

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

VIOLACIONES A LA LIBRE COMPETENCIA DEL
REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL SEGURO
OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO.
PRÁCTICAS CONCERTADAS: FIJACIÓN DE PRECIOS

JOSÉ URÍZAR ESPINOSA

Tesina de grado presentada como requisito
para la obtención del título de abogado

Quito, 18 de mayo de 2009

© Derechos de autor
José Urizar Espinosa

Resumen

El Derecho de la Competencia es una rama del Derecho nueva en nuestro Régimen normativo, si bien ha existido la obligación para nuestro Estado desde hace algún tiempo atrás de promulgar una ley en la materia, no fue hasta hace poco que se promulgo el Decreto Ejecutivo 1614, el cual manda la aplicación directa en el Ecuador de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, norma que regula la libre competencia entre los países miembros. A pesar de la obligación del Ecuador de regirse bajo un régimen de libre competencia, el 2 de enero de 2008 se promulgó el Decreto Ejecutivo 809, por medio del cual se publica el Reglamento Para la Aplicación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, el cual viola el régimen de libre competencia al cual debe ceñirse el Estado ecuatoriano. En la presente disertación probaremos que existen las violaciones mencionadas y que es responsabilidad del Estado el corregir los errores del Decreto Ejecutivo 809 y reformarlo para que esté acorde con los principios de libre competencia.

Abstract

Competition Law is a area of law relatively new in our legal regime, although Ecuador has had the obligation for a while to promulgate a Competition Law, it was not until very recently that Executive Decree 1614 was put into effect. Executive Decree 1614 establishes de direct application of Decision 608 of the Andean Community, which regulates competition amongst member states. Notwithstanding the obligation Ecuador has to operate under a free competition regime, January 2 of 2008 Executive Decree 809 was promulgated, statute through which the application of the mandatory automobile insurance (SOAT) is regulated, the mentioned statute violates the free competition regime which Ecuador is obligated to follow. In the following dissertation I will prove that the mentioned violations to the free competition regime exist and that it is a responsibility of the Ecuadorian Government to correct the flaws of Executive Decree 809 and reform it in accordance with the principles of Competition Law.

INDICE

Introducción.....	1
Capítulo I Normativa Ecuatoriana y de la Comunidad	
Andina de Naciones Aplicable.....	7
Capítulo II Sector Relevante.....	13
Sección 2.1 Generalidades.....	13
Sección 2.2 La Tarifa.....	16
Sección 2.3 Legislación Comparada.....	20
Capítulo III Parámetros Para la Determinación de la Tarifa.....	28
Sección 3.1 Tipo de Vehículo.....	29
Sección 3.2 Área Geográfica de Circulación.....	31
Sección 3.3 Riesgo del Conductor y Uso del Vehículo.....	33
Sección 3.4 Proporcionalidad entre la Tarifa y el Riesgo.....	39
Capítulo IV Ententes.....	44
Sección 4.1 Carteles.....	46
Sección 4.2 Oligopolios.....	50
Sección 4.3 Prácticas Concertadas.....	51
Sección 4.3.1 Prácticas concertadas relativas al SOAT peruano.....	54
Sección 4.3.2 Aplicabilidad del Razonamiento Jurídico de la N° 0224-2003/TDC- INDECOPI en el Caso del SOAT Ecuatoriano.....	60
4.3.3 Caso Italiano, acuerdo con el efecto de elevar los precios artificialmente por un servicio.....	64
Conclusiones.....	68
Bibliografía.....	71
Anexo 1 Estadísticas de los años 2006 y 2007 de la Dirección Nacional de Tránsito	
Anexo 2 Resolución 025-2002-INDECOPI/CLC	
Anexo 3 Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI	
Anexo 4 Asuntos Acumulados C-295/04 a C-298-04	
Anexo 5 Proyecto de Reclamo ante el Ministro de Industria y Productividad	

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Competencia es un área del Derecho que ha tenido un gran desarrollo mundialmente. En Europa y los Estados Unidos se ha legislado esta materia desde hace mucho tiempo. Juan José Otamendi Rodríguez-Bethencourt comenta que “El origen de la disciplina se sitúa en Francia donde ya el 29 de diciembre de 1852 una Sentencia del tribunal de Paris declaró que la libertad de la concurrencia no justificaba el empleo de medios contrarios a los usos de los comerciantes guiados por la buena fe y la lealtad.” (...) “La institución e incluso su nombre, se extendió por diversos países como Alemania (Unlauter Wettbewerb), Italia (Concorrenza sleale) o Inglaterra (Unfair competition).”¹ Por otra parte, de acuerdo con Lluís Cases Pallares, los orígenes del Derecho Antitrust en los Estados Unidos son incluso anteriores a la promulgación por el Parlamento Federal del Sherman Act, ya que con anterioridad a esta, al menos veintiséis Estados disponían de alguna forma de prohibición antitrust.² En Latinoamérica, aunque el Derecho de la Competencia es un área del Derecho relativamente nueva, se ha visto una importante evolución de la misma. De acuerdo con Luis José Díez-Canseco

¹ Otamendi Rodríguez-Bethencourt. J.J. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Aranzadi Editorial. Pamplona. 1994, pp. 39-40.

² Cases Pallares. L. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1995. p. 449.

Núñez, “En el transcurso de la presente década se ha generado en los países de América Latina y El Caribe un creciente interés político, legislativo y doctrinal por el derecho de la Competencia”³ Asimismo, desde hace mucho tiempo en Europa y los Estados Unidos ha existido la obligación de contar con un seguro para indemnizar los daños causados por la conducción de vehículos a motor, en todos los casos los daños corporales y en algunos otros también los daños materiales, fijando para esto límites mínimos para dichas indemnizaciones. Al respecto podemos referirnos a la obra de Jean Lemaire, la cual analiza los métodos y parámetros a utilizarse conforme las distintas legislaciones para la determinación de las tarifas correspondientes al seguro automovilístico de responsabilidad civil, en Europa y Norteamérica, determinando que en la mayoría de casos se trata de seguros obligatorios regulados estrictamente, regulaciones que determinan entre otras cosas límites mínimos de indemnización.⁴ En Europa, Estados Unidos, Colombia y Chile la legislación de seguro obligatorio automovilístico se ha promulgado respetando los principios de libre competencia. En el Ecuador, el 2 de enero de 2008, en el Registro oficial No. 243, se publicó el Decreto Ejecutivo No. 809 por medio del cual se promulgó el Reglamento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

Debemos considerar que la normativa ecuatoriana claramente determina que el Ecuador está sometido a un Régimen de Libre Competencia. El art. 244 numeral 3 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 establecía: “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 3) Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.” La actual Constitución de la República del Ecuador mantiene lo establecido por la anterior al disponer en su artículo 304 numeral 6: “Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 6. Evitar las políticas monopólicas y

³ San Martino de Domí. L. Dirección General. Temas de derecho Industrial y de la Competencia 4, Derecho de la Competencia. “Competencia e Integración en América Latina: Su Importancia y Los Temas que Deberían Ser Considerados”. Luis José Díez-Canseco Núñez. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2000. p. 49.

⁴ Lemaire J. Automobile Insurance. Actuarial Models. Kluger-Nijhoff Publishing. USA. 1985.

oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”

Adicionalmente el art. 305 de la Constitución de la República del Ecuador dispone:

“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolios privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

Es necesario considerar que el 27 de marzo de 2009 se publicó en el Registro Oficial No. 558, el Decreto Ejecutivo No. 1614, el cual establece la entidad estatal a cargo del juzgamiento de prácticas contrarias a la libre competencia, el procedimiento de juzgamiento y reglamenta la aplicación directa de las normas de fondo de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones en el Ecuador, norma que dispone la protección y promoción de la libre competencia.

Con respecto de este tema cabe preguntarnos ¿Atenta el Decreto Ejecutivo No. 809 publicado el 2 de enero de 2008, por medio del cual se promulga el Reglamento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT (En adelante RSOAT) contra los principios de libre competencia y la normativa de libre competencia aplicable en el Ecuador?

Tomando en cuenta las normas constitucionales citadas y la reciente promulgación del decreto Ejecutivo No. 1614, podemos establecer que el Estado ecuatoriano se ha comprometido a establecer mecanismos que impulsen y garanticen la libre competencia y a su vez se ha comprometido a sancionar a quienes realicen prácticas incongruentes con la misma. Nuestra Constitución al igual que los compromisos internacionales asumidos por el Ecuador, tales como el Acuerdo de Cartagena y la normativa comunitaria de la Comunidad Andina de Naciones, han

creado la obligación del Estado de cumplir con los principios de libre competencia. En cumplimiento de la obligación mencionada, se promulgó el Decreto Ejecutivo No. 1614, para regular el juzgamiento de prácticas contrarias a la libre competencia. En violación de la obligación asumida por el Estado ecuatoriano, sostengo que el Reglamento para el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (RSOAT) es atentatorio contra los principios y la legislación de libre competencia dado que no solo permite un acuerdo entre los agentes económicos para fijar el precio del servicio, sino que los faculta para realizar dicha práctica concertada.

En el Capítulo I del presente trabajo se analizará la normativa ecuatoriana y de la Comunidad Andina de Naciones que regula y establece un régimen de libre competencia. Se probará en dicho capítulo que el RSOAT viola la normativa ecuatoriana y comunitaria de libre competencia al fijar precios y ser conducente a la formación de un cartel o practicas concertadas. Las afectaciones potenciales y reales contra la libre competencia por parte del RSOAT existen y las demostraremos en la presente disertación. Es claro que por medio del RSOAT se han fijado las tarifas y existen indicios de la creación de un cartel por el mismo RSOAT, el mismo no solo fija las tarifas de prima de aplicación obligatoria sino que adicionalmente le otorga la potestad a este cartel en concurrencia con una entidad estatal, el FONSAT, para fijar las tarifas de prima cuando se requiera una variación de las mismas.

En el Capítulo II de este trabajo el cual trata sobre el mercado relevante se demostrará que el RSOAT viola lo dispuesto por los principios de proporcionalidad, equidad y suficiencia de libre competencia, generalmente contenidos en la legislación de libre competencia para el sector del seguro privado. Se probará que para cumplir con dichos principios, las tarifas deben ser el resultado de estudios actuariales que tomen en cuenta parámetros suficientes que permitan determinar de la mejor manera posible el riesgo de cada asegurado. En dicho capítulo se analizaran los principios mencionados dentro de la legislación aplicable en el Ecuador, y esto se contrastará con legislación extranjera en la materia

En el Capítulo III se analizarán los parámetros utilizados para la determinación de las tarifas establecidas en el RSOAT y se concluirá que dichos parámetros no son suficientes para determinar el riesgo de cada asegurado, lo cual deviene en una violación a los principios de libre competencia. Se probará también la potencial afección patrimonial a los asegurados que se deriva de la fijación de tarifas por medio del Estado ecuatoriano, lo cual se contrapone con una de las principales finalidades de la libre competencia, mejores precios y mejores servicios. Se analizarán también los parámetros que se pudieron haber utilizado tomando como referencia los parámetros que otras legislaciones utilizan para la correcta determinación del riesgo de cada asegurado.

Finalmente, en el Capítulo IV se demostrará que los elementos y características del RSOAT dan lugar a la existencia de un “pacto colusorio”⁵ del cual forman parte las empresas aseguradoras autorizadas a operar en el sector del SOAT y el Estado ecuatoriano, contraviniendo lo dispuesto por la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones. Siendo una prioridad del Estado el velar por la salud y bienestar de sus administrados, no existe una razón real o mejor dicho, una excepción o exoneración en nuestra constitución que permita que el RSOAT viole los principios de libre competencia. Nuestro Estado tiene la potestad de quebrantar los principios de libre competencia en cuanto a derecho público y regulación de entidades estatales que presten servicios básicos se refiere, sin embargo el seguro obligatorio de accidentes de tránsito se enmarca dentro del sector privado, y aún siendo este la respuesta estatal a una necesidad social, su régimen debe regirse dentro de lo posible en el ámbito privado. La necesidad de hacer frente a una necesidad social no significa que el estado pueda quebrantar los principios de libre competencia, sobre todo cuando existen mejores soluciones al problema que contemplan un acatamiento de los principios de libre competencia. El acatamiento de dichos principios no solo beneficia a la economía sino que permite adicionalmente que se protejan los intereses del consumidor. La defensa del consumidor es uno de los objetivos de las actuales legislaciones de libre competencia. De acuerdo con Juan José Otamendi Rodríguez-Bethencourt, “Se ha

⁵ Calvo Caravaca. A.L. Carrascosa Gonzáles. J. Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea ,Editorial Colex, Madrid, 2003. p. 858.

insistido por un sector doctrinal en el cambio de función que se produjo en la institución de la competencia desleal al otorgársele relevancia, que antes no tenía, al consumidor y sus asociaciones.”⁶, al propender que se brinden mejores bienes y servicios a mejores precios, de acuerdo con Juan Antonio Álvarez Avendaño y Claudio Lizana Anguita:

“La libre competencia no es sólo la forma más eficiente de asignar recursos, sino que es también una forma de distribución “justa” de las utilidades o ganancias de la producción. No sólo habrá más y mejores bienes, por la eficiente asignación de más recursos productivos que genera la libre competencia, sino que recibirán su premio los “mejores” en producir esos bienes. Será premiado quien tenga más mérito: quien logre hacer mejores bienes a un menor costo será quien obtenga más utilidades.”⁷

⁶ Otamendi Rodríguez-Bethencourt. J.J. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Aranzadi Editorial. Pamplona. 1994, p. 122.

⁷ Álvarez Avendaño J.A., Lizana Anguita. C. Dumping y Competencia Desleal Internacional. Editorial jurídica de Chile. Santiago. 1995. p. 76.

CAPÍTULO I
NORMATIVA ECUATORIANA Y DE LA COMUNIDAD
ANDINA DE NACIONES APLICABLE

El art. 304 numeral 6 de la Constitución Política del Ecuador manda que la política comercial tendrá como uno de sus objetivos evitar políticas monopólicas y oligopólicas, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

En concordancia con lo expuesto por el art. 304 numeral 6 de la Constitución, el art. 335 establece que el Estado sancionará toda forma de perjuicio a los derechos económicos y establece que el Estado establecerá los mecanismos de sanción para evitar prácticas de monopolios y oligopolios privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

El 27 de marzo de 2009 se publicó en el Registro Oficial No. 558, el Decreto Ejecutivo No. 1614. Dicha norma regula la aplicación nacional de las normas

comunitarias de protección y promoción de la libre competencia, Decisión 608 de la CAN, en el Ecuador y los procedimientos aplicables, designa al Ministro de Industrias como la autoridad encargada de la aplicación de la decisión 608 de la CAN, y a la Subsecretaría de Competencia como la autoridad investigadora.

Existen adicionalmente normas de rango legal que promueven la libre competencia y sancionan prácticas contrarias a la misma. La Ley General de Seguros, aplicable al presente caso, dado que el SOAT es una operación de seguro privado, que aunque tiene ciertas particularidades reglamentadas por el RSOAT, se debe regir de manera general por medio de las normas aplicables al sistema de seguro privado. Al respecto, el Art. 2 literal a) de la Ley General de Seguros establece que integran el sistema de seguro privado “todas las empresas que realicen operaciones de seguros”. En concordancia con la norma mencionada y con el motivo de especificar de una manera más detallada cuales empresas realizan operaciones de seguro privado, el art. 3 de la Ley General de Seguros establece que “Son empresas que realicen operaciones de seguros las compañías anónimas constituidas en el territorio nacional y las sucursales de empresas extranjeras, establecidas en el país, en concordancia con lo dispuesto en la presente Ley y cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas”. De acuerdo con lo citado, las empresas que actualmente proveen el SOAT en el Ecuador, son empresas que realizan operaciones de seguro privado y por lo tanto su funcionamiento debe regirse bajo esta norma.

Adicionalmente, la misma norma establece que son empresas de seguros generales las empresas “aseguren los riesgos causados por afecciones, pérdidas o daños de la salud, de los bienes o del patrimonio...”, por lo que podemos concluir que las empresas que proveen el SOAT en el Ecuador son empresas de seguros generales.

