



**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Posgrados**

**La nulidad absoluta de la cláusula de control de reclamo, propia  
del contrato de reaseguro**

**Felipe Eduardo Ron Urbano**

**Vladimir Villalba Paredes, LLM., Director de Tesis**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Máster  
en Derecho de la Empresa

Quito, octubre de 2014

**Universidad San Francisco de Quito.**

**Colegio de Posgrados**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

**La nulidad absoluta de la cláusula de control de reclamo, propia  
de contrato de reaseguro**

**Felipe Eduardo Ron Urbano**

Vladimir Villalba Paredes, M.A., -----  
Director de la Maestría en Derecho de la Empresa y  
Miembro del Comité de Tesis

Juan Isaac Lovato Saltos, M.A., -----  
Miembro del Comité de Tesis

Oswaldo Santos Dávalos, M.A., -----  
  
Miembro del Comité de Tesis

Luis Parraguez Ruiz, Dr., -----  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Víctor Viteri Breddy, Ph.D., -----  
Decano del Colegio de Posgrados

Quito, octubre de 2014

VLADIMIR VILLALBA-PAREDES

Septiembre 29, 2014

Señor doctor  
Luis Sergio Parraguez Ruiz  
Decano del Colegio de Jurisprudencia  
**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
Campus de Cumbayá

**Ref:** INFORME DE TESINA  
Felipe Eduardo RON URBANO

**Att:** Mariana Guilenea  
Coordinadora Académica  
Maestría en Derecho de Empresa

Señor Decano:

Se nos ha solicitado un informe sobre la tesina intitulada «*La nulidad Absoluta de la Cláusula de Control de Reclamo, propia del Contrato de Reaseguro*» presentada por el señor **Felipe Eduardo RON URBANO**, previo a la obtención del grado de magister dentro de la Maestría en Derecho de Empresa.

Al respecto, procedo a la evaluación de la investigación dentro de los siguientes parámetros:

- I -

#### IMPORTANCIA DEL PROBLEMA PRESENTADO

1. El problema descansa en el pacto de la Cláusula de Control en el contrato de reaseguro, por la cual se asigna a la reaseguradora la liquidación del siniestro versus a lo preceptuado por el Art. 87 del título XVII del Código de Comercio y la regulación relevante de la Superintendencia de Bancos y Seguros.
2. Específicamente, el problema radica que sin embargo de ser dos negocios jurídicos independientes el contrato de seguro y el contrato de reaseguro -según el autor, "el solo hecho de que el reasegurador tenga injerencia (lo que no implica, necesariamente, una decisión inobjetable) en la liquidación implica, una suplantación del papel que debe cumplir el asegurador al amparo del artículo 42 de la Ley General de Seguros, ya que aunque a este último se le reserve la decisión de pago, aquella es la consecuencia inmediata de la liquidación" [págs. 23-24]. De hecho -según el autor, "[A] lo largo de la presente memoria trataré de demostrar cómo, ante esta tensión, se inclina la balanza a favor de los intereses del reasegurador, amparados

por la cláusula de control de reclamo, en perjuicio de los que dispone el ordenamiento jurídico vigente y el principio de comunidad de suerte" [pág. 27].

3. Concretamente el problema radica si el derecho del asegurador para liquidar el siniestro puede ser objeto de "cesión al reasegurador" a través de la denominada Cláusula del Control del Reclamo o, por el contrario, el Art. 87 del Título XVII del Código de Comercio es una norma de orden público, no susceptible de declinación por contrato de reaseguro.
4. En este sentido el problema es trascendente e interesante, a más de práctico y trascendente al mercado del seguro local.

- II -

#### TRASCENDENCIA DE LA HIPÓTESIS PLANTEADA

5. La hipótesis propuesta radica a "[...] si liquidación de un siniestro por parte del reasegurador es un acto permitido por la Ley; en caso que lo (sic) no lo sea, el asegurador debe tener la certeza de que la autoridad pública aplicará la norma positiva vigente y sancionará lo prohibido" [pág. 39]. En este sentido, la hipótesis es una de carácter jurídica que confronta. Por un lado, el principio de la libertad contractual y, por otro, la limitación de este principio ante la Ley.
6. Para el autor "el reasegurador y asegurador, en clara observancia de las cláusulas de control de reclamos, y en manifiesta desatención del artículo 46 del capítulo II, del título XI, del Libro II, de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, convienen que el primero liquide un siniestro" [pág. 44], lo cual, así mismo para el autor "la norma de la Superintendencia y de la Junta Bancaria favorece el orden y el interés general (el de la gran masa de asegurados), por ende, al ser ignorada también puede hablarse de objeto ilícito en la cláusula de control de reclamo y de su nulidad absoluta." [pág.45].

- III -

#### SUFICIENCIA Y PERTINENCIA DE LOS MATERIALES EMPLEADOS

7. Tratándose de una hipótesis concreta sobre prevalencia de la ley prescrita versus la ley contrato, los materiales son suficientes, enriquecido por notas doctrinales.

- IV -

#### CONTENIDO ARGUMENTATIVO

8. La argumentación gira alrededor de una idea central "que el artículo 87 del título XVII del Código de Comercio dispone que el contrato de reaseguro no puede modificar al contrato de seguro; y que el artículo 46, del capítulo II,

*del título XI, del libro II, de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, dispone que la liquidación de un siniestro corre por cuenta de un asegurador o de un perito ajustador de siniestros, pero no por cuenta del reasegurador” [pág. 3].*

9. Para argumentar el criterio que no se puede “ceder al reasegurador” la facultad de liquidación del seguro a través de la Cláusula de Control de Reclamo en el contrato de reaseguro, el autor se basa en el carácter de orden público e interés general del Art. 87 del Título XVII del Código de Comercio y en la trascendencia de la comunidad que se vería afectada por las acciones de liquidación del reasegurador.
10. Para el autor, el efecto de la Cláusula de Control de Reclamo en favor del reasegurador, por lo mismo, es de objeto ilícito y de nulidad absoluta, con la ironía que *“no podría demandar la nulidad absoluta de la cláusula de control de reclamo”* [pág. 48] el asegurador.

- V -

#### **CUMPLIMIENTO DE LAS TAREAS ENCOMENDADAS A LO LARGO DEL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**

11. El autor ha cumplido con las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

Por lo anterior, considero que el trabajo se encuentra listo para ser sometido a defensa ante el Tribunal de Grado.

No asumo ni reivindico alguna de las ideas anotadas en el trabajo. Por el contrario, discrepo de algunas concepciones y efectos jurídicos.

En estos términos cumplo con mi deber de Director de Tesis.

**Atentamente,**

  
**Vladimir Villaalba-Paredes**  
GB.USFQ/MDE/Tesinas/Informes/Ron.2014.Info.01

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

-----

Nombre: Felipe Eduardo Ron Urbano

C. I.: 1717536609

Lugar y fecha: Quito, octubre de 2014

## RESUMEN

El seguro y el reaseguro son relaciones jurídicas completamente distintas. Al ser dos relaciones jurídicas separadas: a) El contrato de reaseguro no puede modificar al contrato de seguro; b) El asegurado no tiene acción en contra del reasegurador; c) El reasegurador no tiene obligación frente al asegurado.

