo de uso, y su plazo mínimo de 30 días genera un interés a favor del depositante. Pero nunca podrá afirmarse que el dinero de los depositantes es propiedad del banco o de la Institución Financiera, por lo cual su mal uso está penado por la ley.

2. Instituciones controladas por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.- En el artículo 1, incluyendo la última reforma publicada el 30 de Noviembre del año 2001, se define el ámbito de la ley, diciendo: “Esta ley regula la creación, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las instituciones del sistema financiero privado, así como la organización y funciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, entidad encargada de la supervisión y control del sistema financiero en todo lo cual se tiene presente la protección de los intereses del público” (...) “Las instituciones financieras públicas, las compañías de seguros y reaseguros se rigen por sus propias leyes en lo relativo a su creación, actividades, funcionamiento y organización. Se someterán a esta ley en lo relacionado a la aplicación de normas de solvencia y prudencia financiera y al control y vigilancia que realizará la Superintendencia dentro del marco legal que regula a estas instituciones en todo cuanto fuere aplicable según su naturaleza jurídica”.

Es conveniente destacar que el ámbito de la ley está aplicado a las instituciones del sistema financiero privado y a la organización de la Superintendencia de Bancos y, para los efectos de las explicaciones que constan adelante, que las compañías de seguros y reaseguros se rigen por sus propias leyes, que son principalmente dos: Para su organización, funcionamiento, extinción y control, la Ley General de Compañías de Seguros; y para normar la esencia de su actividad

que es la contratación de seguros y reaseguros, la Legislación Sobre el Contrato de Seguros, que es una parte del Código de Comercio ecuatoriano, por ahora segregada hasta cuando se realice la esperada codificación de dicho Código.

3.- El grupo financiero.- El mismo artículo 1 de la LGISF, en su quinto inciso, menciona las instituciones que forman parte de un grupo financiero, que “serán controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la debida órbita de su competencia.” Y enumera las instituciones que lo integran: “ Formarán parte de un grupo financiero únicamente las instituciones financieras privadas, incluyendo las subsidiarias o afiliadas del exterior, las de servicios financieros, de servicios auxiliares del sistema financiero que regula esta ley, así como las compañías de seguros y reaseguros, las casas de valores y las compañías administradoras de fondos.” Enumeración taxativa y suficiente que introduce obligaciones comunes para todos los integrantes del grupo, como por ejemplo las de tener un solo auditor externo elegido por el entidad controladora que hace cabeza del mismo. La diferencia entre subsidiarias y afiliadas está determinada por el porcentaje de propiedad en las acciones de éstas. El artículo 67 de la LGISF, señala que si la sociedad controladora tiene una participación, directa o indirecta, superior al 50% del capital de la compañía receptora de la inversión, la entidad controlada es subsidiaria. Si dicha participación está entre el 20 y el 50%, es afiliada.

4.- La figura de la “vinculación castigada”.- En razón de los abusos relatados en los antecedentes históricos, el legislador creó la figura de la vinculación, que he llamado castigada, porque contiene una prohibición radical con respecto a las personas que se consideran vinculadas. De esta manera, luego de una reforma hecha al artículo 1 de la Ley 2002-57, publicada en el Registro Oficial 494-S del 15 de Enero del 2002, se consagra la vinculación castigada con el siguiente texto legal: “Se prohíbe efectuar operaciones con personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente con la administración o la propiedad de una institución del sistema financiero, de sus subsidiarias o de su sociedad controladora”.

Para las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, se establecen cupos de crédito a los cuales podrán acceder algunas personas naturales y jurídicas vinculadas con la administración y miembros de los consejos de administración y vigilancia, los cuales no interesan para los efectos de este trabajo.

¿En qué consiste la vinculación, y quiénes son las personas naturales y jurídicas vinculadas con las instituciones del sistema financiero con las cuales está prohibido efectuar operaciones so pena de incurrir en el delito de peculado bancario?. Se entiende en primer lugar que la palabra “operaciones” para estos menesteres resulta incompleta, aunque se use en el sentido de la tercera acepción del Diccionario de la Lengua Española, que define la palabra “operación” diciendo: “*Com. negociación o contrato sobre valores o mercaderías. Operación de bolsa, de descuento*”. Estas operaciones se refieren principalmente al otorgamiento de préstamos, créditos, avales o cualquier otro acto que implique desembolso de dinero presente o futuro o que cause un gravamen al patrimonio de la sociedad financiera.