Al ser aplicable por suplementaria y conexa al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito la Ley General de Seguros, también lo es su Reglamento. El Art. 47 del Reglamento a la Ley General de Seguros establece que “las condiciones particulares de las pólizas serán el resultado del régimen de libre competencia”. Aún cuando en el caso particular lo establecido en dicha norma no podría ser aplicado a cabalidad, dado que lo

que tratamos en el presente trabajo es un seguro obligatorio, lo expuesto nos demuestra que el sistema de seguro privado debe regirse bajo la libre competencia.

En el Cap. II se discutirá más a fondo las normas específicas contenidas la Ley General de Seguros y su Reglamento relativas a la manera de determinar las tarifas a cobrarse por el seguro, dado que en ese capítulo se discutirá el tema de la tarifa en el SOAT.

La Ley de Defensa al Consumidor también es aplicable al presente trabajo por ser los asegurados consumidores del servicio prestado por las empresas aseguradoras. Este cuerpo legal en su Art. 54 establece que en casos especiales de excepción el Presidente de la República podrá regular temporalmente los precios de bienes y servicios, debiendo fundamentar dicha medida. El Presidente podrá ejercer dicha potestad cuando la situación económica del país haya causado una escalada injustificada de precios. Esta medida deberá ser ejecutada mediante Decreto Ejecutivo y deberá establecer el vencimiento de la misma. Aún cuando esta norma no se refiere específicamente a la libre competencia, se rescata de la misma que el Estado únicamente podrá intervenir en los precios del mercado de manera excepcional y por un tiempo limitado. Al respecto de la regulación económica por parte del Estado Lluís Cases Pallares indica:

“La regulación económica, indica Bayer, es el instrumento en manos de los poderes públicos a través del que intentan controlar los precios, la producción, la entrada y salida del mercado, las condiciones de la producción de bienes o prestación de servicios, las decisiones de la calidad de los productos de las empresas y evitar que las decisiones privadas puedan lesionar el interés público. Por consiguiente, y siguiendo a Ariño, la regulación es –la actividad normativa en la que el Gobierno condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos–.

Mediante esta técnica el poder público, en principio de acuerdo con el interés general, podrá determinar, entre otras cuestiones, qué empresas pueden participar en el mercado y si debe existir un número máximo de éstas, en qué condiciones pueden hacerlo o decidir cuál debe ser la calidad y el precio del producto o servicio ofrecido.(...)

La regulación, como técnica de acción de los poderes públicos para intervenir en el mercado, ha sido objeto de importantes ataques y críticas, que en ciertos casos han conllevado su sustitución o reducción.

En principio, puede decirse que la regulación, concebida inicialmente como un método para defender el interés público frente al interés privado, en muchas instancias ha pasado a ser percibida como un método para proteger intereses privados a costa del bien público debido a que las industrias reguladas tienen, a menudo, el control del proceso de regulación. Este cambio en la concepción de la regulación deriva de un proceso evolutivo de acumulación de críticas y observaciones que surgen alrededor de los instrumentos de regulación empleados para dirigir la acción de las empresas en el mercado.

Pese a ciertos antecedentes en la década de los cincuenta, es en la de los sesenta cuando van apareciendo diversos ataques a la regulación como instrumento de ordenación del mercado. Estos ponen de relieve, en general, cómo las regulaciones normalmente benefician los intereses privados a expensas de los consumidores o usuarios públicos”⁸

De acuerdo con lo citado, actualmente se considera que la regulación económica, tal como se da por medio del RSOAT, en vez de defender el interés público, defiende intereses privados a costa del bien público y de los intereses de los consumidores. Con respecto de la vigilancia por parte del Estado para preservar las condiciones de libre competencia, Lluís Cases Pallares sostiene que:

“El derecho antitrust cumple la misión de preservar el funcionamiento competitivo de los mercados que se estima va a producir una mayor eficiencia económica. Estos beneficios serán posibles en mercados en los que no existan restricciones privadas a la competencia, es decir, en mercados regidos por el derecho antitrust. Como ha dicho Kahn, la presunción del derecho antitrust de que el *laissez faire* no es una receta suficiente para la preservación de una economía competitiva es válida hoy como lo es desde la aprobación del Sherman Act (1890). Se plantea una exigencia de vigilancia de los poderes públicos –con el fin de que se mantengan las condiciones que permiten a las fuerzas del mercado un desenvolvimiento eficaz, esto es, es necesario crear el cuadro normativo adecuado para la existencia de auténticas condiciones de competencia-.”⁹

⁸ Cases Pallares. L. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1995. pp. 25, 29-30

⁹ *Ibidem.* p.36.

Conforme la cita anterior, en un régimen de libre competencia, el mercado debe ser vigilado para mantener las condiciones de libre competencia, pero las condiciones del mercado no deben ser reguladas y mucho menos impuestas. Una regulación por medio de la cual se fijan artificialmente los precios en el mercado no es conforme con un régimen de libre competencia.

Adicionalmente, son aplicables en el Ecuador las Normas de la Comunidad Andina de Naciones por ser el Ecuador parte de dicha comunidad. Al respecto de la Libre competencia el Acuerdo de Cartagena establece en el art. 93 que:

“Art. 93.- Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.”

Aún cuando dicha norma se refiere al comercio sub-regional, y por lo tanto no incluye al comercio interno dentro de uno de los países miembros, la norma citada nos permite establecer que una de las metas de la Comunidad Andina de Naciones es velar por la libre competencia, y por lo tanto se entendería que los países miembros están de acuerdo con los principios de libre competencia adoptados por la comunidad. Es importante recalcar que este artículo se refiere en una parte específicamente a corregir las prácticas que manipulen indebidamente los precios, la fijación de precios será tratada en el Cap. II, relativo a la tarifa.

La decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones es la norma relevante en materia de competencia. El Art. 7 de esta norma establece lo siguiente:

“Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.”

Es importante mencionar que el Art. 5 de la norma citada establece que:

“**Artículo 5.-** Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.”

Por lo citado entenderíamos que dicha Decisión no es aplicable a las prácticas en el territorio de un país y cuyos efectos reales se producen únicamente en el mismo país, sin embargo, la Decisión 616 de la Comunidad Andina en el Art. 1 que “**Artículo 1.-** Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.” Adicionalmente, la Decisión 608 es una norma de aplicación directa dentro del territorio ecuatoriano, conforme lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo 1614. Entendemos por lo tanto que el Ecuador debe aplicar lo contenido en la Decisión 608 en el comercio interno.

Por lo expuesto, podemos concluir que aún cuando en el Ecuador no existe actualmente una Ley de Competencia, el comercio nacional debe regirse bajo un régimen de libre competencia. Existen normas constitucionales, tratados internacionales, normas comunitarias y normas legales y reglamentarias que determinan la existencia de un régimen de libre competencia en el Ecuador. El Estado ecuatoriano tiene la obligación de actuar conforme a la libre competencia. El poder Ejecutivo del Estado ecuatoriano violó dicha obligación mediante la promulgación del RSOAT, el cual atenta repetidamente contra la libre competencia. Dicho Decreto Ejecutivo contiene normas que fijan precios y que promueven la formación de un cartel del cual forma parte el mismo Estado, estas alegaciones serán tratadas en los siguientes

capítulos.

CAPÍTULO II

MERCADO RELEVANTE

2.1 Generalidades

“Tiene la consideración de operación de seguro privado la contratación de la cobertura de un riesgo que, quedando fuera del ámbito de la Seguridad Social obligatoria (tanto la gestionada a través de los organismos públicos como de entidades o empresas colaboradoras), se encuadra en alguno de los siguientes supuestos:

a) Aquellas operaciones de seguro por las 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.

b) (...)”¹⁰

Para el presente trabajo nos interesa rescatar del concepto citado la proporcionalidad que debe tener la prima cobrada por parte del asegurador con el riesgo que este asume, a esto se refiere el principio de equidad, del cual hablaremos más a detalle en la sección II de este capítulo. En el contrato de seguro debe haber proporcionalidad entre las prestaciones y obligaciones de las partes, es por esto que es necesario evaluar el riesgo del asegurado para así poder determinar una prima justa que refleje el mismo. Hay que tener particular consideración de que el riesgo de que suceda el siniestro contra el cual se contrató el seguro varía dependiendo de un sinnúmero de variables, por lo que es necesario para determinar la prima justa, escoger la variables que influyan en la forma más directa y real en la probabilidad de que ocurra el siniestro.

Es importante tomar en cuenta que en este sector de la economía como en muchos otros, una de las partes en el contrato se puede encontrar en una desventaja al ser económicamente menos fuerte que la otra. Al respecto escribe el mismo autor que nos proporcione el concepto de operación de seguro privado en líneas anteriores lo siguiente:

“Dentro del sector financiero, el seguro constituye una unidad institucional ordenada por normas de derecho privado y derecho público, caracterizado habitualmente este último por su misión de tutelar los derechos de los asegurados y los beneficiarios. La razón de esta defensa de la que usualmente es la “parte débil” del contrato se justifica tradicionalmente en la propia naturaleza de la operación de seguro, que supone el cambio de una aportación presente por una prestación posible y futura, que el poder público tiene interés en que se haga realmente efectiva si se ha producido el siniestro.”¹¹

Dentro de este concepto el autor pone de manifiesto la existencia de una “parte débil” en el contrato de seguro privado y el interés que tiene el poder público de proteger a esa parte. La protección a la que se refiere específicamente el autor

¹⁰ GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, JOSE ELIAS. *Aspectos Técnicos de la Legislación de Seguro Privado*, Centro de Estudios del Seguro S.A., Madrid, 1991. p. 33.

¹¹ *Ibidem*. p. 22.

corresponde a las normas de derecho público que deberán regular y garantizar la solvencia de las instituciones aseguradoras para, de esta manera, poder garantizar el pago de la prestación posible y futura a la que está obligada la misma, esta idea viene a denominarse el principio de suficiencia.

La preocupación del estado de que la prestación posible y futura a favor del asegurado o beneficiario se haga efectiva lleva al legislador español a la expedición de la LOSP de 1984, la cual tiene entre otras finalidades, la de hacer frente a las necesidades de concebir un nuevo control (diferente al establecido en los predecesores de la LOSP, las Leyes de 14 de mayo de 1908 y de 16 de diciembre de 1954, las cuales se fundamentaban en el control previo) y de racionalizar el mercado de seguros, con el objeto de dotarle de mayor competitividad y transparencia.¹²

El interés que tiene el Estado de que las entidades aseguradoras mantengan una solvencia adecuada coexiste con su interés en que el sector sea competitivo, la actual legislación de seguros española, así lo demuestra; La competitividad en el sector beneficia igualmente a la “parte débil”, al propender a que la prima que se cobra por parte del asegurador sea justa, es decir, proporcional al riesgo que este asume. Mayor competitividad significa entre otras cosas mayor protección al asegurado ya que al ser este mismo el consumidor, se beneficia generalmente de mejores productos o servicios a menor precio.

El desarrollo de la actual legislación española de seguros toma como uno de sus pilares a la competencia, las normas desarrolladas propenden a la proliferación de la competencia en el sector, regulando la actividad de tal manera que la racionalización y control del mismo protejan a la “parte débil” desde el punto de vista de la solvencia de dichas instituciones sin dejar de lado la necesidad de que esta legislación no interfiera con la competitividad dentro del sector, e incluso creando normas que faciliten y exijan la misma.¹³

¹² GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, JOSE ELIAS. *Aspectos Técnicos de la Legislación de Seguro Privado*, Centro de Estudios del Seguro S.A., Madrid, 1991. p. 23.

¹³ *Ibíd.* p. 23

En cuanto a la necesidad de racionalizar el mercado de los seguros privados, los objetivos del legislador español fueron entre otros:

“...normalizar el mercado, otorgando a todas las entidades aseguradoras la posibilidad de participar en él en régimen de absoluta concurrencia y sin tratamientos legales discriminatorios (principio de libertad de competencia) (...) Fomentar la concentración de empresas, reestructurando el sector con el objetivo de conseguir mayor competitividad.”¹⁴

En cuanto al sistema de control aplicable en España a las empresas aseguradoras de acuerdo con la LOSEP de 1984 mencionada anteriormente, la administración pública se concentró en:

- a) La regulación de las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad aseguradora, consagrando el principio de solvencia.
- b) El saneamiento del sector y el establecimiento de medidas correctoras y rehabilitadoras.
- c) La protección de los intereses de los asegurados (prelación de créditos, libertad de contratación, etc.).
- d) La adaptación de la mediación en seguros a las orientaciones y prácticas internacionales.”

2.2 La Tarifa

“Por base técnica puede considerarse aquel estudio actuarial que tiene por objeto la determinación de las primas. Para ello y partiendo del análisis de las estadísticas y adicionando todos los costes de la actividad aseguradora, el actuario que la elabora llega al recibo final de prima que debe pagar el tomador del contrato.

Por su parte la tarifa se convierte en la conclusión final de la base técnica, puesto que recoge caso por caso las primas que para cada situación de riesgo determinado pagará el asegurado.”¹⁵

De lo citado se entiende que las tarifas o primas que se cobran por un seguro son el resultado de cálculos especializados que relacionan el precio que se paga por un

¹⁴ *Ibidem*. p. 23

¹⁵ GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, JOSE ELIAS. *Aspectos Técnicos de la Legislación de Seguro Privado*, Centro de Estudios del Seguro S.A., Madrid, 1991. p. 129

riesgo determinado. El autor señala que la tarifa recoge el riesgo determinado en cada caso particular para de esta manera poder determinarla dado que en cada caso particular existe diferente riesgo. Esto no es diferente en el caso de seguros de accidentes de tránsito, y en el caso de este tipo de seguros toman una parte importante en la determinación del riesgo no solo las características del vehículo sino también otras situaciones como por ejemplo el lugar geográfico de circulación habitual del vehículo, el uso del mismo y por su puesto las características particulares del conductor.

Al respecto, encontramos en la obra “Automobile Insurance” de Jean Lemaire, una obra comparativa que recoge los modelos actuariales para seguros de automóviles de varios países europeos, que las variables que se utilizan para la determinación de las tarifas en todos los casos toman en cuenta además de las características del vehículo, variables (no las mismas en todos los casos) como el área geográfica de conducción habitual, el uso habitual que se le da al vehículo, el sistema bonus malus, que consiste en un sistema que premia o penaliza al conductor (mediante la tarifa) por su historia de accidentes, la edad del conductor, el tiempo durante el cual el conductor ha tenido una licencia para conducir, la distancia viajada anualmente, etc.¹⁶. Al contrario, en el Ecuador, las tarifas cobradas por el SOAT se basan únicamente en las características del vehículo, lo cual hace imposible que la tarifa que paga cada conductor sea realmente representativa del riesgo del mismo.

Las variables utilizadas en cada caso para la determinación del riesgo de que ocurra un accidente de determinada cuantía deben ser escogidas de tal forma que se dé cumplimiento a lo contemplado por el principio de equidad o equivalencia.

En cuanto a la tarifa, los dos principales principios aplicables para la determinación de la misma son el principio de suficiencia o solvencia, el cual tiene que ver con la solvencia necesaria con la que deben contar las entidades aseguradoras para poder hacer frente al pago de indemnizaciones y el principio de equidad o equivalencia, el cual tiene que ver con la relación que debe haber entre la tarifa que se cobra al

¹⁶ LEMAIRE, JEAN. *Automobile Insurance Actuarial Models*, Kluwer-Nijhoff Publishing, Boston/Dordrecht/Lancaster, 1985.

asegurado y el riesgo que asume el asegurador. Ambos principios responden al régimen de libre competencia ya que para dar cumplimiento a dichos principios se debe poder fijar libremente la tarifa. De esta manera, el asegurador determina sus tarifas de tal forma que lo recaudado cumpla con los requisitos de solvencia y cada asegurado pague realmente lo correspondiente a su riesgo. Sin libertad en la determinación de los precios es imposible dar cabal cumplimiento a dichos principios.