En virtud de la cláusulas de control de reclamos, el reasegurador tiene el derecho, facultad o potestad de “controlar el reclamo”, lo que implica, decidir en la liquidación del siniestro. Paralelamente está el derecho del asegurador de liquidar el siniestro, según el contrato de seguro.

Según el artículo 87 del Código de Comercio, el contrato de reaseguro no puede modificar al contrato de seguro. El artículo 46 del capítulo II, del título XI, del libro II, de la *“Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria”* dispone expresamente que la liquidación del siniestro corre por cuenta del asegurador. La cláusula de control de reclamo (como expresión de la autonomía de la Ley y el Reglamento, es decir, por las normas citadas.

El derecho a la seguridad jurídica, es el fundamento para que alguien (el asegurado) acuda al órgano jurisdiccional competente y demande la nulidad absoluta de la cláusula de control de reclamo, que supera el límite previsto por la norma positiva y el interés general. La causal de la demanda es el objeto ilícito de la cláusula.

## ABSTRACT

Insurance and reinsurance are legal relations completely different. To be two separate legal relations: a) The reinsurance contracts cannot modify the contract of insurance; b) The insured has no action against the reinsurer; c) the reinsurer has no obligation to deal with the insured.

Under the terms of control of claim, the reinsurer has the right, power or authority to "control the claim", which means, decide on the settlement of the claim. At the same time it is the right of the insurer to settle the incident, according to the insurance contract.

According to article 87 of the Commercial Code, the reinsurance contracts cannot modify the insurance contracts. Article 46 of chapter II, title XI, book II, of the "*Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria*" expressly provides that the settlement of the claim is paid by the insurer. The control clause claim (as an expression of the private autonomy) has the particularity to overcome the limit imposed by the law and the regulation, i.e. by the above standards.

The right to legal security, it is the foundation for someone (the insured) goes to the competent court and demands the absolute nullity of the control clause claim, which exceeds the limit set by the positive rule and the general interest. The grounds of the demand are the unlawful object of the clause.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	12
CAPÍTULO 1 .....	14
EL CONTRATO DE SEGURO FRENTE AL CONTRATO DE REASEGURO ..	14
1.1. EL SEGURO PRIVADO COMO CONTRATO .....	14
1.2. DERECHOS QUE EMANAN DEL CONTRATO .....	17
1.3. SOBRE EL DERECHO DEL ASEGURADOR DE “ATENDER” EL RECLAMO DE SU CONTRAPARTE: EL ASEGURADO .....	18
1.4. SOBRE OTROS DERECHOS DEL ASEGURADOR QUE REDUNDAN EN EL VERBO “ATENDER” .....	19
1.4.1. DERECHO DEL ASEGURADOR DE RECIBIR LA DENUNCIA DEL SINIESTRO .....	19
1.4.2. SOBRE EL DERECHO DEL ASEGURADOR DE LIQUIDAR EL SINIESTRO A PARTIR DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECLAMO .....	21
1.4.3. SOBRE EL DERECHO DEL ASEGURADOR DE CONTESTAR EL RECLAMO, CON FUNDAMENTOS .....	25
1.5. SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS ..	27
CAPÍTULO 2 .....	30
RELACIONES DE COLABORACIÓN EN EL CONTRATO DE REASEGURO: CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO .....	30
2.1. LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO, DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA .....	30
2.2. JUSTIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO ..	35
2.3. EL CONTROL DEL RECLAMO COMO DERECHO DEL REASEGURADOR .....	37
2.4. PRINCIPIOS ATADOS A LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO 37	37
2.5. LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO DESDE UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA: ¿QUIÉN DEBE LIQUIDAR UN SINIESTRO? ..	40
2.5.1. FASE ARGUMENTATIVA 1: CONCEPTOS PREVIOS .....	42
2.5.2. FASE ARGUMENTATIVA 2.- LOS ARTÍCULOS 87 DEL TÍTULO XVII DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL ARTÍCULO 46, DEL CAPÍTULO II, DEL TÍTULO XI, DEL LIBRO II, DE LA CODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS Y DE LA JUNTA BANCARIA, SON UN LÍMITE A LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMOS, COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. ....	45
CAPÍTULO 3 .....	50

3.1. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO .....	50
3.2. LA SEGURIDAD JURÍDICA DESDE UNA PERSPECTIVA FORMAL Y SU FUNCIÓN PRÁCTICA .....	52
3.3. NULIDAD ABSOLUTA DE LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO 54	
3.3.1. EL OBJETO DEL CONTRATO.....	55
3.3.2. EL OBJETO ILÍCITO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL.....	55
3.3.3. LA NULIDAD ABSOLUTA EN EL CÓDIGO CIVIL .....	56
3.3.4. NULIDAD ABSOLUTA PARCIAL .....	57
3.3.5. DEMANDA, DECLARACIÓN Y EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA.....	57
CONCLUSIONES.....	61
BIBLIOGRAFÍA .....	64

## INTRODUCCIÓN

Cuando denomino al primer capítulo de esta memoria de prueba “*el contrato de seguro frente al contrato de reaseguro*”, quiero sentar una idea que vaya más allá de lo que implican estas relaciones jurídicas, como fuente de obligaciones. Se trata de dos contratos con objeto propio, teóricamente y normativamente distantes, casi antagónicos, pero que en la práctica se vinculan, todo con motivo de un hecho futuro e incierto como es el siniestro. La vinculación es más notoria con la cláusula de control de reclamo.

En el contrato de seguro y en sus cláusulas; y en el contrato de reaseguro y sus cláusulas se refleja el principio de la autonomía de la voluntad privada. Aquello se resume en que los privados pueden, bajo ciertos límites, obligarse como prefieran.

Bajo este principio, en el contrato de seguro, el asegurado cede un riesgo al asegurador a cambio de una prima. El asegurador se obliga a indemnizar o pagar una renta al asegurado ante un siniestro, previo a la liquidación que realice.

Luego, también bajo este principio, el asegurador, con fundamento en la cláusula de control de reclamo, se obliga a permitir que su reasegurador liquide un siniestro sobre el cual el asegurado le demanda el pago de una indemnización o renta.

Aquí hago una pausa y señalo que el artículo 87 del título XVII del Código de Comercio dispone que el contrato de reaseguro no puede modificar al contrato de seguro; y que el artículo 46, del capítulo II, del título XI, del libro II, de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, dispone que la liquidación de un siniestro corre por cuenta de un asegurador o de un perito ajustador de siniestros, pero no por cuenta del reasegurador.

Hago una precisión más en el sentido de que la implementación de la cláusula de control de reclamo afecta el orden público y el interés general, representado por la gran masa de asegurados.

Las conclusiones tienen que ver con el límite evidente a la cláusula de control de reclamo por parte de la ley y el orden público.

En esa línea, el derecho a la seguridad jurídica será el fundamento para que *“alguien”* haga respetar el límite antes dicho y, con vista a la conclusión precedente, demande la nulidad absoluta de la cláusula de control de reclamo, amparándose en la causal de objeto ilícito, que consiste en una obligación contraria a la Ley y al interés general.