En el artículo siguiente, la ley dice quiénes son los vinculados, y copio textualmente la norma jurídica:

“Art-74.- Se considerarán vinculadas a la propiedad o administración de la institución del sistema financiero, las siguientes:

- a) Las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente el uno por ciento (1%) o más del capital pagado de la institución financiera o de la sociedad controladora del banco o institución financiera que haga cabeza del grupo financiero;
- b) Las empresas en las cuales los representantes legales, administradores directos o funcionarios posean directa o indirectamente más del tres por ciento (3%) del capital de dichas empresas;
- c) Los cónyuges o los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los representantes legales, de los administradores directos o funcionarios de una institución financiera;
- d) Las empresas en las que los cónyuges, los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los representantes legales, de los administradores directos o funcionarios de una institución financiera, posean acciones por un tres por ciento (3%) o más del capital de dichas empresas; y,
- e) Las que se declaren presuntivas con arreglo a las normas de carácter general que dicte la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, por plazos, tasas de interés, falta de caución u otra causa en las operaciones activas o sujetos que tengan tratamientos preferenciales en operaciones pasivas.

Los administradores y funcionarios para efectos de créditos vinculados deberán ser determinados por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia.”

Sobre esta norma, que es suficientemente clara, no caben mayores comentarios, porque el legislador ha sido muy específico en la enumeración de las personas naturales o jurídicas que, por estar comprendidas dentro de estas precisiones, no pueden ser sujetos de crédito en las instituciones del sistema financiero que controlan o administran. Se entiende que todas estas personas tienen una vinculación más directa que indirecta cuando se trata de los accionistas y de los miembros de la sociedad conyugal. El abanico se abre cuando se incluye a los parientes íntimos mencionados en los literales c) y d); y el universo de los vinculados llega a ampliarse casi en exceso con la figura de la vinculación presuntiva por las razones mencionadas en el literal e). Como es obvio, la Superintendencia de Bancos y Seguros ya ha dictado las normas de carácter general para definir la vinculación presuntiva, las mismas que están contenidas en el título VII, subtítulo III de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria. Tampoco resulta pertinente una mayor profundización y estudio sobre la vinculación presuntiva, porque los parámetros ya están mencionados en el literal e) antes transcrito, refiriéndose a plazos, tasas de interés, falta de garantías u otras causas, porque lo importante es la causa de estas excepciones: el tratamiento preferencial que se da o se recibe.

5.-El peculado bancario.- Corresponde ahora ocuparnos de la sanción penal a quienes desobedezcan la clara prohibición del Art.73 de la LGISF, que se exponen a ser imputados por la comisión del delito de peculado bancario que estaba tipificado en el artículo 257 del Código Penal originalmente para los empleados públicos respecto del dinero de la comunidad y luego se lo amplió para punir a quienes abusen de los dineros privados, el mismo que en sus incisos 1 y 4, luego de distintas reformas, describe la figura de peculado para el sector público y también para el sistema financiero nacional privado, penalizándolo severamente. Transcribo a continuación la estricta ley penal:

“Art.257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de 8 a 12 años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional” (...)

“También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades que hubiesen contribuido al acometimiento de éstos ilícitos.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado el fallo a la Oficina Nacional de Personal (actualmente Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y de Remuneraciones del Sector Público- SENRES-) y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos y Seguros si se tratare de un servidor bancario. El director de SENRES se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la SENRES un registro en que consten los nombres de ellos”.

A estas penas graves se agrega el hecho de que la acción penal prescribe en el doble del tiempo establecido en Art. 101 del Código Penal, que establece el plazo de 10 años para los delitos reprimidos con reclusión, lo cual significa que el tiempo de prescripción para el peculado bancario es de 20 años. Para abundar en la afirmación sobre la severidad de la pena para los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, la Constitución de la República, en el inciso segundo del Art.121 declara que estos delitos son imprescriptibles si fueren cometidos por dignatarios elegidos por votación popular, por los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general.