Al respecto de el principio de equidad, desde el punto de vista técnico actuarial, los autores Ubaldo Nieto de Alba y Jesús Vegas Asencio comentan lo siguiente: “Desde el punto de vista actuarial el principio de equidad significa que en la elaboración de las tarifas se han de considerar los factores de riesgo más significativos, es decir, los que en mayor medida explican el comportamiento de la siniestralidad como variable endógena del modelo.”¹⁷

Desde un punto de vista jurídico, podemos definir al principio de equidad como:

“cada asegurado debe pagar la prima que realmente le corresponde en función del riesgo que significa para el asegurador. Este principio general puede, sin embargo, estar atenuado en determinados casos muy concretos por el principio de solidaridad, como ocurre siempre que una base técnica del seguro de vida se calcula en base al sistema de capitalización colectiva, y a menudo en el caso de seguros contratados con mutualidades de previsión social.”¹⁸

De acuerdo con lo citado, no existe razón de atenuar el principio de equidad en el caso de seguros de accidentes de tránsito.

El autor José Elías Díaz Villegas establece adicionalmente un tercer principio, el principio de libertad de competencia, el cual determina que:

“las entidades aseguradoras son libres de fijar las primas que estimen oportunas, siempre que sean técnicamente justificables. Quiere esto decir que no existen como norma general, seguros en los que las primas sean fijadas oficialmente por la Administración, ni tan siquiera aquéllas correspondientes a los seguros

¹⁷ NIETO DE ALBA, UBALDO, VEGAS ASENSIO, JESUS. *Matemática Actuarial*, Editorial MAPFRE, Madrid, 1993. p. 203

¹⁸ GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, JOSE ELIAS. *Aspectos Técnicos de la Legislación de Seguro Privado*, Centro de Estudios del Seguro S.A., Madrid, 1991. p. 130

obligatorios (tal es el caso, por ejemplo, de los seguros obligatorios de automóviles, del cazador y de viajeros).”¹⁹

A mi parecer, aunque es útil para una comprensión más fácil, no es necesario establecer este principio dado que para el cabal cumplimiento de los dos anteriores principios, en especial el principio de equidad, es necesario contar con un régimen de libre competencia que contemple la libre determinación de precios, dado que de no haberlo, sería imposible que cada asegurado pague la prima que realmente le corresponde.

Al respecto de los principios de equidad y suficiencia, nuestra Ley General de Seguros establece en el Art. 25 literal a) que:

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

Las pólizas deberán sujetarse mínimo a las siguientes condiciones:

a) Responder a normas de igualdad y equidad entre las partes contratantes;”

Adicionalmente, y específicamente en relación a las tarifas, el artículo mencionado establece que:

“Las tarifas de primas se sujetarán a los siguientes principios:

1. Ser el resultado de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad; o,
2. Ser el resultado del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera.”

Igualmente, el Reglamento a la Ley General de Seguros manda en su art. 53 que:

“Art. 53.- Las tarifas de primas deben observar que la prima y riesgo presenten una correlación positiva de acuerdo con las condiciones objetivas del riesgo. La tarifa debe aglutinar el costo del riesgo y los costos de operación, tales como: gastos de adquisición, administración, redistribución de riesgos y utilidad razonable, siempre bajo el régimen de libre competencia.”

¹⁹ *Ibidem.* p. 131

Sin embargo de que las normas citadas son aplicables al seguro privado y por lo tanto al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, la función ejecutiva decidió no tomarlas en cuenta al momento de la promulgación del RSOAT. El mencionado RSOAT fija tarifas de aplicación general, las cuales no cumplen con la obligación establecer igualdad y equidad entre las partes contratantes. El establecimiento de tarifas de aplicación general evita que haya equidad entre las partes ya que no es posible en una operación de seguro privado exista equidad entre las partes si el asegurador no cobra al asegurado una tarifa que represente el riesgo efectivo que este está asumiendo. Las tarifas no son fijadas de acuerdo con información estadística que cumpla con exigencias de representatividad si la tarifa que se cobra al asegurado no refleja el riesgo real del mismo, no existe representatividad si no se calcula efectivamente el riesgo de cada asegurado. De la misma manera, no se ha cumplido con lo dispuesto por el Reglamento a la Ley General de Seguros dado que en el caso de las tarifas cobradas por el SOAT no existe una correlación positiva entre el riesgo de cada asegurado y la tarifa que este paga. Es imposible que la tarifa haya sido fijada de acuerdo con el régimen de libre competencia si la misma es fijada por el Estado.

2.3 Legislación Comparada

Para probar más claramente el incumplimiento de las normas y principios del Derecho de Competencia, se hace necesario comparar nuestro RSOAT con normas que regulan seguros similares en distintas legislaciones.

La legislación española de seguro privado fue modificada ampliamente para acoplarse al Régimen Jurídico de la Unión Europea. En algunos casos estas reformas respondían a la aplicación de los principios del Derecho de la Competencia, lo dicho se comprueba en una serie de Decisiones cuyas disposiciones transitorias determinan el tiempo de gracia que se le concede a España para acoplar su legislación al régimen jurídico de libre competencia existente en la Unión Europea. La legislación particular en

el caso del seguro obligatorio de accidentes de tránsito también fue modificada conforme lo anteriormente dicho. En el caso de la normativa española es necesario antes de analizar la actual el referirnos a la normativa vigente en España antes de que se produjeran los cambios mencionados para compararla con nuestra normativa, esto nos permitirá identificar los errores de nuestra actual legislación aplicable al seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

Mediante Decreto 632/1968 del 21 de marzo de 1968 se aprueba en España el texto de la Ley 122/1962 sobre el Uso y Circulación de Vehículos a Motor. Dicha Ley establece el régimen de seguro obligatorio de accidentes de tránsito. Con el motivo de regular lo establecido por la norma referida anteriormente, se promulga el Decreto 3787/1964 del 19 de noviembre de 1964 por medio del cual se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos a Motor. En cuanto a este reglamento vamos a concentrarnos en las normas que se refieren a la tarifa que se cobrará por dicho seguro. Al respecto su art. 8 establece que “la tarifa será única y obligatoria para todos los asegurados.”. Lo antes citado nos comprueba que esta normativa no estaba acorde con los principios de libre competencia, en lo referente a la prohibición de fijar los precios. Sin embargo de lo dicho, este reglamento por lo menos determinaba en su art. 9 que:

“La tarifa se fijará partiendo de las obligaciones cubiertas por el seguro y de sus límites cuantitativos, en base de la valoración conjugada de los siguientes valores: a) Riesgo de circulación, según zonas geográficas y en función de su carácter urbano o interurbano. b) Riesgos en función de las circunstancias objetivas del vehículo, como potencia del motor, tonelaje, tipo, empleo de remolque, fecha de fabricación, y otras análogas, como la dedicación con carácter preferente a explotaciones agrícolas. c) Riesgos en función de la carga y objetos transportados. d) Riesgos en función de las circunstancias objetivas del conductor. e) Gastos de administración y producción del seguro. f) Bonificaciones que resulten en atención a las circunstancias de falta de siniestralidad y de permanencia en la misma entidad aseguradora. g) Cualquier otra circunstancia de naturaleza objetiva que pueda influir en la determinación de la tarifa”

Posteriormente, en la Ley 33/1984, Ley Sobre Ordenación del Seguro Privado, se establece en el art. 10 numeral 2 que el segundo ramo incluye todos los seguros que cubran responsabilidad civil, entendiéndose dentro de este grupo al Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y por lo tanto el mismo debería ceñirse a las normas generales aplicables a los seguros, incluidas las referentes a las tarifas. Al respecto de las tarifas, el art. 23 numeral 3 establece: “Las tarifas de primas responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros y respetaran los principios de equidad y suficiencia fundados en las reglas de la técnica aseguradora. No tendrán el carácter de práctica restrictiva de la competencia el uso de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes.”

En concordancia se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos a Motor, Real Decreto 2641/1986, dicha norma no regula las tarifas aplicables a este seguro, por lo que se entiende que en lo relevante a las tarifas, dicho seguro se regía bajo lo dispuesto por la normativa de aplicación general en cuanto a seguros, es decir, la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro y la Ley 33/1984, Ley Sobre Ordenación del Seguro Privado. La Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados reemplazó a la Ley 33/1984, cabe mencionar que esta Ley prevé en cuanto a la tarifa en su art. 24 numeral 3 lo siguiente:

“Las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas. Asimismo, responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes.”

Por lo citado, entendemos que actualmente, las tarifas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito español, se determinan en libertad de competencia, y aunque se permite el uso de estadísticas comunes para la determinación de tarifas, estas no podrían ser fijadas de una manera concertada entre las entidades aseguradoras.

Adicionalmente, para regular el área específica se promulgó la Ley Sobre responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, Real Decreto Legislativo 8/2004 y adicionalmente el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a Motor. Por no haber disposiciones relativas a la tarifa en ninguna de estas dos normas, se entiende que el establecimiento de la tarifa para este seguro se hace de acuerdo con lo dispuesto por el art. 24 numeral 3 de la Ley 30/1995 antes citado, es decir que estas se fijan libremente por las entidades aseguradoras de acuerdo con estudios actuariales y en conformidad con lo que mandan los principios de la libre competencia.

Por ser de aplicación en todo el Territorio de la Comunidad Europea, cabe citar el Reglamento (CEE) No. 1534/91 Del Consejo. Relativo la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, el cual concuerda con el art. 23 numeral 3 de la ley 33/1984 antes citado. El artículo 1 de dicha norma comunitaria dispone lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de la aplicación del Reglamento No. 17, la Comisión podrá declarar, mediante reglamento y de conformidad con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, que el apartado 1 del artículo 85 no se aplique a las categorías de acuerdos entre empresas, de decisiones de asociaciones de empresas y de prácticas concertadas en el sector de seguros que tengan por objeto la cooperación en materia de:

- a) establecimiento en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas de siniestralidad determinadas colectivamente o en el número de siniestros;
- b) establecimiento de las condiciones tipos de las pólizas;
- c) cobertura en común de determinados tipos de riesgo;
- d) liquidación de siniestros;
- e) verificación y conformidad de los dispositivos de seguridad;
- f) registros de los riesgos agravados y los correspondientes sistemas de información, siempre que la llevanza de dichos registros y la gestión de dicha información garanticen la confidencialidad.”

De acuerdo con el literal a) de la norma citada, se permiten en la Comunidad Europea acuerdos y prácticas concertadas en el sector de los seguros con respecto al

establecimiento de tarifas basadas en estadísticas colectivas, el establecimiento de condiciones estándar de las pólizas, la cobertura común de ciertos tipos de riesgo, etc. Sin embargo de que se permita el uso de estadísticas comunes para la determinación de las tarifas, cada entidad aseguradora debe determinar por su cuenta la tarifa que cobrará por determinado seguro. Si algo hace esta norma es beneficiar al consumidor ya que al permitir que se compartan las estadísticas, las tarifas que se determinen individualmente por las entidades aseguradoras, deberían ser más precisas lo cual llevaría a un mayor cumplimiento del principio de equidad o equivalencia. Las tarifas tendrían una base técnica más sustancial.

En el caso de la legislación colombiana con respecto del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, no existe una normativa particular como en el caso de Ecuador (RSOAT) o como en el caso de España. La legislación colombiana sobre esta materia está contenida dentro del Decreto 663 de 1993, por medio del cual se establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Las normas específicas para el Seguro Obligatorio De Daños Corporales Causados A Las Personas En Accidentes De Tránsito están contenidas dentro del Capítulo IV. El único artículo de este capítulo que se refiere a la determinación de la tarifa es el artículo 193 numeral 5, el cual manda:

“5. Facultades del Gobierno Nacional en relación con los términos de la póliza: Por tratarse de un seguro obligatorio de forzosa contratación, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalará con carácter uniforme las condiciones generales de las pólizas. La Superintendencia Bancaria revisará periódicamente las condiciones técnicas y financieras de la operación de este seguro, propósito para el cual solicitará a las entidades aseguradoras la información que estime conveniente. En todo caso, en la determinación de las tarifas se observarán los principios de equidad, suficiencia y moderación y se podrán establecer rangos diferenciales según la naturaleza de los riesgos.”

De acuerdo con lo citado, la determinación de las tarifas deberá hacerse en base a los principios de equidad, suficiencia y moderación. Esta es una clara prueba de que en el sistema colombiano las tarifas deben fijarse acorde con un régimen de libre competencia. Al no haber más normas relativas a la determinación de las tarifas para

este tipo particular de seguro, debemos remitirnos a las normas generales para la determinación de las tarifas, de acuerdo con lo previsto en el art. 192 numeral 4 del Estatuto. Este dispone que en lo no previsto por las normas específicas relativas al seguro obligatorio de accidentes de tránsito, regirán las normas del Código de Comercio y del Estatuto. El art. 184 del Estatuto establece las normas aplicables a las pólizas y tarifas. El numeral 1 establece que deberá obtenerse una autorización previa por parte de la Superintendencia Bancaria sobre los modelos de pólizas y tarifas. Esta autorización se requerirá únicamente para casos de autorizaciones iniciales a entidades aseguradoras y para el caso de la explotación de un nuevo ramo por parte de una entidad aseguradora. Por lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 184 entendemos que como regla general opera una libre determinación de tarifas por parte de las entidades aseguradoras.

El numeral 3 del mismo artículo dispone las reglas que deberán cumplir las tarifas, y estas son las siguientes:

- “a. Deben observar los principios técnicos de equidad y suficiencia;
- b. Deben ser el producto de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad, y
- c. Ser el producto del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera, en aquellos riesgos que por su naturaleza no resulte viable el cumplimiento de las exigencias contenidas en la letra anterior.”

Una vez más nos encontramos con la necesidad de observar los principios de equidad y suficiencia, la norma adicionalmente manda que las tarifas se basen en información estadística homogénea y representativa, estas condiciones, como hemos visto, son representativas de un régimen de libre competencia y concordantes con la prohibición de fijación de precios conforme lo dispuesto por el art. 1 de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959, el mismo manda:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas

tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

Por lo antes expuesto queda claro que la normativa que regula la determinación de las tarifas para los seguros en Colombia prevé la libre competencia y la libre determinación de tarifas. Esta normativa es aplicable en el caso del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

Una vez determinado que en Colombia la legislación pertinente manda la libre fijación de tarifas para el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, pasamos a analizar la normativa chilena correspondiente. La Ley N° 18.490 (1) Del Seguro Obligatorio de accidentes causados por vehículos Motorizados establece la normativa correspondiente a dicho seguro, sin embargo, en ninguna de sus normas establece la forma en que deberán ser determinadas las tarifas. Cabe mencionar que tampoco hacen referencia al método de determinación de las tarifas el Decreto con Fuerza de Ley No. 251 de 1931 (Ley de Seguros), ni el Libro II Título VIII del Código de Comercio, sección que trata sobre los seguros. Sin embargo de esto, el Resumen de la Normativa Legal del Mercado Asegurador Chileno²⁰ constante en la Página web de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile establece que las primas por los seguros contratados son fijadas libremente por las entidades aseguradoras chilenas.

No habiendo norma específica sobre la determinación de las tarifas en la legislación chilena relativa a los seguros, se hace más clara la aplicación del Decreto Ley No. 211 de 1973 (Ley de Competencia). Esta norma establece en su artículo 3 literal a) que se consideran como hechos, actos o convenciones que limitan la libre competencia “Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.” Por lo dicho, la determinación de las primas o tarifas en el sector asegurados chileno le corresponde libremente a cada entidad

²⁰ Resumen de la Normativa Legal del Mercado Asegurador Chileno²⁰ constante en la Página web de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile
http://www.svs.cl/sitio/legislacion_normativa/normativa/seguros/resumen_dfl251.pdf

aseguradora, en concordancia con la prohibición de fijación de precios constante en la norma citada.

La mayor diferencia entre lo establecido por las legislaciones vigentes de España, Chile y Colombia con lo dispuesto por nuestro RSOAT, es que la normativa de dichos países con respecto al seguro obligatorio de accidentes de tránsito, cualquiera que sea el nombre que se le dé a dicho seguro en determinado país, es el que en las legislaciones de los países mencionados se manda la libre determinación de las tarifas a cobrarse por parte de las entidades aseguradoras. A diferencia de esto, el RSOAT fija las tarifas para los distintos tipos de vehículos, tarifas a las que deberán apegarse las entidades aseguradoras que operen en esta rama.