## CAPÍTULO 1

### EL CONTRATO DE SEGURO FRENTE AL CONTRATO DE REASEGURO

#### 1.1. EL SEGURO PRIVADO COMO CONTRATO

Desde la perspectiva doctrinaria, los tratadistas muestran cierta reticencia o reserva con respecto a la posibilidad de ensayar una definición sobre el seguro privado. Es así que autores como GARRIDO Y COMAS y OSSA, sostienen lo siguiente:

[N]o suele ser frecuente la presencia de una definición del seguro en las leyes que regulan su contenido. Por lo general, el legislador se ha mostrado muy cauteloso ante este punto, eludiendo toda definición unitaria del mismo, y prefiriendo, en cambio, formular un concepto separado de cada una de las modalidades de cobertura que aquel reviste [...] Semejante hecho ha sido objeto de diversas interpretaciones. Así se ha dicho que no resultaba aconsejable tal definición porque el seguro se halla todavía en período evolutivo, y sus puntos esenciales no están fijados aún; porque no es posible comprender en una fórmula legal todo el concepto del seguro (Ley de Contrato de Seguro de Alemania), porque las definiciones legales son siempre desventajosas, y existe el riesgo de retardar el desarrollo de las instituciones [...] <sup>1</sup>

[N]o define la ley al seguro privado. Por considerar, sin duda, que es tarea laboriosa y arriesgada, dada la innegable complejidad de esta institución jurídica, ha preferido hacer caso omiso de ella, librarla al juicio de la doctrina, al ejercicio académico de los expositores y limitarse, como veremos, a ofrecer un esquema jurídico del contrato a través de algunos de sus preceptos medulares [...] <sup>2</sup>

A pesar del criterio citado de que no es frecuente que el Derecho positivo defina al seguro privado y con vista a las “desventajas” de tal iniciativa, no deja de llamar la atención el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico positivo,

---

<sup>1</sup> J. GARRIDO Y COMAS, *El Contrato de Seguro*, 1era. Ed., Barcelona: Editorial Publicaciones y Ediciones SPES S.A., 1954, p 61.

<sup>2</sup> E. OSSA, *Teoría General de Seguro. El Contrato*, 2da. Ed., Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 1.

específicamente en el Código Civil, Código de Comercio y Ley General de Seguros, sí se contemple una definición de seguro privado.

El Código Civil, en su artículo 2163, señala que el seguro privado es un contrato oneroso; uno de los principales contratos aleatorios; y, un contrato que pertenece al Código de Comercio.

En esa línea, el artículo 1 del Título XVII, del Código de Comercio sostiene que el seguro privado es un contrato, en los siguientes términos:

Artículo 1.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley General de Seguros no relaciona al seguro privado con un contrato, sino con una operación; es así que dicho cuerpo legal determina que las empresas de seguros realizan operaciones de seguros, pero no suscriben contratos de seguros; con ello, el legislador ecuatoriano deja en segundo plano el papel que cumplen, dichas empresas, en la suscripción de un contrato, en calidad de responsables de una indemnización o renta ante la ocurrencia de un siniestro.

Esta posición no contraviene la teoría de que el seguro privado es un contrato, es decir, una fuente de obligaciones para la empresa de seguros y para el asegurado, tal como está determinado en el Código Civil y el Código de Comercio; sin embargo, la Ley General de Seguros plantea una nueva perspectiva de análisis en la cual se rescata la idea del nuevo rol que deben desempeñar las empresas de seguros, que tiene sustento en el pensamiento de tratadistas, y que supera los límites de la simple celebración de un contrato de seguro. En ese sentido, NÚÑEZ y CABALLERO señalan lo siguiente:

[L]a operación de seguro es aquella actividad mercantil consistente en la promoción, negociación y asesoramiento, realizada entre una entidad de

seguros legalmente autorizada, y una o varias personas físicas o jurídicas, bien directamente entre ambas, o por medio de una tercera (también física o jurídica) legalmente habilitada al efecto, a fin de preparar la formalización de un contrato que tenga por objeto la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable.<sup>3</sup>

[L]a operación de seguro conlleva una serie de actuaciones previas, coetáneas y posteriores a la celebración del contrato, constituyendo éste, la finalización de la primera fase del *itir contractus*, siendo la segunda, la que comienza una vez perfeccionado el mismo, y que expira en el momento cronológico que se fije o por voluntad de una o ambas partes contratantes, o si bien, por el acaecimiento real del evento a cuyos efectos había sido celebrado [...] <sup>4</sup>

El seguro privado, sin lugar a dudas, es principalmente un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades que genera obligaciones. Sin embargo, es interesante relieves el pensamiento de tratadistas como NÚÑEZ y CABALLERO, quienes sostienen que el seguro privado va más allá de la suscripción de un contrato y que, más bien, se trata de una operación en la que se deben considerar varios actos, entre los que se cuentan los de negociación y asesoramiento<sup>5</sup> y, por supuesto, la suscripción de la póliza<sup>6</sup>, y varios actores como agencias asesoras productoras de seguros, peritos de seguros, etc.

En consecuencia, concuerdo con los autores referidos en el punto de que es no es lo más acertado concebir al seguro privado únicamente como un contrato, puesto que la práctica habitual nos demuestra que más allá de la suscripción de la póliza existen otros actos y actores, todos ellos necesarios para que esta institución del derecho mercantil tenga sentido en la cesión de riesgos para controlar eventuales pérdidas económicas.

---

<sup>3</sup> E. CABALLERO SÁNCHEZ, *El Consumidor de Seguros: Protección y Defensa*, 1era. Ed., Madrid: Editorial Mapfre, 1997, p. 15.

<sup>4</sup> Cfr. E. NÚÑEZ, *Defensa del Consumidor Asegurado*, 3era. Ed., Madrid: Editorial Mapfre S.A., 1995, p. 146.

<sup>5</sup> Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria. Libro II, Título IX. Capítulo II. Artículos 20.2 y 20.4.

<sup>6</sup> Código de Comercio. Título XVII. Artículo 6.

## 1.2. DERECHOS QUE EMANAN DEL CONTRATO

El contrato, en sus múltiples manifestaciones, es una fuente de obligaciones, como sostiene el artículo 1453 del Código Civil; y, el contrato de seguro privado no es una excepción.

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

El artículo 1, del Título XVII, del Código de Comercio <sup>7</sup> ratifica lo dicho puesto que de su lectura se colige que el contrato de seguro privado, como toda convención, es fuente de obligaciones, entre ellas, la más clara y general tiene que ver con “*pagar*” una indemnización o renta ante la ocurrencia del siniestro. Esta carga le corresponde al asegurador.

Pero dicho contrato también es fuente de obligaciones para el asegurado; la principal y también considerada por el artículo 1 *ibídem* es “*pagar la prima*”. Pero de este negocio jurídico, complejo en esencia, se derivan múltiples obligaciones que se deben cumplir en tiempo y forma y a las que están atadas otras tantas prerrogativas en una dinámica vertiginosa que envuelve a varios actores, incluso del sector público, como se verá a continuación. Todo esto deviene en una operación jurídica difícil de aprehender y aprender, por lo cual se requiere, a mi modo de ver, de explicaciones esquemáticas y simples, como el ensayo que ahora propongo al foro, con pleno conocimiento de las limitaciones propias de mi empresa pero con el ánimo firme para abordar con solvencia y honestidad el reto propuesto.