TERCERA PARTE

1. -La actividad aseguradora.- Entre los integrantes de un grupo financiero, puede haber una compañía de seguros y reaseguros. Hemos visto que en el artículo 1 de LGISF se dice que las compañías de seguros se registrarán por su propia ley, y hemos recordado que a la actividad aseguradora la norman dos leyes, que son la Ley General de Seguros, dictada el 26 de Marzo de 1998 y publicada en el Registro Oficial No.290 del 3 de Abril del mismo año, y la Legislación sobre el Contrato de Seguros vigente desde el 7 Diciembre de 1963, fecha de publicación del Registro Oficial N° 123. También se les aplica, subsidiariamente la Ley de Compañías y la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, especialmente cuando son parte de un grupo financiero. Es pertinente responder la cuestión de este trabajo y examinar si las compañías de seguros son instituciones financieras o no lo son.

2. -¿ Por qué las compañías de seguros no son instituciones financieras?.- En mi opinión, las empresas de seguros no son instituciones financieras, aún cuando formen parte de un grupo financiero, por las siguientes razones:

2.1.-Por razón de la ley. Si la LGISF señala que las compañías de seguros se rigen por su propia ley en lo relativo a su creación, actividades, funcionamiento y organización, no cabría mayor discusión sobre el tema porque la norma jurídica es de carácter obligatorio y, como declaración de la voluntad soberana, su cumplimiento está determinado por el imperio que ejerce el Estado sobre toda la sociedad.

2.2.- Por la naturaleza del negocio, las primas son propiedad de las compañías de seguros.- El negocio asegurador se nutre de las primas que pagan los asegurados o solicitantes como precio de un contrato de seguros, y no obstante que este dinero proviene de la sociedad y el público en general, la empresa aseguradora no recibe las primas en calidad de depósito a la vista o a plazo, porque no tiene obligación de devolver ese depósito a simple requerimiento del asegurado o cuando se venza el plazo del depósito. La prima es la contraprestación económica que paga el asegurado como precio de un contrato que le garantiza una indemnización si ocurre el riesgo allí previsto. He mencionado que el banco o institución financiera que recibe depósitos del público, los tiene en una especie de posesión precaria, tan precaria que en el caso de depósitos a la vista con la simple presentación de un cheque o de la libreta de ahorros el banco tiene la obligación de devolver el valor requerido por el depositante: el cuenta correntista o el cuenta ahorrista. No ocurre lo mismo con la compañía de seguros, porque si el asegurado le solicita la devolución de la prima, salvo el caso de un ajuste que obligue a devolver parte de esa prima porque el riesgo se ha mejorado o el plazo se ha reducido, la compañía de seguros exigirá la terminación o resolución del contrato y luego de cobrarse la prima por el tiempo en que el contrato ha estado en vigor, devuelve la parte correspondiente de la prima, a prorrata o aplicando la tarifa de seguros a corto plazo, según lo que establezca la póliza. Pero hay dos efectos principales en la devolución de la prima: el primero, la terminación del contrato y el segundo la retención de la prima por el tiempo en que el seguro ha estado en vigor. Las primas son propiedad de las compañías de seguros y no de los asegurados.

2.3.- La prima, elemento esencial del contrato de seguro y de la institución aseguradora.- No es demás que recordemos ciertos conceptos básicos del contrato de seguros y de la actividad aseguradora: la Legislación sobre el Contrato de Seguro, dice: “Art.2.- Son elementos esenciales del contrato de seguro: (...) 6.- la prima o precio del seguro”. Todos los doctrinantes están de acuerdo en que sin prima no hay contrato de seguro. En efecto, su pago compromete al asegurador a pagar la indemnización si ocurre el siniestro. Con la acumulación de dichas primas el asegurador reúne los recursos necesarios para pagar los siniestros, y esta parte que se destina a atender los reclamos se llama prima de riesgo; además, con la prima el asegurador cubre los gastos de administración de la empresa y los gastos de adquisición del negocio, que son las comisiones que paga a los agentes vendedores de seguros. Otrosí: en el cálculo de la prima debe incluirse un factor de desviación para suplir cualquier error cometido al establecer la prima de riesgo y finalmente deberá contener la porción de una modesta utilidad.