CAPÍTULO III

PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA TARIFA

Como se ha mostrado en páginas anteriores, existe una serie de parámetros que se utilizan para el cálculo del riesgo de cada uno de los asegurados en seguros automovilísticos, riesgo que a su vez se manifiesta a través de una prima en atención al principio de proporcionalidad que debe haber entre el riesgo y la prima. El RSOAT establece una tabla de primas que atienden únicamente a los parámetros de edad del vehículo, clase de vehículo y cilindrada del vehículo, mediante la utilización de estos parámetros no se individualiza el riesgo de cada asegurado sino a lo mucho el riesgo del vehículo. Incluso más preocupante que la no individualización del riesgo de cada

asegurado es que de acuerdo con estadísticas proporcionadas por el Departamento de estadísticas de la Dirección Nacional de Tránsito, las tarifas establecidas para el SOAT ni siquiera atienden a dichos parámetros sino que parecen haber sido establecidas al azar. En este capítulo analizaremos la relación existente o falta de la misma entre la prima cobrada y el riesgo del vehículo, la posible incorporación de estadísticas existentes para la mejor individualización del riesgo y la falta de aplicación de los principios de proporcionalidad y suficiencia en el sistema utilizado actualmente.

3.1 Tipo de Vehículo

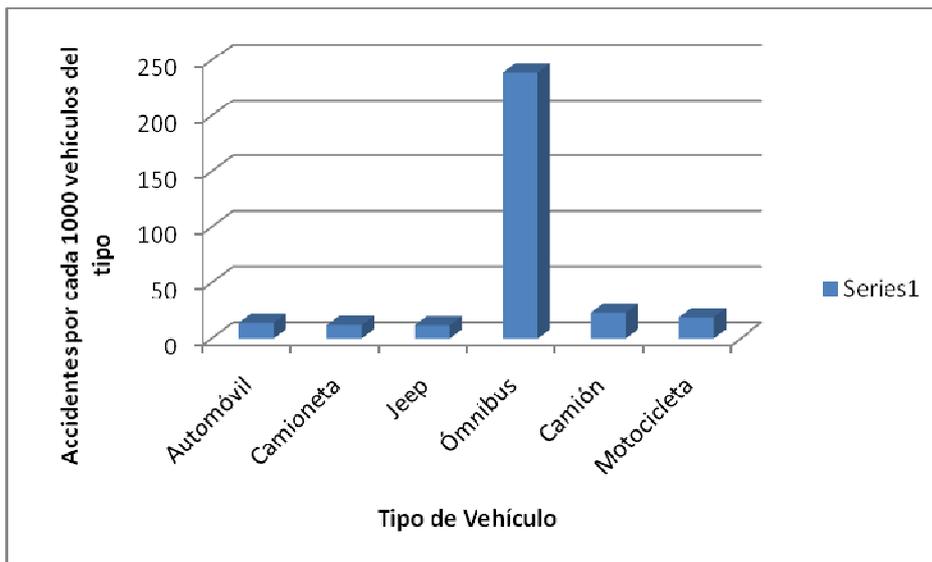
De acuerdo con las estadísticas proporcionadas por la Dirección Nacional de Tránsito, se desprende que en efecto, distintos tipos o clases de vehículos reflejan como grupo, distintos riesgos. A continuación presento una tabla que pone de manifiesto las diferencias del riesgo de cada clase de vehículo:

3.1.1

Tipo de Vehículo	Accidentes por Cada 1000 Vehículos del Tipo
Automóvil	13.73/1000
Camioneta	11.73/1000
Jeep	11.58/1000
Ómnibus	238.96/1000
Camión	22.72/1000
Motocicleta	18.57/1000

Fuente: Estadísticas año 2006 de la Dirección Nacional de Tránsito
Elaborado por: José Urizar²¹

²¹ Estadísticas año 2006 de la Dirección Nacional de Tránsito



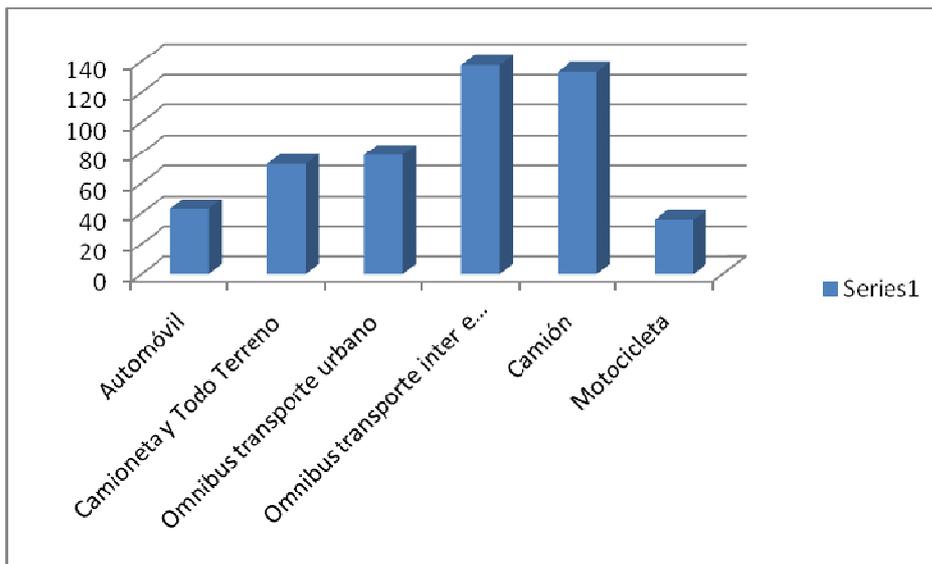
Una vez determinada la incidencia de accidentes por cada tipo de vehículo, debemos relacionarla con la tarifa cobrada por cada tipo de vehículo. Dado que la tarifa cobrada por cada tipo de vehículo esta a su vez segregada dependiendo de la edad del vehículo y cilindrada, y con el motivo de simplificar la comparación, promediaremos las tarifas dentro de cada tipo de vehículo.

3.1.2

Tipo de Vehículo	Tarifa Promedio
Automóvil	42,9
Camioneta y Todo Terreno	72,72
Omnibus transporte urbano	78,68
Omnibus transporte inter e intra provincial	137,69
Camión	133,35
Motocicleta	35,53

Fuente: Tarifario constante en Decreto Ejecutivo 809

Elaborado por: José Urizar



De acuerdo con los cálculos realizados, aún cuando estadísticamente, los vehículos todo terreno y las camionetas presentan un menor índice de accidentes que los automóviles, las tarifas del primer grupo son un 69.5% más altas que las del segundo.

En el caso de las tarifas para vehículos de transporte masivo de personas inter e intra provincial, su incidencia en accidentes de tránsito es 17 veces mayor que la de los automóviles, sin embargo la tarifa cobrada a estos vehículos es 0.83 (transporte urbano) y 3.2 (transporte intra e inter provincial) veces mayor. Así mismo se identifica que la tarifa cobrada a los camiones es únicamente 4 dólares menor a la cobrada a vehículos de transporte masivo inter e intra provincial, cuando la incidencia de accidentes para los camiones es aproximadamente 10 veces menor que la de los vehículos de transporte masivo de personas.

Si bien los datos utilizados en esta sección no son suficientes para calcular de manera precisa que tarifa debería aplicarse para cada clase de vehículo, dado que sería necesario incorporar en el cálculo otros parámetros como el número de ocupantes promedio para cada tipo de vehículo, o la incidencia de muerte y lesiones por accidente en cada una de las clases, los cálculos realizados sugieren objetivamente una falta de proporcionalidad entre las tarifas cobradas por cada clase de vehículo y la incidencia de

ese tipo de vehículo en accidentes de tránsito y por lo tanto prueban violaciones a la libre competencia, al no cumplirse con el principio de proporcionalidad.

3.2 Área Geográfica de Circulación

Uno de los parámetros ampliamente utilizados dentro del área de seguros automovilísticos para determinar el riesgo de los usuarios es el área geográfica donde circula habitualmente el vehículo. Al respecto de este parámetro, de acuerdo con los datos estadísticos proporcionados por la Dirección Nacional de Tránsito, existen diferencias significativas en la incidencia de accidentes de Tránsito en las diferentes provincias del Ecuador. A continuación presento un cuadro dentro del cual se encuentra determinada la incidencia de accidentes de tránsito por provincias de 18 provincias en el año 2007.

3.2.1

Provincia	Vehículos Matriculados	Accidentes de Tránsito	Accidentes por cada 1000 vehículos matriculados
Pichincha	277956	5279	18,99/1000
El Oro	24976	556	22,26/1000
Manabí	48784	1169	23,98/1000
Chimborazo	21457	447	20,83/1000
Azuay	74505	987	13,24/1000
Loja	19743	418	21,17/1000
Los Ríos	34789	534	15,34/1000
Tungurahua	45986	1092	23,74/1000
Carchi	11128	151	13,56/1000
Bolívar	6015	164	27,27/1000
Imbabura	23880	600	25,13/1000

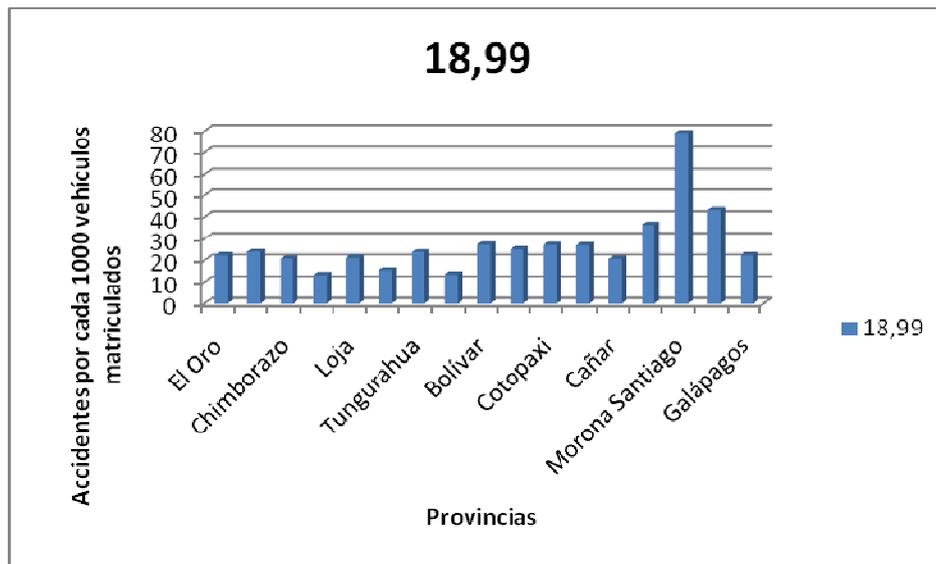
Cotopaxi	21517	583	27,09/1000
Esmeraldas	9762	263	26,94/1000
Cañar	17042	353	20,71/1000
Pastaza	2878	105	36,48/1000
Morona Santiago	1593	126	79,09/1000
Zamora Chinchi	2126	92	43,27/1000
Galápagos	720	16	22,22/1000

Fuente: Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT

Elaborado por: José Urizar²²

De acuerdo con el cuadro presentado, se determina que la incidencia de accidentes de tránsito en Morona Santiago (provincia con la mayor incidencia de accidentes de tránsito) es casi seis (5.83) veces mayor a la de Carchi (provincia con la menor incidencia de accidentes de tránsito). En el año 2007 se registraron un total de 664,076 vehículos matriculados en el Ecuador (sin tomar en cuenta la provincia del Guayas), dentro del mismo año se registraron un total de 13,257 accidentes de tránsito en el Ecuador (excepto Guayas), lo cual nos da como resultado una incidencia de accidentes de tránsito en el Ecuador (excepto Guayas) de 19.96 accidentes por cada 1000 vehículos registrados. De los datos presentados se desprende que existen grandes variaciones en la incidencia de accidentes de tránsito dependiendo del lugar geográfico, como lo podemos ver en el siguiente cuadro:

²² Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT



Tomando en cuenta los datos presentados queda claro que el riesgo de sufrir un accidente de tránsito varía ampliamente dependiendo del lugar habitual de circulación de un vehículo y por lo tanto el no tomar en cuenta este parámetro al determinar la prima que debe pagar un vehículo, se produce un perjuicio para un gran número de usuarios quienes ven reflejado en su prima el riesgo de otros usuarios. De cierta forma se puede considerar que existe un subsidio otorgado por los usuarios de zonas con menores índices de accidentalidad hacia los usuarios de zonas con mayor incidencia de accidentes de tránsito.

3.3 Riesgo del Conductor y Uso del Vehículo

En esta sección analizaremos dos parámetros que se utilizan generalmente para el cálculo del riesgo de accidentes de tránsito, los cuales son el conductor y el uso que se le da al vehículo. La razón por la cual se está analizando estos dos parámetros dentro de la misma sección y conjuntamente, es por el tipo de estadísticas con las que contamos. Los resultados por lo tanto no nos permitirán ver la incidencia de cada uno de los parámetros por separado, sin embargo nos darán una idea de su incidencia considerados conjuntamente.

A continuación se presenta un cuadro que determina la incidencia de accidentes de tránsito por cada 1000 licencias de cada tipo emitidas en el 2007.

3.3.1

Categoría de Licencia	No. Licencias emitidas 2007	No. De accidentes	Accidentes de tránsito por categoría de licencia por cada 1000 licencias emitidas
A	41616	1095	26,31/1000
B	171117	2664	15,57/1000
C	5222	346	66,26/1000
D	24019	1009	42,01/1000
E	70394	2554	36,28/1000
Sin credenciales		1322	
No identificado		4267	

Fuente: Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT
Elaborado por: José Urizar²³

En el cuadro presentado se prueba que las categorías de licencias profesionales existe una mucha mayor accidentalidad que en el caso de las categorías de licencias no profesionales. De esto podemos llegar a la conclusión de que los conductores profesionales tienen un mayor riesgo de estar involucrados en accidentes que los no profesionales. Queda claro también que dentro de las categorías no profesionales, el riesgo de accidentes entre los conductores de motocicletas es significativamente mayor al riesgo de accidentes de quienes portan una licencia tipo B o Sportman, por lo que se puede concluir que el riesgo de accidente de conductores de motocicletas es mucho mayor al riesgo de accidente entre los conductores de automóviles, jeeps y camionetas.

Lo presentado demuestra claramente la importancia de considerar el uso que se le da al vehículo para determinar el riesgo del conductor.

²³ Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT

Para enfatizar lo antes dicho a continuación se presenta un cuadro comparativo entre la incidencia de accidentes entre los conductores de cada clase y el total de licencias emitidas por cada una de esas clases en el año 2007.

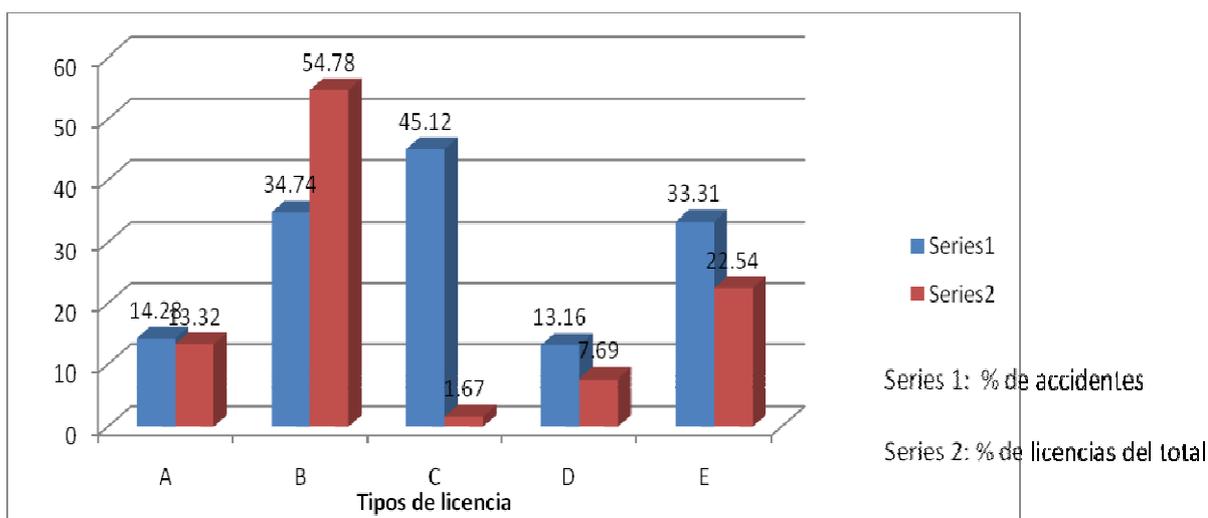
3.3.2

Categoría de Licencia	No. Accidentes	% de accidentes del total	% de Licencias del total
A	1095	14,28	13,32
B	2664	34,74	54,78
C	346	45,12	1,67
D	1009	13,16	7,69
E	2554	33,31	22,54

No se toma en cuenta accidentes causados por conductores sin credenciales o no identificados

Fuente: Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT

Elaborado por: José Urizar²⁴



Dentro del cuadro presentado podemos notar que la única categoría de licencia que tiene una relación negativa entre el porcentaje de licencias emitidas en el 2007 y el porcentaje de accidentes de tránsito en ese mismo año es la categoría B, siendo menor el porcentaje de accidentes de tránsito causado por los conductores de esa categoría que el porcentaje de licencias emitidas en esa categoría durante ese año. En todas las demás categorías, el porcentaje de accidentes de tránsito es mayor al porcentaje de licencias

²⁴ Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT

emitidas en el año. Lo dicho nos demuestra que los conductores sportman están asumiendo parte del riesgo de los conductores de motocicletas y conductores profesionales.