---

<sup>7</sup> Código de Comercio. Título XVII. Artículo 1.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.

### 1.3. SOBRE EL DERECHO DEL ASEGURADOR DE “ATENDER” EL RECLAMO DE SU CONTRAPARTE: EL ASEGURADO

En este apartado quiero hacer dos consideraciones antes de abordar el tema. La primera: el detonante del nacimiento de la obligación de “atender”, por parte del asegurador, es la ocurrencia de siniestro. Cuando se hace realidad el riesgo <sup>8</sup> amparado por la póliza, el asegurado tiene el derecho de reclamar la indemnización o renta que se deriva del contrato; y concomitante, aparece la obligación del asegurador de “atender” el reclamo. He querido dar al verbo “atender” un sentido genérico e impreciso con el fin de que, a lo largo de la memoria, pueda desarticular el escenario que plantea tal palabra.

Un escenario en el cual la compañía de seguros, a través de sus representantes, eventualmente incurrirá en los siguientes actos: a) recibir la denuncia del siniestro y el reclamo formal; b) liquidarlo; y c) ejecutar el pago de la suma demandada, lo que se explicará, en detalle, con el tiempo, tratando de dejar a un lado la imprecisión para lograr consistencia. Con la explicación de estos tres puntos supero la generalidad que viene de la mano del verbo “atender” y avizoro un panorama que incluye otros verbos: recibir, liquidar y ejecutar.

La segunda consideración tiene que ver con la utilización del término “asegurado”. Debo relatar que la contraparte del asegurador no siempre recibe el nombre de asegurado ya que en el negocio pueden participar, de un lado de la orilla, tres sujetos distintos o uno con tres calidades: asegurado, solicitante y/o beneficiario, como ya mencioné en el capítulo anterior. El artículo 3 del título XVII del Código de Comercio se refiere a estas tres categorías, harto distintas entre sí, más todavía desde la perspectiva del negocio que ocurre todos los días: en la calle. Por eso mismo y con vista al fin último de la tesis no discutiré el tema, pero

---

<sup>8</sup> Código de Comercio. Título XVII. Artículo 4.- Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni la de la del asegurador, y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgo y son, por tanto extraños al contrato de seguro.

sí anticipo el uso desenfadado que haré el término “*asegurado*”, adrede, para no perder el hilo y salvar la rigurosidad académica de mi trabajo.

## **1.4. SOBRE OTROS DERECHOS DEL ASEGURADOR QUE REDUNDAN EN EL VERBO “ATENDER”**

### **1.4.1. DERECHO DEL ASEGURADOR DE RECIBIR LA DENUNCIA DEL SINIESTRO**

Como se mencionó en párrafos precedentes no puede existir un reclamo de indemnización o renta, derivado de un póliza, sin la existencia previa de un siniestro, por lo menos en teoría. Lo digo en teoría, porque no escapará al conocimiento y astucia del lector que habrán asegurados que, contrario a su deber jurídico y moral, reclaman una indemnización o renta sin que haya un siniestro real, con el fin de enriquecerse sin justa causa, pero aquello es tema de otro análisis que no viene al caso. Lo que pretendo manifestar es que el reclamo al que hago referencia parte de una afirmación del asegurado, real o no: que existió un siniestro.

El siniestro <sup>9</sup> es la razón de ser del contrato de seguro privado, porque es un fenómeno por el que surgen y confluyen actos jurídicos y actores, del sector público y privado, como he venido relatando y como suscribe el tratadista GARRIDO Y COMAS:

[E]n la vida del contrato del seguro, el siniestro representa un momento culminante. Implica la realización del riesgo previsto en el convenio, dando con ello lugar a la efectividad de unos derechos y al cumplimiento de otras obligaciones, que hasta aquél instante habían permanecido en estado larvado.

Por virtud de aquel hecho, la relaciones entre las partes sufren un cambio radical. Para el asegurado surge, de una parte, el derecho a percibir la indemnización, mientras que de otra, y correlativamente, viene compelido a

---

<sup>9</sup> Código de Comercio. Título XVII. Artículo 5.- Se denomina siniestro la ocurrencia del riesgo asegurado.

realizar determinados actos, cuya inejecución puede acarrearle la pérdida o una reducción de los beneficios del seguro.

Para el asegurador, nace la obligación de reparar, y la deuda potencial que la asunción del riesgo supone, se le ha convertido en definitiva y concreta.<sup>10</sup>

Por otra parte, la **denuncia del siniestro** debe ser oportuna, y así lo dispone el artículo 20 del Título XVII del Código de Comercio <sup>11</sup>. Es decir, desde que ocurrió el siniestro el asegurado cuenta con un tiempo limitado para informar al asegurador que el peligro cubierto dejó de ser una expectativa y se transformó en realidad, lo que no implica formalizar el reclamo, como se explicará más adelante. La sanción por la inobservancia de tal disposición es la pérdida del derecho al cobro del seguro, según lo previsto en el artículo 24 del Título XVII del Código de Comercio, que dice:

Artículo 24.- El asegurado o el beneficiario pierden sus derechos al cobro del seguro, por incumplimiento de las obligaciones que les correspondería en caso de siniestro, conforme a los Arts. 20 y 21, si así se estipula expresamente en la póliza.

Una vez que se cumple con este requisito de información "*preliminar*" y con el respectivo acuse de recibo del reclamo, útil ante eventuales controversias con el asegurador, se da por cumplida la que considero como primera etapa del proceso, en unos casos complejo, del reclamo. En este apartado abordé el tema trascendental del siniestro, su posterior denuncia que se traduce en la simple notificación del siniestro y la oportunidad de tal acto. De allí se deriva la obligación incuestionable del asegurador consistente en recibir la comunicación que le dirige el asegurado sin que aquello signifique la acepción del derecho del denunciante a obtener una indemnización o renta al amparo de la póliza.

---

<sup>10</sup> J. GARRIDO Y COMAS, op. cit., p. 215

<sup>11</sup> Artículo 20.- El asegurado o el beneficiario están obligados a dar aviso de la ocurrencia del siniestro, al asegurador o a su representante legal autorizado, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que hayan tenido conocimiento del mismo. Este plazo puede ampliarse, más no reducirse, por acuerdo de las partes.

Es así que la garantía prometida por el asegurador sólo entrará en juego cuando el acontecimiento cuyas consecuencias económicamente desfavorables repara el seguro, se haya realizado dentro de las condiciones en que, a tenor del contrato, sea indemnizable.

Finalmente, sobre la necesidad de denunciar el siniestro “*inmediatamente*” corresponde citar el criterio de GARRIDO Y COMAS que por su claridad y precisión no merece comentario alguno:

[C]itaremos entre ellas la necesidad en que se halla el asegurador, que es quien está llamado a soportar las consecuencias del riesgo cubierto, de poder tomar cuanto antes las medidas necesarias para limitar los efectos del siniestro, indagar las causas del mismo y controlar las condiciones en que se ha realizado el riesgo, verificar el daño y recoger elementos de prueba de la responsabilidad de terceros en la producción del daño cuando ésta exista para poder proceder contra ellos, etc.<sup>12</sup>

#### **1.4.2. SOBRE EL DERECHO DEL ASEGURADOR DE LIQUIDAR EL SINIESTRO A PARTIR DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECLAMO**

Más allá de la obligación de recibir la denuncia del siniestro, la principal y que permaneció en estado larvado es el deber de liquidar el reclamo.