Tampoco puede concebirse a la institución aseguradora sin el pago de primas, porque es la sumatoria de todos los contratos individuales o singulares y además del conjunto de los más variados y diversos contratos y actos ligados con ella que pueden comprender desde la inversión de sus reservas y remanentes, hasta la organización de hospitales, pasando por talleres para la reparación de automotores. En definitiva, no es más que una expresión de solidaridad entre los distintos asegurados de una empresa aseguradora, que aportan su dinero para que quien es tocado por la desgracia pueda recuperar los bienes perdidos o resarcirse de las pérdidas. Entregada la prima, se ha producido la tradición de su propiedad: del asegurado al asegurador.

3. - Las primas no son depósitos.- De lo anteriormente expuesto la única conclusión lógica que cabe, casi como un axioma, es que las primas no son depósitos del público sino el precio de un contrato de protección de bienes y servicios. Por consiguiente, las empresas de seguros no realizan intermediación financiera, en primer lugar porque no dan dinero prestado al público (aunque en los seguros de vida pueden prestarle a los asegurados una parte de las reservas acumuladas), y por tal motivo no reciben un interés por el servicio de otorgarle crédito al público en general. Al contrario, como se ha demostrado, las primas son propiedad de las compañías de seguros, tan suyas que con ellas atienden los siniestros de esa especie de comunidad reducida que se forma entre sus asegurados.

4. - Las compañías de seguros no son parte del sistema financiero.- Si las compañías de seguros no realizan actividades ni operaciones de intermediación financiera porque las primas que recibe como precio de los contratos de seguros no son propiedad del público sino de las empresas aseguradoras, por la esencia de su negocio, no están dentro del sistema financiero y por consiguiente no se les puede aplicar las disposiciones propias de los bancos e instituciones financieras definidas en la LGISF, sino las propias que rigen su actividad y que son las anteriormente mencionadas.

CUARTA PARTE

1. - **¿Se puede aplicar el concepto de vinculación castigada al negocio de seguros?** Los razonamientos expuestos anteriormente, nos han llevado a la conclusión de que las compañías de seguros no realizan negocios de intermediación financiera y por lo tanto no se les puede aplicar a los administradores y las personas vinculadas, las prohibiciones contenidas en la LGISF. Si las aseguradoras no dan dinero prestado al público, no son pasibles de que se les impongan prohibiciones propias de un negocio distinto al suyo, aunque sí cabe la prohibición de que los administradores se otorguen a sí mismos préstamos con el dinero de las empresas que administran.

Por otra parte, las aseguradoras que operan en el Ecuador han tenido siempre una historia de eficiencia y honradez. Que se conozca, no ha quebrado fraudulentamente ninguna compañía de seguros. Es natural que algunas hayan fracasado por la propia naturaleza aleatoria del contrato de seguros, y también porque sus administradores cometieron errores mas no fraudes en contra de sus clientes. En la última crisis, desde 1997, las pocas compañías de seguros que tuvieron que cerrar sus puertas lo hicieron porque los bancos que eran sus dueños tuvieron dificultades de diversa índole y dejaron de operar. Estas compañías pasaron a ser propiedad de la Agencia de Garantía de Depósitos y han sido puestas a la venta. Se dio el caso de una aseguradora que entró en proceso de liquidación forzosa porque tuvo el infortunio de requerir un incremento de capital, y los inversionistas extranjeros que estaban dispuestos a comprar parte del paquete accionario de la compañía, cuando ocurrió la congelación de depósitos y el feriado bancario en el año 2000, retiraron su oferta y la compañía entró en liquidación. Otras dos están liquidándose, no a consecuencia de fraude sino por deficiente suscripción. Volviendo a la afirmación inicial, ningún empleado o ejecutivo del sector asegurador está enjuiciado por estafa o disposición arbitraria de los dineros o valores de las empresas aseguradoras que administraron.