Tras la derogación de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y la promulgación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, de acuerdo con su artículo 97 se implementó un sistema de puntos en las licencias para conducir, por medio del cual se deducen puntos de una licencia por infracciones y por y por accidentes de tránsito en los cuales haya estado involucrado el conductor. Este sistema pudo ser implementado dentro del cálculo de la prima a pagarse por el SOAT. Este tipo de sistemas que recompensan a los buenos conductores y castigan a los malos es conocido como el sistema Bonus Malus. Este sistema sería especialmente efectivo en nuestro país si tomamos en cuenta las siguientes estadísticas proporcionadas por el Departamento de Estadísticas de la Dirección Nacional de Tránsito.

3.3.3

NUMERO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO OCURRIDOS EN EL

ECUDOR - (EXEPTO GUAYAS)
 POR CAUSA DEL ACCIDENTE
 PERIODO - COMPARATIVO-MESES: (ENERO - DICIEMBRE) DEL 2006 Y
 2007

CAUSAS	AÑO 2006	%	AÑO 2007	%
embriaguez del conductor	1105	8,6	1194	9
embriaguez del peatón	15	0,1	8	0,1
impericia/imprudencia del conductor	4919	38,2	5111	38,6
Exceso de velocidad	2654	20,6	2832	21,4
mal rebasamiento/invadir carril	1894	14,7	1873	14,1
mal estacionamiento	37	0,3	32	0,2
pasar semáforo en rojo	34	0,3	56	0,4
imprudencia del peatón	1104	8,6	937	7,1
Causas desconocidas	296	2,3	220	1,7
factores climáticos	107	0,8	156	1,2
mal estado de la vía	325	2,5	343	2,6
No respetar señales de tránsito	40	0,3	132	1
Daños mecánicos-frenos	162	1,3	192	1,4
casos fortuitos	135	1	151	1,1
Otras causas	66	0,5	20	0,2
TOTAL	12893	100	13257	100

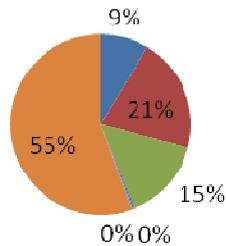
Fuente: Estadísticas años 2006 y 2007 de la Dirección Nacional de Tránsito
 Elaborado por: Dirección Nacional de Tránsito²⁵

De acuerdo con los datos constantes en el anterior cuadro por lo menos 5727 (44.5%) de los accidentes ocurridos en el 2006 y 6087 (45.9%) de los accidentes ocurridos en el 2007 son atribuibles a conductas por las cuales un conductor perdería puntos en su licencia, sin tomar en cuenta que muchas de los accidentes reportados por impericia/imprudencia del conductor son accidentes atribuibles a causas por las cuales el conductor perdería puntos en su licencia. Lo antes dicho pone de manifiesto la alta incidencia de accidentalidad producida por conductas sancionables por la ley de tránsito con reducción de puntos. Esto nos permite determinar que la inclusión de un sistema bonus malus sería muy significativo al momento de establecer el riesgo real de un conductor y por lo tanto la correspondiente tarifa que se le debería aplicar.

²⁵ Estadísticas años 2006 y 2007 de la Dirección Nacional de Tránsito

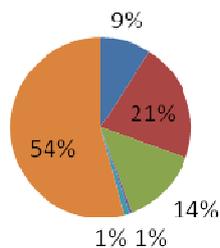
% de accidentes por los que el conductor perdería puntos año 2006

- embriaguez del conductor
- Exceso de velocidad
- mal rebasamiento/invadir carril
- pasar semáforo en rojo
- No respetar señales de tránsito
- otras



% de accidentes por los que el conductor perdería puntos año 2007

- embriaguez del conductor
- Exceso de velocidad
- mal rebasamiento/invadir carril
- pasar semáforo en rojo
- No respetar señales de tránsito
- otras



Tomando como ejemplo los datos estadísticos relativos al número de accidentes de tránsito causados por embriaguez del conductor, notamos que la conducta del conductor es altamente correlativa con el riesgo de causar un accidente. En el año 2006 el 8.6% de los accidentes de tránsito fueron causados por conductores en estado de embriaguez, en el 2007 fue el 9%. Otra de las principales causas de accidentes de tránsito, 20.6 % en el 2006 y 21.4% en el 2007, es el exceso de velocidad, otro factor que depende únicamente de los hábitos de conducción del conductor particular, prueba

fehaciente de que la conducta de quien conduce es altamente determinante al momento de establecer el riesgo que existe de que esa persona produzca un accidente de tránsito.

3.4 Proporcionalidad Entre la Tarifa y el Riesgo

Dentro de un sistema en el cual existen tarifas que son uniformes y establecidas por un ente estatal, es primordial el controlar que dichas tarifas no sean abusivas con el usuario, el cual, como le hemos establecido anteriormente, es la parte débil de la relación. A simple vista de las tarifas y las estadísticas de número de accidentes de tránsito, número de heridos, y número de muertos causados por accidentes de tránsito podemos sospechar que las tarifas son demasiado altas, considerando los montos de indemnización que manda la ley.

Tomando los montos más ejemplificativos establecidos en el tarifario del SOAT constante en el art. 29 numeral 1. del RSOAT, la recaudación aproximada en el año 2007 habría sido de USD \$62,994,339.3, siendo extremadamente conservadores, conforme se expone en los siguientes cuadros.

3.4.1

Clase	No. Vehículos mat. 2006 excepto Guayas	%	No. Vehículos mat. 2007 incluido Guayas	Aproximado vehículos mat. 2007 incluido Guayas
Motocicleta	64499	8,92		93838,4
Jeep/camioneta	327901	45,35		477082
Automóvil	264008	36,51		384085,2
Ómnibus	6955	0,96		10099,2
Carga	58472	8,09		85106,8
Especial	1145	0,16		1683,2
Total	722980	100	1052000	

Fuente: Estadísticas año 2006 y 2007 proporcionadas por la DNT y estadísticas de la Comisión de tránsito del Guayas

Elaborado por: José Urizar²⁶

3.4.2

²⁶ Estadísticas año 2006 y 2007 proporcionadas por la DNT y estadísticas de la Comisión de tránsito del Guayas

RECAUDACIÓN APROXIMADA UTILIZANDO DATOS DEL AÑO 2007

CLASE	CILINDRAJE	PRIMA	PROMEDIO	aproximado vehículos matriculados 2007	Recaudación aprox., datos 2007
MOTOCICLETAS	menos de 100	28,15	35,52	93838,4	3333139,9
	100 a 249	35,19			
	250 o más	43,23			
TODO TERRENO Y CAMIONETAS DE 0 A 9 AÑOS	menos de 1500	55,3	72,72	477082	34693403
	1500 a 2499	66,35			
	2500 o más	77,41			
TODO TERRENO Y CAMIONETAS MÁS DE 9 AÑOS	menos de 1500	68,37	72,72	477082	34693403
	1500 a 2499	79,42			
	2500 o más	89,48			
AUTOMÓVILES DE 0 A 9 AÑOS	menos de 1500	30,16	42,9	384085,2	16477246
	1500 a 2499	38,2			
	2500 o más	45,24			
AUTOMÓVILES MÁS DE 9 AÑOS	menos de 1500	41,22	42,9	384085,2	16477246
	1500 a 2499	48,26			
	2500 o más	54,29			
	CAPACIDAD (TONELADAS)	PRIMA	PROMEDIO		
CARGA O MIXTO	menos de 5	61,33	88,09	85106,8	7497058
	5 a 14.99	87,47			
	15 o más	115,62			
	TIPO	PRIMA	PROMEDIO		
TRANSPORTE DE PASAJEROS PARTICULAR	bus (24 o más pasajeros)	87,42	78,68	10099,2	794605,05
	buseta (17 a 23 pasajeros)	78,68			
	furgonetas (7 a 16 pasajeros)	69,94			
VEHICULOS ESPECIALES		118,02	118,02	1683,2	198887,3
TOTAL RECAUDACIÓN APROX					USD \$ 62994339,3

Fuente: Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT
Elaborado por: José Urizar²⁷

Contando con el total aproximado de recaudaciones que se habría recibido en el año 2007 (obtenido utilizando los datos estadísticos proporcionados por el Departamento de Estadísticas de la Dirección Nacional de Tránsito del año 2007)

²⁷ Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT

podemos proceder a comparar este dato con el total aproximado de indemnizaciones y demás desembolsos que se habrían realizado a los afectados por accidentes de tránsito en el año 2007, a continuación se presenta un cuadro que hace esa proyección (siendo los montos de indemnización utilizados extremadamente generosos)

3.4.3

PROYECCIÓN DE DESEMBOLSOS POR INDEMNIZACIÓN

Muertos por accidentes de tránsito año 2007	Indemnización USD \$	Gastos médicos/funerarios USD \$	TOTAL USD \$
1246	5,000	400	6,728,400
Heridos en accidentes de tránsito año 2007			
8883	1,500	2,500	35,532,000
Traumáticos por accidentes de tránsito año 2007			
309	3,000	2,500	1,699,500
TOTAL			43,959,900

Fuente: Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT

Elaborado por: José Urizar²⁸

Una vez obtenidos estos resultados, es necesario tomar en cuenta que existen gastos adicionales a considerar, entre ellos, el 5.5% del total recaudado se destina por el FONSAT para la promoción y difusión del SOAT, de acuerdo con el art. 25 del RSOAT, los gastos de emisión que son tradicionalmente del 10% del valor de la prima (en el presenta caso, por tratarse de un seguro de emisión masiva los gastos de emisión seguramente serían menores, sin embargo utilizaremos esta cantidad) y finalmente consideraremos un 5% de comisión para el bróker. Tradicionalmente la comisión del Broker es de entre el 10 y el 15% sin embargo, en este caso por tratarse de un seguro de emisión masiva, la cantidad de usuarios que contraten su póliza SOAT por medio de un Broker es mínima. De acuerdo con la siguiente fórmula se determina la utilidad que habrían recibido las aseguradoras en el 2007 de acuerdo con las proyecciones realizadas.

$$\text{TR (total recaudaciones)} = \text{Desembolsos} + 5.5\% \text{ TR (FONSAT)} + 10\% \text{ TR (gastos de emisión)} + \text{Utilidad}$$

²⁸ Estadísticas año 2007 proporcionadas por la DNT

$$62,994,339.3 = 43,959,900 + 3,464,688.6 + 6,299,433.9 + \text{Utilidad}$$

$$62,994,339.3 = 53,724,021 + \text{Utilidad}$$

$$\text{Utilidad} = 9,270,316.8$$

$$\text{Utilidad} = 14.72\%$$

Utilizando los datos proyectados obtenemos que la utilidad sería del 14.72%, porcentaje aceptable dentro del ámbito de los seguros, los cuales generalmente reciben una utilidad de entre el 10 y el 15%. Sin embargo de este resultado, es necesario considerar que la utilidad habría sido significativamente mayor al 14.72% tomando en cuenta que la proyección de las recaudaciones fue extremadamente conservadora y la proyección de los desembolsos fue extremadamente generosa.

Ahora, utilizando datos reales y no proyecciones, de acuerdo con el artículo titulado “Los clientes pagan las rifas, los premios y concursos del SOAT La Intendencia Nacional de Seguros reconoció que el gasto de las campañas publicitarias se deduce de los gastos operativos de este seguro obligatorio” publicado en el Diario el Comercio el 3 de abril, las recaudaciones del SOAT en el período en el 2008 fueron de aproximadamente 86 millones de dólares. De acuerdo con la publicidad oficial del SOAT en las emisoras de radio del Ecuador, hasta el momento se ha indemnizado a más de 1,000 personas y se han atendido a más de 12,000 personas con la cobertura del SOAT²⁹. Siendo nuevamente generosos en el cálculo de los desembolsos, obtendríamos el siguiente resultado:

$$1,999 \times \text{USD } \$5,400 \text{ (indemnizaciones+gastos funerarios)} + 12,999 \times \text{USD } \$2,500 \text{ (gastos médicos)} = \text{USD } \$43,292,100 = \text{Total de desembolsos}$$

Aplicando la fórmula utilizada anteriormente para el cálculo de la utilidad de las aseguradoras obtenemos lo siguiente:

$$\text{TR (total recaudaciones)} = \text{Desembolsos} + 5.5\% \text{ TR (FONSAT)} + 10\% \text{ TR (gastos de emisión)} + \text{Utilidad}$$

$$86,000,000 = 43,292,100 + 4,950,000 + 9,000,000 + \text{Utilidad}$$

$$86,000,000 = 57,242,100 + \text{Utilidad}$$

²⁹ Publicidad en radio del SOAT, FONSAT

Utilidad = 28,757,900

Utilidad = 33.44%

De acuerdo con estos datos, las primas por el SOAT constantes en el RSOAT habrían sido excesivas, tomando en cuenta que los datos utilizados no provienen de un medio oficial.

CAPÍTULO IV

ENTENTES

Los ententes son acuerdos restrictivos de la competencia cuyos elementos de prohibición han sido establecidos por la normativa comunitaria europea dentro del artículo 81 del Tratado de Roma. Dichos elementos de prohibición son los siguientes: 1) ciertas partes 2) celebran un pacto colusorio (un acuerdo, decisión de asociación de empresas o práctica concertada) 3) que afecta real o parcialmente al comercio entre estados miembros y 4) cuyo objeto o efecto es impedir, restringir o falsear la competencia.³⁰

La Decisión 608 de la CAN, establece los mismos elementos de prohibición en sus artículos 1.-, 4.-, 5.-, 7.- y 8.-. El artículo 1 de la Decisión 608 establece que un “acuerdo” es un “contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen”, cumpliendo con los primeros dos elementos, el tercer elemento está plasmado en el art. 5 de la Decisión y el último elemento está contenido en los artículos 4.-, 7.- y 8.-, el artículo 4 establece que están prohibidas las conductas establecidas en los artículos 7 y 8 por ser atentatorias contra la libre competencia.

El primer elemento de prohibición se refiere a la concurrencia de ciertas partes. Las partes que realizan el acuerdo son generalmente empresas, sin embargo una de

³⁰ Calvo Caravaca. A.L. Carrascosa Gonzáles. J. Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea. Editorial Colex. Madrid, 2003. p. 846.

estas partes podría ser un estado. En el presente caso hay una concertación entre un grupo de empresas y el Estado ecuatoriano. Si bien en este caso el Estado no concurre en el acuerdo en la misma calidad que las demás partes, el mismo es un facilitador en el acuerdo dado que es quien lo promueve, por medio de la normativa que el mismo ha establecido, la cual determina el ámbito de cooperación entre las empresas. El ámbito de cooperación ha sido definido por el Estado ya que el mismo no solo ha definido montos mínimos de cobertura como se ha hecho en la mayoría de legislaciones que han establecido un seguro obligatorio de automóviles, sino que ha fijado los montos de indemnización máximos, eliminando la posibilidad de que las empresas compitan en el mercado por medio de una mejor o más amplia cobertura. Adicionalmente en este caso existe un fijación de precios que constituye claramente un acuerdo restrictivo de la competencia (generalmente la fijación de precios se daría por el acuerdo celebrado entre las partes sin embargo en el presente caso las empresas no han sido quien directamente fijo los precios, sin embargo, han concurrido con los precios fijados por el estado, es decir que han aceptado los mismos y por lo tanto forman parte del acuerdo).