Para guardar un orden lógico en la tesina y en aras de facilitar la comprensión del lector, la primera consideración en este apartado consiste en distinguir lo que denominé “*denuncia del siniestro*” de lo que implica la “*formalización del reclamo*”, más todavía cuando en base a la formalización se liquida el siniestro.

Presentar la denuncia del siniestro y formalizar el reclamo son derechos del asegurado que se tornan en cargas ineludibles si su propósito es obtener el producto del seguro. La denuncia y la formalización implican la proporcionar

---

<sup>12</sup> J. GARRIDO Y COMAS, op. cit., p. 218

información del siniestro al asegurador, pero en momentos, con características y con consecuencias harto distintas.

El momento y la razón de ser de la denuncia del siniestro se explicó en el número precedente. La formalización del reclamo demanda un análisis más complejo y la remisión a los artículos 22 del Título XVII del Código de Comercio y 42 de la Ley General de Seguros.<sup>13</sup>

Con vista a las normas transcritas, la formalización del reclamo del seguro implica la justificación, por parte del asegurado, ante la compañía de seguros de la existencia del siniestro y su cuantía, en el caso de un seguro de cosas o daños. En una póliza de personas o sumas, basta justificar la existencia del siniestro porque no habría un daño que reparar sino una renta, previamente determinada, que cancelar.

De este análisis surge una duda, cuya solución puede parecer, desde el terreno teórico, obvia y tiene que ver con la forma de justificar la existencia del siniestro y su cuantía. El artículo 42 de la Ley General de Seguros determina que toda empresa de seguros tiene la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro del plazo de treinta días siguientes a aquel en que el asegurado o el beneficiario le presenten por escrito la correspondiente reclamación aparejada de los documentos que, según la póliza, sean necesarios; en tal virtud, se colige que la forma de probar la existencia del siniestro y su cuantía es con la presentación de la documentación constante en las condiciones generales del contrato, prevista para tal efecto.

En este punto se debe relieves que según el número 4.1.3, del artículo 4, del capítulo III, del título VI, del libro II de la Codificación de Resoluciones de la

---

<sup>13</sup> A través del Registro Oficial No. 332, Segundo Suplemento, de 12 de septiembre de 2014, se publicó el Código Orgánico Monetario y Financiero, que reformó al artículo 42 de la Ley General de Seguros.

Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria <sup>14</sup>, las condiciones generales de la póliza (parte integrante del contrato de adhesión) son aprobadas, mediante resolución por la Superintendencia de Bancos y Seguros, con la consigna, entre otras, de que guarden armonía con lo previsto en el artículo 25 de la Ley General de Seguros, que dispone lo siguiente:

**Artículo 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:

...f) Incluir el listado de documentos básicos necesarios para la reclamación de un siniestro...

Cabe hacer dicha precisión porque la práctica profesional, en la Intendencia Nacional de Jurídica de la Superintendencia de Bancos, me ha llevado a constatar que, a pesar de la claridad de las disposiciones legales y reglamentarias citadas, algunas compañías de seguros, exigen, para formalizar el reclamo, la presentación de documentos adicionales a los que en su momento ya se adjuntaron y que probaron fehacientemente la existencia del siniestro y su cuantía.

Esta práctica, a mi modo de ver, pretender dilatar, sin justificación ética, la decisión sobre el reclamo, de aceptación u objeción, porque el asegurado no podría determinar el día preciso en el que formalizó el mismo. Esta fecha es importante porque a partir de aquella discurren los cuarenta y cinco días previstos en la Ley para la atención del reclamo por parte del asegurador.

---

<sup>14</sup> En la presente tesina se citan normas de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria. Cabe aclarar que según el Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Registro Oficial No. 332, de 12 de septiembre de 2014, la Superintendencia es solamente de Bancos y no de Seguros y que la Junta Bancaria desaparece. Las normas de la Codificación siguen vigentes siempre que no se apongán al nuevo Código. Las normas citadas en este trabajo no se oponen al Código Orgánico Monetario y Financiero, por lo tanto, están vigentes de acuerdo a la Disposición Transitoria Primera del tantas veces mencionado Código.

Luego de contemplar el antecedente descrito, puedo sostener, en base a mi experiencia, que la liquidación de un siniestro, como obligación del asegurador, tiene como objeto de estudio la información proporcionada por el asegurado (en su denuncia del siniestro y en la formalización del reclamo) y la información que recabe, por cuenta propia. Se trata de un análisis técnico jurídico de datos tendiente a resolver la cobertura o no del siniestro.

Sostengo que la liquidación consiste en un informe técnico porque en consideración a la rama de seguro involucrada se necesitará del informe de un perito que verse sobre las circunstancias del siniestro; y, es jurídico porque ante los hechos corresponde aplicar el contrato y el ordenamiento jurídico con el fin de resolver la cobertura o no del siniestro.

Según el artículo 46, del capítulo II, del título XI, del libro II, de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria <sup>15</sup> la liquidación de un siniestro puede efectuarse a través de un perito ajustador de siniestros, en ese caso, según el artículo 43 del mismo capítulo, título, libro y Codificación, la función del perito ajustador de siniestros consiste en: a) Verificar la ocurrencia del siniestro; b) Establecer las causas del siniestro; c) Establecer si el riesgo está o no amparado por la póliza-contrato; d) Valorar la cuantía de las pérdidas; y, e) Valorar el monto de la indemnización.

En esa línea, el artículo 6 de la Ley General de Seguros manifiesta:

Artículo 6.- Son peritos de seguros...b) Los ajustadores de siniestros, personas naturales o jurídicas, cuya actividad profesional es la de examinar las causas de los siniestros y valorar la cuantía de las pérdidas en forma equitativa y justa, de acuerdo con las cláusulas de la respectiva póliza. El ajustador tendrá derecho a solicitar al asegurado la presentación de libros y documentos que estime necesarios para el ejercicio de su actividad.

---

<sup>15</sup> Artículo 46.- Las liquidaciones de los siniestros deben realizarse eligiendo una de las siguientes opciones:

46.1 Directamente por la respectiva empresa de seguros;

46.2 Por el ajustador de siniestros designado por la empresa de seguros;

46.3 Por un ajustador de siniestros extranjero que cumpla con las disposiciones del artículo 45;

46.4 Por el ajustador de siniestros designado por el asegurado; y,

46.5 Por el ajustador de siniestros designado por el asegurado y la empresa de seguros.

Esta descripción de atribuciones, prevista para el perito ajustador de siniestros, en mi criterio, es plenamente aplicable a la compañía de seguros, cuando por su cuenta liquida un siniestro, y es valiosa en la medida que permite comprender lo que implica la liquidación de un siniestro, más allá del sujeto que la efectúe.