Si la historia también es diferente, no hay ninguna razón para que a las empresas aseguradoras se les quiera imponer el concepto de vinculación castigada.

2. - **Las operaciones de las compañías de seguros están regidas por una Ley especial.**- Es la Ley General de Seguros dictada en el mes de Abril de 1998 que ya contiene normas de prudencia sobre la inversión de su capital y reservas, como lo hace de manera casi exhaustiva el artículo 23. Esta norma abre un abanico de posibilidades de inversión, ninguna de las cuales permite dar dinero prestado al público. La misma ley establece disposiciones sobre el margen de solvencia y la capacidad operativa, otorgándole amplias facultades de control a la Superintendencia de Bancos y Seguros. Llega al extremo la disposición del artículo 25 mediante el cual se manda que hasta los modelos de pólizas, formularios de solicitudes, notas técnicas y las tarifas de primas sean previamente aprobados por la Superintendencia de Bancos y Seguros. Contiene además un capítulo entero que trata de las limitaciones prohibiciones y sanciones, teniendo el Superintendente de Bancos y Seguros la facultad de imponer multas, remover a sus administradores, suspender los certificados de autorización para operar en determinados ramos y la capacidad para liquidar

forzosamente a cualquiera de las entidades controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

De otro lado, la Ley General de Seguros contiene el criticado artículo 42 que trata sobre el reclamo administrativo. Esta es una vía que puede escoger el asegurado si la compañía de seguros no paga la indemnización dentro de los 45 días siguientes a aquel en que el asegurado presentó las pruebas de un siniestro. En el trámite se prevén las notificaciones correspondientes, y todo sería llevado con justicia y equidad a no ser por la incorrecta interpretación que los abogados del organismo de control le dan a la frase “la Superintendencia de Bancos comprobará la existencia de los fundamentos de dichas objeciones y de no haberlos ordenará el pago, caso contrario lo rechazará”. Dentro del trámite administrativo, la compañía de seguros que niega el pago de un siniestro debe comunicar dicha negativa u objeción de pago a la Superintendencia de Bancos y Seguros. Esta notificación, con más los fundamentos que tiene la compañía para objetar el pago del siniestro, debería ser suficiente de acuerdo con la más elemental hermenéutica jurídica, porque las palabras “comprobará la existencia de los fundamentos de dichas objeciones” no le otorgan a la Superintendencia de Bancos la facultad de examinar si esos fundamentos tienen razón, sino solo que existan. Pero la Superintendencia de Bancos y Seguros, arrogándose funciones de juez de derecho, se permite examinar los fundamentos en que el asegurador basó su objeción y en algunas ocasiones ordena el pago del siniestro, en un proceso que priva al asegurador del derecho de ejercer su defensa con la serenidad y los plazos que la autoridad y el juzgador requieren para no precipitarse en decisiones faltas de justicia. Los distintos juicios que establecen los códigos de procedimiento civil están organizados de manera que la prisa no presione al juez a fin de que sus decisiones lleven implícita la majestad del principio de dar a cada cual lo que le corresponde. Según el artículo 222 de la Constitución de la República del Ecuador, “las Superintendencias serán organismos técnicos con autonomía administrativa, económica, financiera y personería jurídica de derecho público, encargados de controlar instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan al interés general”. Esta clara norma de nuestra Carta Magna no le otorga a la Superintendencia de Bancos y Seguros la calidad de juez de derecho para que se pronuncie sobre los fundamentos con que una empresa aseguradora objeta el pago de un siniestro. Agregó, para mejor explicar, que el asegurado puede no recurrir al reclamo administrativo y resolver el contencioso por la vía arbitral o en juicio verbal sumario.