Las partes establecidas en el párrafo anterior, en el presente caso las compañías aseguradoras calificadas para prestar el seguro obligatorio de accidentes de tránsito SOAT y el estado ecuatoriano, han celebrado un “pacto colusorio”³¹. El pacto colusorio que se ha celebrado es en particular una práctica concertada ya que no ha existido, a nuestro saber, un acuerdo per-se, sin embargo existe claramente una aceptación de las partes, al haber aceptado prestar el servicio bajo los términos determinados por el Estado, en especial, participando en la fijación del precio por el servicio, y por lo tanto, la concurrencia de las empresas con los términos establecidos por el Estado deviene en una práctica concertada dado que todas estas empresas concurren en el mercado bajo los mismos términos.

El tercer elemento de prohibición se refiere a la afección real o parcial al comercio que se deriva del acuerdo, este elemento no es aplicable al caso ecuatoriano,

³¹ Calvo Caravaca. A.L. Carrascosa Gonzáles. J. Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea. Editorial Colex. Madrid. 2003. p. 858.

dado que aunque la Decisión 608 si contiene el elemento, este no es aplicable dado que el Decreto Ejecutivo 1614 dispone la aplicación directa de la norma comunitaria en el ámbito nacional.

El último elemento de la prohibición es que el acuerdo restrictivo de la competencia tenga como objeto o efecto el impedir, restringir o falsear la competencia, este elemento se encuentra plasmado en los artículos 4.-, 7.- y 8.-. En el presente caso el efecto del acuerdo impide la competencia ya que todas las empresas que forman parte del acuerdo prestan el servicio bajo términos idénticos y por lo tanto no es posible que dichas empresas compitan ya sea por medio del precio o por medio de las prestaciones del servicio contratado. No solo no es atractivo para las empresas él no competir sino que les es imposible al haber no solo una autorización para no hacerlo sino más bien una prohibición para hacerlo existiendo incluso una fijación de precios.

4.1 Carteles

De acuerdo con Calvo y Carrascosa, los tipos de acuerdos restrictivos de la competencia a los que se refiere la legislación comunitaria europea pueden ser acuerdos horizontales, también llamados carteles o acuerdos verticales, también llamados oligopolios.³²

Calvo y Carrascosa definen a los acuerdos horizontales o carteles como acuerdos en los que existe un comportamiento restrictivo de la competencia entre empresas al mismo nivel productivo, la situación estudiada en el presente trabajo se ajusta a esta descripción al haber un acuerdo entre empresas que prestan el mismo servicio y por lo tanto empresas que están al mismo nivel productivo.³³ Al respecto de este tipo de acuerdos los autores mencionados sostienen que:

³² CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea. Editorial Colex. Madrid. 2003. p. 838.

³³ *Ibidem*. p. 838.

“(…) los cárteles –especialmente si tiene por objeto la fijación de precios- han sido el enemigo a batir por todos los sistemas legales de defensa de la libre competencia, incluido el europeo. Dicha obsesión jurídica no es caprichosa. Los cárteles, se ha señalado, “privan a competidores de mayores beneficios de mercado de competencia: precios bajan y se incrementa la producción” (E. Gellhorn/W.E. Kovacic).”³⁴.

Luego de señalar lo anterior, los autores se preguntan que si las condiciones establecidas por los carteles son tan atractivas para las empresas, por qué razón las mismas no se apresuran a conformar carteles, pregunta a la cual responden simplemente señalando que por que los carteles son ilegales. Continúan estableciendo que los carteles solamente han florecido cuando han sido promovidos por los gobiernos. El RSOAT no solamente promueve la formación de un cártel al establecer un régimen normativo conducente a su formación y protector del mismo, adicionalmente dicho régimen normativo incluso establece los términos del acuerdo colusorio.

Los autores sostienen que los carteles no son solamente difíciles de crear sino que también son difíciles de mantener, para fundamentar lo dicho se refieren a observaciones del Prof. G.J. Stigler, y dicen : *“los cárteles tropiezan con dos grandes dificultades: poner de acuerdo a sus miembros sobre el ámbito de su cooperación (precios, producción, calidad, servicios…) (...) y crear un mecanismo sancionador para los miembros del cártel que no resistan la tentación de intentar engañarle y, así aumentar su cuota de mercado y beneficios”*.³⁵ Al respecto de lo antes citado cabe comentar que en nuestro mercado existe evidencia de que hay empresas miembros del cártel que no han resistido la tentación de aumentar su cuota de mercado y para ello han implementado tácticas como realizar rifas en las cuales los usuarios del SOAT que hayan adquirido su póliza con una determinada empresa acceden al posiblemente ganar un premio, un ejemplo de esto es la promoción de la compañía Latina de Seguros S.A. llamada “Con el SOAT Latina Todos ganamos”,

³⁴ *Ibidem.* p. 838.

³⁵ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea, Editorial Colex. Madrid. 2003. p. 838.

promoción que ofrece como premios vehículos, computadores, etc.³⁶ Otra empresa, Seguros Oriente ha optado ofrecer la entrega a domicilio del SOAT cuando este es comprado en línea.³⁷ Lo mencionado prueba aún más claramente la existencia de un cártel en el sector del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, al haberse establecido la existencia de una de las dificultades a las cuales se enfrentan los cárteles.

Calvo y Carrascosa continúan su argumento determinando que si un cártel tiene éxito este atrae a nuevos miembros, a lo cual los miembros del cartel responden incrementando las barreras de entrada.³⁸ Esto no se ha manifestado en nuestro país, sin embargo aún estamos en el inicio del segundo año de implementación del SOAT y podría ser muy pronto para que se dé un alza de las barreras de entrada como respuesta a las estrategias implementadas por los miembros para mantener o incrementar su cuota de mercado e impedir la entrada de nuevos competidores.

Es necesario considerar los argumentos a favor de los carteles y lo que Calvo y Carrascosa opinan sobre dichos argumentos.

“3. Si la prohibición legal de los cárteles –ampliamente difundida por los ordenamientos jurídicos- supone una valoración negativa de éstos, su utilización por las empresas ha ido acompañada, en ocasiones, de argumentos con los que se ha pretendido justificarlos, probando que tienen efectos positivos para el sistema económico. Dejando de lado algún intento de explicación peregrina (ad ex., los cárteles aumentarían el poder de las empresas, ya que servirían de contrapeso al poder de los sindicatos), los argumentos más frecuentemente invocados son los tres siguientes:

1) La competencia ruinosa: La rivalidad en el mercado –entendida como lucha, sin más límites que los legales, de todos contra todos- puede desembocar en una competencia ruinosa (ruinous competition), la desaparición de industrias y, a la postre, la concentración del propio mercado y, por consiguiente, en última instancia, graves perjuicios para los consumidores. Por el contrario, los cárteles aseguran la estabilidad de los ingresos, algo muy importante para asegurar las inversiones y la planificación económica en industrias con porcentaje muy alto

³⁶ Reglamento de Promoción “Con el SOAT Latina todos ganamos. Disponible en: www.latinaseguros.com.ec/Reglamento%20Promo%20Soat%202009.pdf. Consultado 3 de mayo de 2009.

³⁷ Página web. Seguros Oriente. Promoción “Compra en línea! Y te lo llevamos a tu domicilio GRATIS”. Disponible en: <http://www.segurosorienten.net/ventasoot/index.html>. Consultado 3 de mayo de 2009.

³⁸ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003. p. 839.

de costes de establecimiento o en las que los costes fijos suponen una parte total de los costes- caso ad ex. De las compañías ferroviarias-.

2) Los cárteles de crisis: La crisis económicas provocadas por excesos de producción u oferta, un fenómeno habitual en los cambios de ciclo económico, llevan aparejadas pérdidas de inversiones, cierre de empresas y desempleo. Un modo de afrontarlas es permitir que tales empresas se fusionen o que sigan existiendo como tales pero puedan pactar cuotas de producción, fijar precios y determinar otras condiciones económicas. De este modo se garantiza su supervivencia y se les da tiempo para su reestructuración y adaptación al nuevo sistema económico.

3) La innovación tecnológica y la mejora de la calidad: Gracias a los cárteles, las empresas logran la maximización de sus beneficios, parte de las cuales se reinvierte en investigación que conduce a la innovación de los productos, la mejora de la producción, la bajada de los precios y, en consecuencia, también a efectos positivos para los consumidores, impensables –dicen- conforme a un libre mercado.

Detrás de todos estos argumentos, se ocultan varias ideas claves como la pasión por la excelencia –algo así como si sus autores afirmasen que “el mercado es mejor con nuestra presencia , que sin nosotros”- o la emulación con el Estado – también este reconoce los fallos del mercado e interviene en sectores de valor estratégico como la sanidad o defensa-. Pero, en realidad, tales argumentos son perfectamente objetables. Es difícil, en términos sociológicos, defender la legitimidad de la socialización de pérdidas –a través de la impunidad de los cárteles- de empresas que nunca hicieron lo mismo con sus beneficios. Tampoco es fácil justificar la imposición por ciertas empresas a la sociedad de los costes de su investigación o de la mejora de la calidad de la producción o de los bienes ofertados, si no es a través de la puesta en circulación en el mercado de bienes demandados por los consumidores. Si se sinceraran, debieran hablar menos de pasión por la excelencia y más de pasión por la supervivencia o por el beneficio a toda costa. En cuanto a la comparación entre los responsables de un cártel con el Estado –unos y otro velarían por un mercado provisto de bienes y servicios básicos para la sociedad-, esta es sencillamente ridícula.”³⁹

De acuerdo con lo dicho en esta sección, existen muchos argumentos que nos permiten determinar que existe un cártel en el sector del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, conformado por las empresas que están habilitadas para prestar este servicio y el Estado. Los términos del acuerdo conforme al cual los participantes actúan han sido determinados por un acto unilateral del Estado a los cuales se han sujetado las empresas que prestan este servicio.

³⁹ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003. pp. 840-841.

4.2 Oligopolios

Calvo y Carrascosa manifiestan que los oligopolios se dan principalmente en mercados altamente concentrados, es decir, en mercados con pocas empresas.⁴⁰ En el caso que nos ocupa cabe resaltar que aunque en el sector de seguros de automóviles no está altamente concentrado, en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito participan pocas empresas y estas cubren con las necesidades de un sub-sector completo de los seguros de automóviles, sin embargo, cabe resaltar que la participación en el mercado de nuevos competidores es posible y en principio únicamente depende de la calificación otorgada a los nuevos competidores por la Superintendencia de Bancos y Seguros, de acuerdo con el artículo 22 del RSOAT.

Los autores señalan adicionalmente que el funcionamiento de un mercado oligopolístico es muy distinto al de un mercado competitivo dado que en el primero se encuentra un incremento en las relaciones entre grandes empresas oligopolísticas⁴¹, en el caso del SOAT no existe evidencia que soporte que esto haya ocurrido, sin embargo se determina en el artículo 23 del RSOAT que las primas son fijas y obligatorias para todos los asegurados y podrán ser revisadas anualmente en función de las obligaciones cubiertas por el SOAT y de los límites cuantitativos del seguro basándose en una valoración de factores de riesgo objetivos y subjetivos (sin que se determine dichos parámetros), realizada conjuntamente por las empresas autorizadas para operar en la rama SOAT y por el FONSAT que es el ente estatal del Estado encargado del funcionamiento del SOAT, es decir que se le da la potestad a las partes beneficiadas (incluido el FONSAT dado que su presupuesto de operación es determinado por las ventas de las empresas prestadoras del servicio) para incrementar las tarifas de prima de considerarlo necesario.

Calvo y Carrascosa continúan su argumentación mencionando que aún en el caso de que exista un precio no competitivo los miembros de un oligopolio pueden

⁴⁰ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003. p.843.

⁴¹ *Ibidem*. p. 843.

competir con diferencia de productos, calidad, condiciones de suministro, servicio, competencia que beneficiaría al consumidor, pero que sin embargo de la posibilidad de hacerlo, no existe una razón económica para hacerlo.⁴² En el caso del SOAT, la concurrencia de nuevos actores en el mercado es posible y por lo tanto, al no estar definidas las cuotas de mercado de los participantes, existe una razón para competir, e intentos de competencia como los señalados en la sección anterior se han comprobado. Estos intentos de competencia, o más acertadamente intentos de aumentar su cuota del mercado por medio de artimañas publicitarias, no mejoran en una manera considerable la situación del consumidor, y no generan una competencia real dado que, entre otras razones, el marco jurídico al que deben someterse las aseguradoras limita de manera real la posibilidad de las empresas para competir en áreas de beneficio real para el asegurado.

Como podemos ver las características del SOAT no se ven exactamente reflejadas en lo que hemos determinado como características de un oligopolio.

4.3 Prácticas Concertadas

De acuerdo con Calvo y Carrascosa, un entente puede materializarse de diversas maneras, en forma de acuerdo (dentro de lo que constituiría acuerdos se encuentran los cárteles y los oligopolios), decisiones de asociaciones o prácticas concertadas. En cualquier caso, es necesario que se evidencie “la necesaria concurrencia de una pluralidad de voluntades de agentes económicos: sin el concurso o cúmulo de voluntades no hay entente posible.”⁴³ Como se ha mencionado, la pluralidad de voluntades puede asumir diversas formas y de acuerdo con los autores “hay ocasiones en que los mismos hechos imputados pueden, sin embargo calificarse conforme a varias de estas categorías”.⁴⁴

⁴² CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003. p. 843

⁴³ *Ibidem*. p. 855.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 855.

Aun cuando en el presente caso se determinare que no existe un acuerdo (cártel o oligopolio) y que no existe una decisión de una asociación de empresas dado que las condiciones y elementos de la situación particular del SOAT no se ajustan exactamente a los presupuestos, la pluralidad de voluntades a la que nos referimos en el párrafo anterior puede ser materializada por medio de una práctica concertada. Al respecto Calvo Y Carrascosa señalan que:

“Están también prohibidas las prácticas concertadas. El art. 81.1 TCE no ofrece definición de este concepto, originario del derecho antitrust estadounidense. Ha sido el Tribunal de Justicia el que ha precisado, en el caso de las materias colorantes, que consiste en: “Una forma de coordinación entre empresas que, sin haber sido llevada hasta la colusión de un acuerdo propiamente dicho, sustituye el riesgo de la competencia por la cooperación técnica entre ellas” (STJCE 14 de julio 1972, Imperial Chemical Industries LTD./Comisión des Communautés européennes, 48/69, Rec., p. 619).

Esta misma idea fue recogida, apuntalada y precisada por el propio Tribunal de Justicia en el caso de la Industria europea del azúcar – en el que los recurrentes sostuvieron erróneamente que la práctica concertada requería un plan previo por parte de las empresas participantes: “... la noción de práctica concertada contempla una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado hasta la realización de una convención propiamente dicha, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas, cooperación que conduce a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, habida cuenta de la naturaleza de los productos, de la importancia y del número de las empresas así como del volumen y del carácter de dicho mercado;... tal cooperación práctica es constitutiva de una práctica concertada en particular cuando permite a los interesados la cristalización de situaciones adquiridas en detrimento de la libertad efectiva de circulación de los productos en el Mercado común y de la libre elección por los consumidores de sus proveedores” (STJCE 16 diciembre 1975, Cooperative Vereniging Suiker Unie UA y otros/Comisión, 40 a 48/73, 50/73, 54 a 56/73, 111/73, 113 y 114/73, rec., p. 1663, apartados 26 y 27; en la misma línea, STJCE 8 de julio 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec., p. I-4287, apartado 158).”⁴⁵

De acuerdo con lo citado, podemos determinar que aun cuando no se configura la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, existe una “cooperación práctica” que les permite a las mismas mantener en vigencia situaciones beneficiosas para ellas en detrimento de los consumidores, al no permitírsele al consumidor tomar una decisión

⁴⁵ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003. p. 869-870

informada sobre sus proveedores ya que todos ellos ofertan el mismo servicio bajo las mismas condiciones y al mismo precio. De acuerdo con los autores “se presume que hay tal acuerdo, en sentido amplio, si el comportamiento observado por las empresas en el mercado responde a la lógica de una sola empresa o, dicho con otras palabras, no podría ser explicado racionalmente más que de existir un acuerdo colusorio, en sentido estricto, o una concentración empresarial.”⁴⁶ En el caso que nos ocupa existe una cooperación práctica que deviene en un acuerdo colusorio.