Para mayor abundamiento, se debe destacar que conforme al artículo 47, del capítulo II, del título XI, del libro II, de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, el informe de liquidación debe cumplir con los siguientes requisitos:

**Artículo 47.-** El informe de liquidación será redactado en idioma español y debe contener principalmente:

- 47.1** El número de registro del siniestro y de su ajuste, la fecha de la denuncia y las fechas de inicio del proceso del ajuste y del informe final;
- 47.2** La identificación del asegurado y la de sus beneficiarios, en su caso;
- 47.3** La individualización de la póliza y una síntesis de las coberturas que ella contiene;
- 47.4** La relación del siniestro;
- 47.5** La determinación de los daños;
- 47.6** La opinión técnica del ajustador sobre las coberturas y/o exclusiones;
- 47.7** Las indemnizaciones que procedan, el cálculo de las mismas, el valor de los bienes siniestrados y procedimientos empleados para determinarlo;
- 47.8** Las gestiones realizadas durante el ajuste y una síntesis de los informes técnicos solicitados; y,
- 47.9** Los recuperos y salvatajes que a su juicio fueren procedentes.

En atención al ordenamiento jurídico vigente, el responsable y obligado a realizar la liquidación de un siniestro, por su cuenta o con el apoyo de un perito ajustador de siniestros, es el asegurador. Este es al punto central de la disertación: demostrar el contexto de la liquidación, en qué consiste y quién la efectúa. Por el momento, corresponde anticipar que en ese recorrido, en atención a la normativa citada, no se ha mencionado la participación de un reasegurador.

### **1.4.3. SOBRE EL DERECHO DEL ASEGURADOR DE CONTESTAR EL RECLAMO, CON FUNDAMENTOS**

Con el informe de la liquidación solo basta la expresión formal de la decisión adoptada por la compañía de seguros. Según el artículo 42 de la Ley

General de Seguros, el camino tiene solo dos destinos: aceptar u objetar el reclamo.

Desarticular cada idea que se deriva del artículo 42 de la Ley General de Seguros merece una investigación extensa y propia, por ello, y en consideración al objeto de la presente tesina y del capítulo que nos ocupa, basta con decir que en caso de objeción del reclamo del seguro, total o parcial, el asegurador tiene la obligación de transmitir al asegurado tal decisión, debidamente fundamentada, en el plazo de 30 días, contado desde la fecha en que se formalizó el reclamo.

En el otro escenario, en caso de aceptar, total o parcialmente el reclamo y ante la conformidad del asegurado con lo resuelto por el asegurador, la compañía de seguros debe ejecutar el pago de lo prometido, dentro del plazo de 30 días, también contado desde la formalización del reclamo.

El artículo 42 de la Ley General de Seguros prevé la intervención de la Superintendencia Compañías, Valores y Seguros cuando la compañía de seguros objeta el reclamo sin fundamentos, ya que puede dirimir en contrapunto y ordenar el pago de la indemnización o renta pretendida.

Este preámbulo es necesario para concluir lo siguiente: La Ley General de Seguros prevé la intervención de la autoridad administrativa, llámese Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, ante una objeción sin fundamentos. Se trata de una intervención que afecta directamente al asegurador porque la orden de pago va en contra de aquél. Una objeción carente de fundamentos será motivo suficiente para la intervención de la autoridad administrativa.

Finalmente hay que acotar que en atención al vigente e innovador artículo 42 de la Ley General de Seguros, la obligación de pago del seguro ya no es propia del asegurador, sino también del reasegurador. Esta nueva disposición no es contraria al criterio que hasta ahora propuse, ya que la liquidación sigue

siendo, en mi criterio, responsabilidad privativa del asegurador y el pago, con vista a la norma referida, es ya obligación compartida con el reasegurador.

## **1.5. SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS**

En el Registro Oficial No. 332, de 12 de septiembre de 2014, se publicó el Código Orgánico Monetario y Financiero que reforma a la Ley General de Seguros, en su artículo 42. La reforma es significativa y, en mi criterio, deficiente desde la perspectiva axiológica y técnica. Sin ahondar en más detalles comete el grave error de no prever una sanción administrativa para una objeción descaradamente inoportuna por parte del asegurador (práctica frecuente), lo cual aparta a la norma de cualquier ideal de justicia (justicia para el asegurado). Al mismo tiempo fortalece la intromisión de la Administración Pública en tareas propias de un órgano jurisdiccional, como ejercer jurisdicción. A parte hay otra incorrección que me atañe: la confusión entre seguro y reaseguro y la consagración absurda de un vínculo jurídico entre asegurado y reasegurador. Sin perjuicio de aquello está el Derecho en sus múltiples fuentes, en la norma positiva y en la doctrina. Esa es la razón del razonamiento que sigue.

El contrato de seguro está regulado por aproximadamente 84 artículos, en la parte pertinente del Código de Comercio.

El reaseguro también está definido en el Código de Comercio, en los siguientes términos:

**“Artículo 85.-** El reaseguro es una operación mediante la cual el asegurador cede al reasegurador la totalidad o una parte de los riesgos asumidos directamente por el.”.

Como se advierte, la Ley no identifica al reaseguro como un contrato, pero sí la norma reglamentaria, es así que en el libro II, título VII de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria

siempre que se menciona la palabra reaseguro, está precedida por la palabra “contrato”.

La norma positiva tampoco precisa las obligaciones que se derivan del contrato, recordemos, por ejemplo, que en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, en el libro II, título VII, capítulo II, artículo 2, cuando se trata de precisar las cargas que nacen del contrato de reaseguro, dice:

**“Artículo 2.-** Los contratos automáticos de reaseguro o de retrocesión deberán adoptar las condiciones, formas y métodos generalmente aceptados en la práctica internacional y se sujetarán a las disposiciones establecidas en la Ley General de Seguros, en el Reglamento General a la Ley General de Seguros y en este capítulo.”.

En la Ley (Código de Comercio), el contrato de reaseguro está regulado solamente por 4 artículos.

La doctrina llena los vacíos que deja la norma positiva y dice que el reaseguro es un contrato y su objeto consiste en el reparto del siniestro entre el asegurador y el reasegurador.<sup>16</sup>

La manera de entender el contrato de seguro está dada por una profusa regulación por parte del poder público. Todo lo contrario ocurre en el contrato de reaseguro, donde la regulación está dada por la práctica internacional.

Lo primero se debe a que el seguro es un contrato de adhesión y lo segundo se debería a que reaseguro es un contrato entre profesionales experimentados que no merecen la protección del Estado a través de una vasta regulación de la relación jurídica.<sup>17</sup> Este análisis marca, desde la perspectiva teórica, el abismo entre estas relaciones jurídicas y desemboca la siguiente conclusión: autonomía de los contratos.

---

<sup>16</sup> Cfr. M. HAGOPIAN Y M. LAPARRA, *Aspectos teóricos y prácticos del reaseguro*, 1era. Ed., Madrid: Editorial Mapfre, 1996, p. 86.

<sup>17</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 85

Se trata de dos relaciones jurídicas harto distintas; con sujetos prácticamente diferentes y que en caso de coincidir (el asegurador), cumplen un papel diametralmente distinto desde el punto de vista de las cargas-obligaciones que tienen (objeto del contrato). También la forma de establecer las obligaciones es distinta ya que como vimos el principio de autonomía de la voluntad de las partes está muy limitado en el seguro privado; y todo lo contrario ocurre en el reaseguro donde la misma Ley franquea la posibilidad de que las partes acuerden lo que quieran, y todo esto tiene lógica por lo que hemos hablado.