- 3. - El prurito controlador.-** En su afán de controlar a las compañías de seguros, la Superintendencia de Bancos y Seguros pretende aplicarles el concepto de vinculación castigada, y se valió de la Junta Bancaria para dictar una Resolución, la 779 del 31 de Marzo del 2005, estableciendo el concepto de vinculación, muy parecido al que contiene la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y prohibiendo que las compañías de seguros celebren contratos de seguros con las personas vinculadas, adquirir o vender bienes de la compañía o celebrar contratos de hipotecas u otorgar préstamos a estas personas vinculadas, con lo cual se llegó al absurdo de que la compañía de seguros no podía asegurar los bienes de sus socios, de sus accionistas o de sus propietarios. Se les prohibía asegurar los bienes de su propio grupo financiero, como si

hubiera un inevitable y gravísimo conflicto de intereses. Ni los reaseguradores que en muchos casos deben concurrir a pagar indemnizaciones por grandes siniestros han sugerido siquiera que las aseguradoras no contraten seguros con empresas ligadas por vínculos de capital, porque confían en la buena fe, honestidad y seriedad de sus reasegurados. Fue una medida tan absurda como prohibir que los dueños y accionistas de la American Airlines no viajaran en los aviones de esta empresa o que los dueños de la Coca Cola o de la cerveza Bavaria no bebieran sus productos. Comprendiendo el error, la Junta Bancaria dictó la Resolución 781 de 28 de Abril del 2005 y abolió la prohibición de que las compañías de seguros asegurasen a sus socios y accionistas, pero quedó vigente la prohibición de contratar seguros con los administradores de las empresas.

El organismo de control ha cometido varios desaciertos, que están en camino de ser rectificadas, porque afortunadamente se ha abierto un diálogo positivo entre el organismo de control y las entidades controladas. Esta es una señal de sensibilidad, porque los aseguradores tienen el conocimiento del negocio y la práctica diaria que van dejando un sedimento de sabiduría y experiencia, que no se opone a una razonable y bien intencionada acción del organismo de control porque, siendo acciones complementarias, todo conduce a la honestidad y eficiencia.

- 4. - Insistir en la prevención.-** La solución para evitar que se cometan errores con prohibiciones que carecen de propiedad y de justicia, es muy sencilla. Debería disponerse que los contratos de seguros que las aseguradoras celebren con sus administradores y ejecutivos se realicen bajo las mismas normas técnicas que las compañías de seguros usan para contratar con sus clientes normales y a las tasas aprobadas. Igualmente, que en caso de siniestros se actúe con las normas morales adecuadas sin incurrir en cicaterías pero tampoco en liberalidades proclives al abuso. También debería prohibirles a los administradores y ejecutivos recibir préstamos de las empresas administradas hasta determinados límites que la prudencia aconseje.

El organismo controlador tiene en las leyes vigentes todas las facultades necesarias para cuidar que los administradores, socios y accionistas de las compañías de seguros actúen de manera correcta y no abusen de sus mandatos o intereses. También la Superintendencia de Bancos y Seguros debería controlar periódicamente a las compañías de seguros y verificar que todos los procedimientos previstos en los manuales respectivos se cumplan a cabalidad para que no existan primas infravaloradas o exageración en el pago de siniestros, y peor aún invento de siniestros para lucrar deshonestamente con los bienes de la empresa de seguros.

Afortunadamente las experiencias en nuestro país indican que los administradores de las empresas de seguros, salvo las excepciones propias del humano acontecer, actúan siempre con la obligada corrección y moralidad en sus negocios.

CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto se deduce que las compañías de seguros en el Ecuador no son instituciones financieras, porque las primas son propiedad de ellas y no del público; que se rigen por sus propias leyes; que no es justo aplicarles los conceptos de vinculación castigada porque históricamente no corresponden a la práctica aseguradora ecuatoriana y que la Superintendencia de Bancos y Seguros debería controlar, con las atribuciones que le confiere la Ley General de Compañías de Seguros, que los administradores no traten de obtener y que en efecto no obtengan ventajas impropias en su calidad de dirigentes empresariales. Si encuentra violación a estos principios, que actúe con la mayor severidad y sin contemplaciones.

Se conoce que hay una tendencia de algún organismo internacional de unificar legislaciones y procedimientos en nuestra América Latina. Que lo haga, preservando la idiosincrasia de nuestros pueblos y su historia y con profundo respeto para las personas que dirigen y trabajan en una de las instituciones más nobles que la creado la inteligencia y el sentido de previsión de los hombres: el seguro.-

Guayaquil, agosto de 2005

El presente artículo se publicó originalmente en el N° 23 de la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, editada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.