Al tomar en cuenta la normativa de la Comunidad Andina nos damos cuenta de que en el caso del régimen establecido para el SOAT se configura una conducta restrictiva de la competencia, de acuerdo con lo establecido por el art. 7 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

“Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.”

Aun cuando no sería posible iniciar una acción en contra del Estado ecuatoriano ante la Comunidad Andina por no configurarse lo establecido por el literal a) del art. 5 de la Decisión 608: “Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en: a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país;”, queda claro por lo establecido en el art. 7 del mismo cuerpo normativo, que la situación existente en el Ecuador atenta contra los principios de libre competencia aceptados en la Comunidad Andina.

⁴⁶ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea, Editorial Colex, Madrid, 2003. p. 871.

Acerca de la participación del Estado en una práctica concertada, de acuerdo con Isabel Vaz, la normativa del MERCOSUR relativa a la libre competencia es aplicable a “los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o derecho privado, o por cualquier otra entidad domiciliada en el territorio de un Estado Parte”⁴⁷

4.3.1 Prácticas Concertadas Relativas al SOAT Peruano

Cabe en este punto, por sus grandes similitudes con el caso que nos ocupa, referirnos a la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI⁴⁸ (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de la Libre Competencia que resuelve sobre la apelación interpuesta contra la Resolución 025-2002-INDECOPI/CLC de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, órgano encargado del juzgamiento de velar por el cumplimiento de la normativa de libre competencia en el Perú), con respecto del expediente 004-2002-CLC iniciado por el Informe Técnico N° 012-2002-INDECOPI/CLC de la Secretaría técnica de la Comisión de Libre Competencia, procedimiento iniciado de oficio por dicho organismo por la presunta concertación en el precio del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito por parte de nueve empresas aseguradoras con la colaboración de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros. El objeto del procedimiento en mención fue determinar si existió una violación del artículo 6 del decreto Legislativo 701 al haber una concertación en el precio del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito por parte de nueve empresas aseguradoras y el gremio que las agrupa y de ser el caso determinar la sanción a aplicarse. Aún cuando la decisión de primera instancia fue declarada nula, De acuerdo con la misma resolución que la declara nula, aun habiendo

⁴⁷ San Martino de Domi. L. Dirección General. Temas de derecho Industrial y de la Competencia 4, Derecho de la Competencia. “Las Tres Vertientes del derecho de la Competencia”. Isabel Vaz. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2000. p. 303.

⁴⁸ Anexo 2

sida declarada nula la resolución de Primera Instancia, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual tiene la potestad de resolver sobre el fondo del asunto de tener suficientes elementos de juicio para emitir un pronunciamiento, de acuerdo con el art. 217 de la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana⁴⁹, a continuación trataremos los asuntos de fondo resueltos por la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI.

I. Asunto Investigado Conforme la Resolución 025-2002-INDECOPI/CLC

El asunto de fondo sobre el cual recae la Resolución 025-2002-INDECOPI/CLC y posteriormente la RESOLUCION N° 0224-2003/TDC-INDECOPI fue la “presunta concertación en el precio del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) durante el período comprendido entre el 28 de julio de 2001 y el 20 de abril de 2002.”⁵⁰ Por parte de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG) y nueve empresas aseguradoras. En particular, el objeto de dicho procedimiento fue el siguiente:

“12. El objeto del procedimiento consiste en determinar si:

- a) Apeseg, La Positiva, Royal&SunAlliance, Wiese Aetna, Generali, Mapfre, Pacífico, Rímac, Interseguros y Sul América han infringido el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 al haber concertado en el precio¹ del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) durante el período comprendido entre el 28 de julio de 2001 y el 20 de abril de 2002; y,
- b) de ser el caso, determinar a cuánto ascienden las sanciones que corresponde imponer a las entidades que han realizado la práctica restrictiva de la libre competencia.”⁵¹

Específicamente, lo que pretenden determinar las Resoluciones 025-2002-INDECOPI/CLC y *0224-2003/TDC-INDECOPI fue si los acuerdos a los que llegaron la APESEG y las nueve empresas de seguros investigadas, el primero en sesión del 11 de Diciembre de 2001, en la cual se aprueba por unanimidad la nota técnica elaborada por el señor Amadeo Vallejo con respecto de la determinación actuarial del las*

⁴⁹ P. 17 Anexo 2

⁵⁰ P. 1 Anexo 3 (Resolución 025-2002-INDECOPI/CLC)

⁵¹ P. 3 Anexo 3

tarifas a cobrarse por el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, precio que presuntamente se utilizó unánimemente por las aseguradoras en la oferta y venta del seguro por parte de las mencionadas empresas y acuerdo en el que concurrió la APESEG⁵².

El segundo acuerdo mencionado es el acuerdo al que llegaron las empresas aseguradoras investigadas en la Reunión del Comité de Automóviles de la APESEG, en el que se acordó reducir las tarifas en un 8.33% como respuesta al pedido del Ministerio de Transporte y Comunicación de que se realice una reducción del 30% en las tarifas.⁵³

II. Normativa de Libre Competencia discutida en la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI

Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701:

“están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.”

Con respecto de la aplicación de esta norma, la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI determina que esta no puede recibir una interpretación determina que:

“La prohibición de limitar la libre competencia no puede ser interpretada de manera extrema o literal, pues se podría llegar a sostener que todo tipo de acuerdo, convenio o contrato en el marco de una relación de negocios sea ilegal; (...) Es evidente, por sus efectos prácticos, que esta interpretación extrema de la prohibición general de las prácticas restrictivas de la libre competencia no es la más acorde con el espíritu de la ley, lo que determina la necesidad de interpretar los alcances del texto legal.”⁵⁴

Artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701:

“**Artículo 6.-** Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas

⁵² Pp. 7-9 Anexo 2

⁵³ P. 9 Anexo 3

⁵⁴ P. 19 Anexo 2

concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Con respecto de esta norma, el Tribunal determina que:

“El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 precisa que las prácticas restrictivas de la libre competencia pueden provenir de tres mecanismos distintos: i) los acuerdos; ii) las decisiones; y, iii) las prácticas concertadas. (...) Al respecto, la palabra "acuerdo" no se refiere exclusivamente a contratos como fuente de obligaciones²¹ sino más bien a todo un género de actos en los que una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra, con la finalidad última de restringir la competencia. De otro lado, una "decisión" se refiere tanto a las reglas de la asociación de empresas de que se trate, como a las decisiones que vinculan a sus miembros. El término "decisión" incluye también a las recomendaciones de las asociaciones de empresas dirigidas a sus miembros. Finalmente, una "práctica concertada" hace referencia a toda "cooperación informal entre empresas, que no se caracteriza por ningún acuerdo o decisión formal." Un elemento muy importante - pero no suficiente - para la prueba de las prácticas concertadas es la existencia de una conducta paralela en el mercado.”⁵⁵

En aplicación al caso particular, el literal a del art. 6 del Decreto Legislativo 701 dispone que:

“Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.”

Al respecto de la aplicación de la norma anteriormente citada y otras normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, la RESOLUCION N° 0224-2003/TDC-INDECOPI resuelve:

“Una vez aclarado el contexto en el cual debe entenderse el término "perjuicio para el interés económico general" y dejados de lado los precedentes de observancia obligatoria contenidos en las resoluciones N° 206-97-TDC y N° 276-97-TDC, es posible sentar los siguientes principios interpretativos para la determinación de los actos y conductas sancionables bajo los alcances de los artículos 3, 5 y 6 del

Decreto Legislativo N° 701:

1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se

⁵⁵ Anexo 2. pp. 19-20

ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.

2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia - producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas - o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.

5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior.⁵⁶

Tomando en cuenta lo expuesto y otras consideraciones hechas por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Propiedad Intelectual y tomando en cuenta parámetros para la aplicación de sanciones a los casos particulares, la Sala resolvió, de manera general, declarar que se violó lo

⁵⁶ Anexo 2. pp. 35-36

dispuesto en los artículos 3 y 6 literal a) del Decreto Legislativo 701 conforme cito a continuación:

III. Decisiones Pertinentes del Tribunal constantes en la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI

“(…) TERCERO: declarar que la Asociación Peruana de Empresas de Seguros – APESEG, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix y Sul América Compañía de Seguros S.A. infringieron los artículos 3 y 6, inciso a), del Decreto

Legislativo N° 701 al haber concertado el precio de las primas de las pólizas correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT durante el período comprendido entre diciembre de 2001 y abril de 2002.

CUARTO: declarar que Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A. y Wiese

Aetna Compañía de Seguros no infringieron los artículos 3 y 6, inciso a), del Decreto

Legislativo N° 701 durante el período comprendido entre diciembre de 2001 y abril de 2002 por la presunta concertación de precios en el precio de las primas de las pólizas del SOAT.

QUINTO: sancionar a las infractoras con las siguientes multas: (…)

SEPTIMO: de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución

Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.

2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia - producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas - o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son

medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.

5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior. (...)”⁵⁷

De acuerdo con lo citado, la Resolución del Tribunal sanciona a la mayoría de las empresas aseguradoras investigadas y a la APESEG por la violación de los artículos 3 y 6 literal 1 del Decreto Legislativo 701, es decir por haber realizado actos que constituyen una limitación, restricción o distorsión de la libre competencia, que generen perjuicios para el interés general, prácticas concertadas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, en el caso particular, una práctica concertada consistente en la fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales.

⁵⁷ Anexo 2. Pp. 67-68.

4.3.2 Aplicabilidad del Razonamiento Jurídico de la N° 0224-2003/TDC-INDECOPI en el Caso del SOAT Ecuatoriano

I. Similitudes del SOAT peruano y el SOAT ecuatoriano

De acuerdo con el literal IV de la Resolución 025-2002-INDECOPI/CLC, “Los seguros obligatorios se orientan a asegurar que la víctima perciba una indemnización en caso en que ocurra un siniestro, independientemente de su responsabilidad sobre la ocurrencia del mismo. El SOAT es un seguro obligatorio que sólo cubre daños personales. Su régimen de determinación de responsabilidad es uno similar al *no-fault* toda vez que no interesa quién es el culpable del daño para que la aseguradora indemnice a la víctima del accidente.” Adicionalmente, se determina con respecto del SOAT en el Perú que “El pago de las indemnizaciones del SOAT debe efectuarse sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, bastando la sola demostración del accidente y de las consecuencias de muerte o lesiones corporales que éste originó en la víctima, independientemente de la responsabilidad del conductor, propietario del vehículo o prestador del servicio, causa del accidente o de la forma de pago o cancelación de la prima, lo cual debe constar expresamente en la póliza de seguro.” y que “Las víctimas de un accidente de tránsito y sus beneficiarios tienen acción directa contra la compañía de seguros, no siéndoles oponibles las excepciones que ésta pueda alegar contra el tomador del seguro que se basen en hechos o circunstancias imputables a este último.” De acuerdo con lo citado podemos concluir que el servicio SOAT peruano es ampliamente similar con el SOAT en nuestro país.

II. Comparación del Marco Normativo de Libre Competencia Relevante Aplicable en el Ecuador y el Perú.

De acuerdo con la resolución en referencia, el marco normativo aplicable en el caso del SOAT peruano es el artículo 6 y su literal a) del Decreto Legislativo 701, el cual dispone:

“Artículo 6°.- Prácticas restrictivas de la libre competencia. Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;”

En el caso ecuatoriano, la normativa aplicable es el Decreto Ejecutivo 1614 por medio del cual se dispone la aplicación directa de la Decisión 608 de la Comunidad Andina, cuyo artículo 7 y su literal a) dispone:

“Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:
a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;”

Ambas normas determinan que la concertación en fijación de precios u otras condiciones de comercialización, constituye una conducta o práctica restrictiva de la libre competencia.

Es necesario adicionalmente tomar en cuenta el artículo 1 de la decisión 608 el cual define a acuerdo como:

“Acuerdo: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen;”

Conforme a las normas citadas, podemos concluir que ambas normas son prácticamente idénticas en cuanto a la prohibición de “acuerdos” o actos similares que tengan como efecto la fijación o concertación de precios, siendo la única diferencia sustancial el que la Decisión 608 prevé una definición más amplia de “Acuerdo “que la

norma peruana equivalente, la norma peruana determina que el “acuerdo debe ser “entre empresas”, mientras que la norma comunitaria determina que el acuerdo será entre “agentes económicos” lo cual se discutirá en la siguiente sección.

III. “Acuerdo” en el Caso Ecuatoriano por medio del cual se fijan precios.

Aplicabilidad de las Normas de la Decisión 608 de la CAN

El art. 6 del Decreto Legislativo 701, citado en la sección anterior incluye como acuerdos (y demás actuaciones) restrictivos a la competencia, a los realizados “entre empresas”, en el caso peruano, como se discutió anteriormente esta norma también se aplicó para sancionar a la APESEG. La Decisión 608 define a la palabra “Acuerdo” como: contrato, convenio, etc. o actos con efectos equivalentes entre **agentes económicos**. En el presente caso es necesario considerar que existiría un “acuerdo” entre las empresas aseguradoras que proveen el SOAT, incluyendo como parte en el acuerdo al mismo Estado Ecuatoriano.

Dado que el acatamiento de lo mandado por el RSOAT deviene en un acto con efectos similares al de un convenio, contrato, etc. entre dichas empresas, se puede concluir que existió un “acuerdo” según la definición constante en el artículo 1 de la Decisión 608 de la CAN. Para mayor abundamiento nos remitimos a la definición de contrato o convenio constantes en el artículo 1454 del Código Civil Ecuatoriano “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”. El efecto de un contrato o convención por lo tanto es el obligar a las partes a una conducta determinada. Aún cuando no existe un acuerdo expreso entre las empresas aseguradoras, las mismas debieron tramitar sus correspondientes autorizaciones en la Superintendencia de Bancos y Seguros y cumplir con los demás requisitos para estar habilitadas a prestar el servicio SOAT, por lo tanto, las mismas han dado su aceptación tácita a lo dispuesto por el Reglamento del Seguro General Obligatorio de Accidentes de Tránsito, es decir, a las condiciones impuestas por el Estado ecuatoriano. El efecto

producido es el mismo que hubiese producido un contrato o convenio expreso entre las empresas aseguradoras prestadoras de este servicio.

El Estado en este caso no ha actuado meramente en calidad de legislador y regulador de la actividad, sino que también actúa como un agente económico, que tiene un interés económico derivado de las recaudaciones de las empresas aseguradoras, y por lo tanto de las primas que se cobren a los asegurados. Tomando en cuenta que el artículo 25 del RSOAT manda que “Las empresas de seguros que cuenten con la autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros para operar en el ramo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT, transferirán mensualmente, dentro de los diez primeros días hábiles subsiguientes al cierre de cada mes, al FONSAT, como mínimo, el 22% del valor de cada prima percibida por concepto del seguro obligatorio de accidentes de tránsito. Si se diera un incremento de estos porcentajes, estos estarán sujetos a la revisión de la tarifa de las primas conforme lo dispuesto en el artículo 23. (...)”. Es decir que el Estado a través del FONSAT (entidad estatal) es beneficiario del 22% del valor de cada prima. Independientemente del destino de dichos fondos, el Estado tiene un interés particular en el monto que se recaude.

La existencia de un acuerdo entre el Estado ecuatoriano y las empresas habilitadas para prestar el servicio del SOAT se comprueba al tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 del RSOAT el cual habilita al FONSAT y a las empresas aseguradoras a “revisar” la tarifa de primas “obligatoria y fija” de acuerdo con “valoración conjunta de factores de riesgo objetivos y subjetivos de la técnica de seguros realizada por las empresas de seguro autorizadas para operar en el ramo del SOAT y la unidad técnica encargada del FONSAT, y aprobada por la Superintendencia de Bancos y Seguros”. Queda que no solo existe un acuerdo entre las empresas aseguradoras y el Estado, sino que las partes están habilitadas por medio de una norma a modificar los precios pactados en el acuerdo.

El acuerdo al que nos referimos en el caso ecuatoriano es un acuerdo por medio del cual se fija el precio para un determinado servicio, es decir, se configura la conducta

restrictiva (práctica concertada) de la libre competencia constante en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 de la CAN.