Los sujetos son distintos; el régimen de obligaciones entre ellos también lo es.

Al ser dos relaciones jurídicas separadas:

- a) El contrato de reaseguro no puede modificar al contrato de seguro.
- b) El asegurado no tiene acción en contra del reasegurador.
- c) El reasegurador no tiene obligación frente al asegurado.<sup>18</sup>

A pesar de que los dos contratos figuren en un mismo escenario, que tiene que ver con un siniestro, no hay razón para que se confundan y cohesionen entre sí.

---

<sup>18</sup> Artículo 87 del Código de Comercio: *“El reaseguro no modifica las obligaciones asumidas por el asegurador, ni da al asegurado acción directa contra el reasegurador.”*

## CAPÍTULO 2

### RELACIONES DE COLABORACIÓN EN EL CONTRATO DE REASEGURO: CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO

#### 2.1. LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO, DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA

SOBRINO, antes de cualquier planteamiento teórico, califica a la cláusula de control de reclamo como una novedad jurídica que, para ser aceptada en el foro académico, debe cumplir el requisito de acercarnos a la justicia, desde una perspectiva axiológica.<sup>19</sup>

CANTILLO concuerda y da forma a la idea de que la cláusula de control de reclamo, por lo menos en lo que tiene que ver con su manifestación, es una institución jurídica novedosa. Dicho autor sustenta su análisis en los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, suscitados en Estados Unidos de Norteamérica, y señala que a partir de aquellos surge, en el mercado del seguro privado, la necesidad de lograr certeza contractual por lo que las partes acuerdan completamente todos los términos y condiciones que las unen con motivo del contrato; asimismo, emiten todos los documentos que sustentan el negocio jurídico.<sup>20</sup>

Dice que antes no se emitían todos los documentos contractuales necesarios para enmarcar una relación tan compleja como la que une a un cedente y a un reasegurador ya que el contrato era sumamente informal, es decir, solo habían notas de cobertura o slips en los cuales se describían brevemente, entre otros asuntos, el riesgo cubierto, la vigencia del reaseguro, el tipo de

---

<sup>19</sup> Cfr. W. SOBRINO y otros, *La claim control clause: una gran desprotección para las empresas aseguradas y un riesgo exorbitante para las compañías de seguros*, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 20ma. ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p. 149.

<sup>20</sup> Cfr. R. CANTILLO y otros, *La notificación de siniestros al reasegurador*, *El Derecho: Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, 235 ed., Buenos Aires, 2009, p. 1.

reaseguro, la vigencia del reaseguro; asimismo, se enunciaban las principales cláusulas sin mayor detalle.<sup>21</sup>

El nuevo Derecho Privado de Seguros tiene que ver con el proceso de certeza contractual aplicado, en nuestro caso, al negocio jurídico del reaseguro. Es decir, el contrato de reaseguro adopta un carácter formal en el sentido de que los derechos y obligaciones que de él emanan se determinan expresamente en un texto, con lo cual no se da lugar a interpretaciones extensivas sobre los acuerdos de las partes ya que aquellos estarían completamente detallados en un documento palpable; mucho menos, se deja abierta la posibilidad de que un sujeto incumpla con sus cargas, plenamente detalladas.

En este escenario, a pesar de que la facultad de control del reclamo por parte del reasegurador sea una práctica que tomó relevancia y algún tinte de novedad gracias a los hechos del 11 de septiembre de 2001, según lo antes expresado, a mi modo de ver, la novedad abarca nuestras fechas porque se debe considerar a las cláusulas de control de reclamos como parte de un Derecho que tiene su raíz en el siglo XIX, con la fundación en 1850 de las dos primeras reaseguradoras llamadas Kölnische Rück y Aachener Rück, con motivo del incendio de Hamburgo de 1842.<sup>22</sup>

Por otra parte, SALGADO señala que para aprehender la esencia y la realidad del Derecho los juristas están acordes en que deben considerarse los elementos esenciales del Derecho, dejando de lado los contingentes. Entre los elementos esenciales está el axiológico según el cual las normas se fundamentan en valores y éstos determinan su finalidad y su justificación. Si se considera que el Derecho pretende alcanzar determinados fines y que sus normas buscan plasmar valores específicos puede considerarse que ningún sistema normativa es neutral.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> FUNDACIÓN MAPFRE, INSTITUTO DE CIENCIAS DEL SEGURO, *Introducción al Reaseguro*, Madrid, 2010, p. 15.

<sup>23</sup> Cfr. H. SALGADO PESANTES, *Introducción al Estudio del Derecho*, Quito: Editora Nacional, 2002, p. 22 y 24.

Según el artículo 1, del título XVII, del Código de Comercio<sup>24</sup>, el seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.

Con vista a tal riesgo adoptado por una compañía de seguros, el artículo 85 del mismo título dispone que el reaseguro es una operación mediante la cual el asegurador cede al reasegurador la totalidad o una parte de los riesgos asumidos directamente por él. Junto con tal definición conviene citar el criterio de que “el reaseguro es el seguro del riesgo asumido por el asegurador. El reaseguro no sería posible sin la existencia del seguro. Y además, recíprocamente, el asegurador no podría existir (lo haría muy precariamente) si no existiera el reasegurador.”<sup>25</sup>

En tal virtud, se aprecian dos relaciones jurídicas, en principio delimitadas por un contrato específico: de seguro y reaseguro. En el primero, según el artículo 3, del título XVII, del Código de Comercio se evidencian como sujetos el asegurador, asegurado, beneficiario y solicitante, pudiendo reunirse en una misma persona las tres últimas calidades.

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se considera asegurador a la persona jurídica legalmente autorizada para operar en el Ecuador, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro; solicitante a la persona natural o jurídica que contrata el seguro, sea por cuenta propia o por la de un tercero determinado o determinable que traslada los riesgos al asegurador; asegurado es la interesada en la traslación de los riesgos; y, beneficiario, es la que ha de percibir, en caso de siniestro, el producto del seguro.

Por otra parte, en el contrato de reaseguro, tal como señala el artículo 85 antes referido, se encuentran dos sujetos: cedente y cesionario; es decir, compañía de seguros y de reaseguros, respectivamente.

---

<sup>24</sup> Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento No. 1202, de 20 de agosto de 1960.

<sup>25</sup> FUNDACIÓN MAPFRE, INSTITUTO DE CIENCIAS DEL SEGURO, op. cit., p. 1.

Con tales antecedentes, y al tratarse, en mi criterio, de dos negocios jurídicos relacionados, pero distintos por su prestación <sup>26</sup>, no hay razón para que se establezca un vínculo jurídico directo entre reasegurador y asegurado, ni siquiera un motivo para que ambos sujetos estén en constante comunicación; más aún si se considera que al asegurado le interesa recibir del asegurador y no de otra compañía, ante un siniestro, el pago de la indemnización o renta pactada en la póliza, por lo que queda en otro plano la decisión de la compañía de seguros de ceder, a su vez, el riesgo a un reasegurador.