4.3.3 Caso Italiano, acuerdo con el efecto de elevar los precios artificialmente por un servicio.

I. Caso Italiano: Decisión No. 8546, del 28 de Julio del año 2000 de la Autoridad de Competencia Italiana AGCM.

La decisión No. 8546 impuso sanciones a un cartel conformado por varias compañías aseguradoras activas en el seguro automovilístico de responsabilidad civil. Se resolvió que un total de 39 compañías se habían unido a dicho cartel entre 1994 y 1999. También se determinó que el cartel estaba en una clara violación del derecho de libre competencia. Algunas cuestiones consideradas fueron que el cartel conformaba el 80% del mercado, se determinó que en 1999 las tarifas cobradas por el seguro automovilístico de responsabilidad civil en Italia eran considerablemente más altas que en otros Estados miembros de la Unión Europea. El precio por el seguro automovilístico de responsabilidad civil en Italia había pasado de ser el más bajo entre los Estados miembros en 1994, a ser el más alto para finales de 1999, el mercado de este servicio es sumamente inelástico al tratarse de un seguro obligatorio y por lo tanto no puede existir mayor respuesta a la subida del precio por parte del consumidor. La AGCM pudo demostrar que el cartel había impuesto una tarifa un 20% más alta que la que habría resultado de un mercado competitivo. La AGCM impuso sanciones en base al art. 2.2 de la ley italiana No. 287/90 (el equivalente en la legislación italiana al art. 81.1 del Tratado de Roma). La decisión fue confirmada por dos instancias superiores.⁵⁸

⁵⁸ MacCulloch Angus , Matthews Andrew. The Competition Law Review. Volume 3, Issue 1, pp. 47-72. "Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi" pp. 5-7. escrito por *Michele Carpagnan*. Disponible en <http://www.clasf.org/CompLRev/downloads/Vol3Issue1.htm>. 28 abril 2009.

El caso italiano presentado es de gran interés por tratarse de un caso con amplias similitudes al caso ecuatoriano. Se trata de un acuerdo entre empresas que tuvo el efecto de fijar precios en el mercado por medio de una concertación que devino en la formación de un cartel del cual formaban parte 39 compañías aseguradoras activas en el sector de seguro automovilístico de responsabilidad civil, el 80% de participantes en el mercado. En especial este caso nos permite determinar que los acuerdos por medio de los cuales se logra una subida artificial en el precio de un bien o servicio en un mercado determinado son acuerdos atentatorios contra la libre competencia.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Tercera Sala) de la Comunidad Europea del de 13 de julio de 2006 por Medio de la cual se resuelve sobre los asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04.

Dentro de la Sentencia que titula esta sección, nos enfocaremos en los puntos que tratan sobre el acuerdo para elevar las tarifas artificialmente.

“En su Resolución final n° 8546 (I377), de 28 de julio de 2000 (Bolletino 30/2000, de 14 de agosto de 2000), la AGCM declaró que las compañías aseguradoras de que se trata habían aplicado un acuerdo ilegal cuyo objeto era el intercambio de información relativa al sector de los seguros. Este acuerdo permitió que dichas empresas coordinasen y fijasen las primas del seguro de responsabilidad civil de automóviles imponiendo a los usuarios incrementos considerables de las primas, no justificados por las condiciones del mercado y que los consumidores no podían eludir.”⁵⁹

Lo citado resultó en la primera cuestión prejudicial a la cual se refirió el tribunal, la cual consistió en:

“En su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si un acuerdo o una práctica concertada entre compañías aseguradoras como el examinado en el litigio principal, consistente en un intercambio recíproco de información que permite un incremento de las primas del seguro de responsabilidad civil de automóviles no justificado por las condiciones del mercado, vulnerando así las normas nacionales de defensa

⁵⁹ Anexo 4. Párrafo 11.

de la competencia, puede constituir también una infracción del artículo 81 CE, habida cuenta, en particular, de la participación en el acuerdo o en la práctica concertada de empresas procedentes de diferentes Estados miembros.⁶⁰

La respuesta del Tribunal a la cuestión planteada fue la siguiente:

“Por tanto, procede responder a la primera cuestión, en los asuntos C-295/04 a C-298/04, que un acuerdo o práctica concertada entre compañías aseguradoras como el examinado en el litigio principal, consistente en un intercambio recíproco de información que permite un incremento de las primas del seguro de responsabilidad civil de automóviles no justificado por las condiciones del mercado, que vulnera las normas nacionales de defensa de la competencia, puede constituir también una infracción del artículo 81 CE si, habida cuenta de las características del mercado nacional en cuestión, existe un grado suficiente de probabilidad de que el acuerdo o práctica concertada examinado pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por parte de empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante.⁶¹

De acuerdo con lo antes citado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea considera que un acuerdo por medio del cual se elevan artificialmente los precios de un servicio, sin que este aumento sea justificado por las condiciones del mercado, constituiría en sí mismo un acuerdo restrictivo de la competencia.

Por lo tanto, podríamos incluso concluir que en el caso del SOAT ecuatoriano, lo dispuesto por el artículo 23 del RSOAT, el cual permite un aumento en la tarifa obligatoria por medio de una concertación entre las empresas que prestan el servicio y el FONSAT constituye por sí mismo una práctica restrictiva de la Libre Competencia.

⁶⁰ Anexo 3. Párrafo 33.

⁶¹ Anexo 3. Párrafo 52.

CONCLUSIONES

Conforme lo tratado en el Capítulo I de este trabajo, la normativa ecuatoriana y la normativa de la Comunidad Andina obligan el establecimiento de un régimen de libre competencia en el Ecuador, razón por la cual se promulgó el Decreto Ejecutivo No. 1614, norma que regula la aplicación de la Decisión 608 de la CAN. En particular la Ley General de Seguros, que debería ser la norma madre para el sector del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito establece que en el sector de los seguros deberán observarse los principios de libre competencia, adicionalmente, se cuenta en la actualidad con una norma que permite prevenir y sancionar las violaciones a la libre competencia. Sin embargo de existir un régimen de libre competencia y existir normas que manden su aplicación, el Estado ecuatoriano ha violado su obligación ante la Comunidad Andina y frente a sus ciudadanos de velar por la defensa de los principios

de libre competencia, ha demostrado esta violación a través de la promulgación del RSOAT, norma.

De acuerdo con el Capítulo II del presente estudio que trata sobre el sector económicamente relevante, se ha determinado que las normas que generalmente regulan los seguros de automóviles obligatorios y la práctica dentro del sector de los seguros, debe ser concordante con los principios conducentes y protectores de la libre competencia, especialmente entendiendo que en este sector la parte débil de la relación es el consumidor y por lo tanto de no verificarse la aplicación de un régimen de libre competencia en el sector se podría perjudicar gravemente a los usuarios.

La legislación comparada analizada en dicho Capítulo rechaza la fijación de tarifas por parte del Estado, por constituir esta práctica una afección a la libre competencia. La tarifa debe estar fijada en base a un estudio actuarial que tome en cuenta parámetros que permitan determinar de la mejor manera posible el riesgo real de cada asegurado, para que lo mencionado pueda configurarse es necesario que se respeten los principios de libre competencia. El principio de libre competencia como tal debe estar presente en la manera en la que se determinan las tarifas.

El Capítulo III del este trabajo establece que los parámetros utilizados por el Estado ecuatoriano en la determinación de las tarifas para el SOAT no son suficientes para determinar el riesgo de cada asegurado. Los datos presentados demuestran que existen parámetros que permitirían una mejor determinación del riesgo de cada conductor, y adicionalmente sugieren que se ha cobrado excesivamente por el SOAT. El establecimiento de precios claramente atenta contra una fijación de primas que reflejen el riesgo real del consumidor y de la misma manera atenta contra el principio de libre competencia. De acuerdo con los cálculos realizados en el Capítulo III, existe evidencia de que podría existir un grave atentado patrimonial en contra de los consumidores promedio y existe por tanto una especie de subsidio para los conductores con mayor riesgo de accidentes de tránsito. Debe tomarse muy en cuenta esta afección por ser uno de los fines de la libre competencia el evitar abusos al consumidor, dado

que la libre competencia procura mejores precios y mejores servicios, algo imposible de lograr mediante un régimen de fijación de precios.

Finalmente, en el Capítulo IV se prueba que los elementos y características de nuestro SOAT constituyen un acuerdo colusorio, práctica concertada o un entente en el sector de Seguro Obligatorio de Accidentes de tránsito de acuerdo con los parámetros establecidos por la normativa y jurisprudencia Comunitaria europea, marco jurídico que hemos utilizado como referencia. Así mismo, el Decreto Ejecutivo No. 809 violenta los principios de libre competencia fijados por el art. 7 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

RECOMENDACIONES

Es importante el tomar en cuenta que no es el propósito de este trabajo el oponerse a un seguro obligatorio de accidentes de tránsito. Sin embargo de esto cabe recalcar que la fijación de las tarifas de primas por medio de un acuerdo colusorio, práctica concertada, o como quiera llamársele, es atentatorio contra la libre competencia y contra los derechos de los consumidores del servicio. Por esta razón, mi recomendación sería que se dejen sin efecto los artículos del RSOAT por medio de los cuales se fija la tarifa de primas y por medio de los cuales se les da la potestad al FONSAT y a las empresas aseguradoras a conjuntamente modificar las tarifas de considerarlo necesario. En lugar de estas disposiciones se deben incluir disposiciones que regulen los límites mínimos de cobertura que deberá tener un seguro automovilístico de responsabilidad civil, los parámetros que se deberán utilizar por parte de las aseguradoras para determinar las primas, y el control que deberá realizar la Superintendencia de Bancos y Seguros sobre los métodos de determinación de las primas que utilicen las aseguradoras. Se debe establecer un régimen mediante el cual se puedan utilizar estadísticas comunes, pero que cada agente económico calcule las por si mismo la prima que deberá cobrar para cubrir un determinado riesgo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ AVEDAÑO JUAN JOSÉ. LIZANA ANGUITA CLAUDIO. Dumping y Competencia Desleal Internacional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1995.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZÁLES, JAVIER. Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea. Editorial Colex. Madrid. 2003.

DIRECCIÓN NACIONAL DE TRÁNSITO. Policía Nacional. Estadísticas no oficiales de accidentes de tránsito. matriculación y emisión de licencias de los años 2006 y 2007.

GABINETE DE ESTUDIOS Y RELACIONES EXTERNAS DEL GRUPO ASEGURADOR CASER. Seguro del Automóvil de Suscripción Obligatoria Volumen 2. Editorial Caser S.A. Madrid. 1987.

GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, JOSE ELIAS. Aspectos Técnicos de la Legislación de Seguro Privado. Centro de Estudios del Seguro S.A. Madrid. 1991.

GERADINE DAMIEN. Competition Law and regional Economic Integration. An Analysis of the Southern Mediterranean Countries. The World Bank, the European Commission. The International Bank for reconstruction and. Development/ The World Bank. Washington D.C. 2004.

HALPERIN, ISAAC. Lecciones de Seguros. Octava reimpresión. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1997.

IBARRA, BLADIMIR M. Lo que Sobran son Autos No Buses. Quito Para Todos Colectivo urbano. Disponible en http://www.quitoparatodos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=33:lo-que-sobran-son-autosno-buses&catid=14:documentos&Itemid=24. Consultado el 3 de mayo de 2009.

LEMAIRE, JEAN. Automobile Insurance Actuarial Models. Kluwer-Nijhoff Publishing. Boston/Dordrecht/Lancaster. 1985.

LUTZKY, CLAUDIO J. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 4. Derecho de la Competencia. El Orden Económico. Las Formas de Mercado y la Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2000.

NEUBER, MANFRED. Leyes Sobre la Competencia. Materiales Sobre Política y Sociedad en la República Federal de Alemania. traducido por Luís Martínez. Inter Naciones e.V., Bonn. 1990.

NIETO DE ALBA, UBALDO, VEGAS ASENSIO JESUS. Matemática Actuarial. Editorial MAPFRE. Madrid. 1993.

OTAMENDI, RADIGUÉZ-BETHANCOURT. JUAN JOSE. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Aranzadi Editorial. Pamplona. 1994.

PALACIOS, HUGO E. Introducción al Cálculo Actuarial. Segunda edición. Editorial MAPFRE. Madrid. 1996.

SAN MARINO DE DROMI. LAURA. Temas de derecho Industrial y de la Competencia 4. Derecho de la Competencia. “Competencia e Integración en América Latina: Su Importancia y Los Temas que Deberían Ser Considerados”. Luis José Díez-Canseco Núñez. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2000.

SAN MARINO DE DROMI. LAURA. Temas de derecho Industrial y de la Competencia 4. Derecho de la Competencia. “Las Tres Vertientes del derecho de la Competencia”. Isabel Vaz. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2000.

SAURA, DIEGO. Legislación del Seguro de Automóviles. Régimen Legal Comunitario y Español. CES Centro de Estudios del Seguro. Madrid. 1993.

SOLER ALEU, AMADEO. Seguro de Automotores. Responsabilidad Civil, Daños al Vehículo. Robo y Hurto. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1978.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS DE CHILE. Resumen de la Normativa Legal del Mercado Asegurador Chileno. Disponible en: http://www.svs.cl/sitio/legislacion_normativa/normativa/seguros/resumen_dfl251.pdf. Consultado el 3 de mayo de 2009.

WITKER, JORGE. Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN. Editorial Porrúa. Mexico. 2003.

Normativa Ecuatoriana

Decreto Ejecutivo No. 809 publicado el 2 de enero de 2008 en el Registro Oficial No. 243. Reglamento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT.

Decreto Ejecutivo No. 1614 publicado el 27 de abril de 2009 en el Registro Oficial No. 558. Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN.

Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

Ley General de Seguros publicada en el Registro Oficial No. 290 del 3 de abril de 1998.

Decreto Ejecutivo No. 1510 por medio del cual se promulga el Reglamento a la Ley General de Seguros en el Registro Oficial No. 342 del 18 de junio de 1998.

Ley Orgánica de Defensa al Consumidor publicada en el Registro Oficial No. 520 del 12 de septiembre de 1990.

Normativa de la Comunidad Andina de Naciones

Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de mayo de 1969.

Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones. Dada en Lima, Perú el 29 de marzo de 2005.

Decisión 616 de la Comunidad Andina de Naciones. Dada en Lima, Perú el 15 de julio de 2005.

Normativa Española

Ley 33/1984, de 2 de agosto, Sobre Ordenación del Seguro Privado. BOE número 186, de 4 de agosto de 1984.

Decreto 632/1968, de 21 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Decreto 3787/1964, de 19 de noviembre de 1964, por medio del cual se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos a Motor.

Real Decreto 2641/1986, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos a Motor, de suscripción obligatoria.

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. BOE número 250 de 17 de octubre de 1980.

Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado. BOE número 186 de 4 agosto de 1984.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los Seguros Privados. BOE número 268, de 9 de noviembre de 1995.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor. BOE. Número 222 de 13 de septiembre de 2008.

Regulación del Consejo (EEC) No. 1534/91 del 31 de mayo de 1991 sobre la aplicación del artículo 85 (3) del Tratado de la Comunidad Europea

Normativa Colombiana

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Decreto 663, de 2 de abril de 1993. Diario Oficial No. 40.820, del 5 de abril de 1993.

Ley 155 de 1959 de 24 de diciembre de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

Normativa Chilena

La Ley N° 18.490 (1) Del Seguro Obligatorio de accidentes causados por vehículos Motorizados. Diario Oficial de 4 de enero de 1986.

Decreto con Fuerza de Ley No. 251 de 1931. Ley de Seguros.

Código de Comercio del 23 de noviembre de 1865.

Decreto Ley No. 211 de 1973. Fija normas para la defensa de la libre competencia; con tal objeto previene y sanciona las prácticas monopólicas y crea comisiones y servicios que indica. Diario Oficial No. 28.733, de 22 de diciembre de 1973.

Normativa Comunitaria Europea

Tratado de Roma. Firmado el 25 de marzo de 1957. Entró en vigor el 1 de enero de 1958.

Reglamento (CEE) No. 1534/91 Del Consejo. Relativo la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. De 31 de mayo de 1991. (DO L 143 de 7.6.1991)