Distante de este razonamiento está el acuerdo de las partes en el que se expresa la facultad de los reaseguradores para manejar y controlar el siniestro y la potestad para determinar si el mismo debe pagarse o no. En virtud de tal acuerdo se produce, de hecho y de derecho, una estrecha vinculación entre el asegurado, la compañía de seguros y la empresa de reaseguros lo que deviene en que el asegurado se puede ver perjudicado por las pautas determinadas por el reasegurador en la liquidación del siniestro <sup>27</sup>, sobre todo cuando la decisión final consiste en objetar el reclamo de la indemnización o renta.

La cláusula de control en sus diversos textos está caracterizada por un lenguaje más estricto a punto tal que dispone la obligación de notificar inmediatamente cualquier ocurrencia que pueda dar lugar a siniestro, y establece por una parte la obligación de la cedente de proporcionar al reasegurador toda la documentación relativa al siniestro y por otra parte la facultad del reasegurador para designar representantes que controlen el trámite del siniestro. Esta cláusula es un poco más severa también en cuanto establece que ninguna promesa de pago o reconocimiento de responsabilidad será viable sin previa autorización del reasegurador. <sup>28</sup>

En esa línea SOBRINO manifiesta que la cláusula de control de reclamo genera los siguientes efectos:

---

<sup>26</sup> A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, 2da. Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 46.

<sup>27</sup> Cfr. W. SOBRINO, op. cit., p. 150.

<sup>28</sup> R. CANTILLO, op. cit., p. 2

En cambio, en las cláusulas de control, los liquidadores y/o abogados, son designados en forma única y exclusiva por la reaseguradora. Ello implica que la compañía de seguros no participa en la liquidación del siniestro, dado que los liquidadores debe reportar directamente a la reaseguradora [...] todas las facultades y capacidades para decidir con relación al siniestro quedan en cabeza de la reaseguradora.<sup>29</sup>

Para mayor precisión, corresponde citar un modelo estándar de tal pacto, identificado en el mercado reasegurador europeo como SCOR UK-Cláusula 0124/83 la cual establece que:

[S]in perjuicio de lo que pudiera contener el contrato de reaseguro y/o el texto de la póliza en contrario, es una condición precedente para la responsabilidad del reasegurador emergente de esta póliza que:

- a) El reasegurado deberá, habiendo tomado conocimiento de cualquier circunstancia que pueda dar lugar a la ocurrencia de un siniestro contra sí, avisar inmediatamente a los reaseguradores, en cualquier evento en un plazo no mayor a treinta días;
- b) El reasegurado deberá cooperar con los reaseguradores y/o los representantes designados por éste que suscriban a ésta póliza en la investigación análisis de cualquier siniestro y/o circunstancias que hubieran dado lugar al siniestro;
- c) Ninguna transacción y/o compromiso deberá ser hecho y responsabilidad admitida sin previa aprobación de los reaseguradores.<sup>30</sup>

En esa línea PÉREZ MILLÁN señala que “el contrato de reaseguro da lugar, necesariamente, al establecimiento de relaciones de “colaboración” entre el asegurador y el reasegurador. Con el tiempo, estas relaciones se han plasmado en cláusulas contractuales”.<sup>31</sup>

El mismo autor hace una precisión más y dice que la cláusulas de control, como género, implica la injerencia del reasegurador en: a) modificación de las condiciones del contrato de seguro; b) liquidación (investigación y peritaje); y c) influencia determinante en el asegurador para aceptación, objeción o convenio. Entonces, las especies son, por un lado, cláusulas de control sobre la modificación del contrato de seguro, en lo atinente a la gestión del riesgo, y, por

---

<sup>29</sup> W. SOBRINO, op. cit., p. 260

<sup>30</sup> R. CANTILLO, loc. cit.

<sup>31</sup> D. PÉREZ MILLÁN, *Relaciones de colaboración en el contrato de reaseguro*, Madrid: Fundación Mapfre Instituto de Ciencias del Seguro, 2012, p. 14

otro, cláusulas de control de reclamo, en lo que tiene que ver con la decisión del siniestro.<sup>32</sup>

En conclusión, las cláusulas control de reclamos son el resultado de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, entendido como *“la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas”*<sup>33</sup>, con el fin de lograr la total suplantación del asegurador-reasegurado, por parte del reasegurador, en su tarea de liquidar y decidir sobre el pago, objeción o negociación del reclamo.<sup>34</sup>

Para mayor abundamiento, y en mi opinión, el solo hecho de que el reasegurador tenga injerencia (lo que no implica, necesariamente, una decisión inobjetable) en la liquidación implica, en sí mismo, una suplantación del papel que debe asumir el asegurador al amparo del artículo 42 de la Ley General de Seguros, ya que aunque a este último se le reserve la decisión de pago, aquella es la consecuencia inmediata de la liquidación.

Un criterio distinto es el SÁNCHEZ quien sostiene que si el reasegurador solamente tiene injerencia en la liquidación, por ejemplo, en la designación de peritos, realización de investigaciones, etc., y no en la decisión de pagar, objetar o negociar con el asegurado, no se restan atribuciones al reasegurado-asegurador.

<sup>35</sup>

## **2.2. JUSTIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO**

Finalmente se puede ensayar una justificación para la cláusula de control de reclamo, que tiene que ver, de manera general, con la desconfianza del reasegurador frente a la liquidación del siniestro realizada por el asegurador, en

---

<sup>32</sup> Cfr. R. CANTILLO, loc. cit.

<sup>33</sup> M. MONROY, *Introducción al Derecho*, 13era. Edición, Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003, p. 503 y 504.

<sup>34</sup> Cfr. D. PÉREZ MILLÁN, op. cit., p. 49

<sup>35</sup> Cfr. Ibíd.

vista de que la forma en la cual se realice determina la responsabilidad del reasegurador.

Con mayor precisión, CANTILO distingue entre dos tipos de pagos que puede realizar un asegurador, en el contexto de un contrato de seguro privado, ante un siniestro, y que ponen en tela de duda la responsabilidad del reasegurador frente a tal pago; estos son los pagos ex gratia o graciabiles y los negligentes.<sup>36</sup>

Los pagos ex gratia o graciabiles no están cubiertos por la póliza pero el asegurador decide responsabilizarse, es decir, luego de verificar las circunstancias del siniestro, sobre todo en lo atinente a los actos y/u omisiones en que incurrió el asegurado y con vista a las condiciones de contratación, se colige que el asegurador no tiene responsabilidad en el pago de la indemnización o renta reclamada; pero dicha compañía decide realizar el pago.<sup>37</sup>

Los pagos negligentes tienen que ver con faltas imputables a la compañía de seguros que son causa directa del pago o de una orden de pago realizada por la Administración pública. Aquello tiene que ver, para ser más específico, con errores técnico-jurídicos en la liquidación del siniestro que impiden aplicar alguna cláusula de exclusión de responsabilidad y en la objeción del reclamo del seguro, sin fundamentos o fuera del plazo previsto por la Ley, según dice el artículo 42 de la Ley General de Seguros<sup>38</sup>

Con mayor precisión, PÉREZ MILLÁN distingue las siguientes razones para que existan cláusulas de control de reclamos:

- a) Tentación de azar moral para el reasegurado, en riesgos elevados y referentes a la naturaleza;
- b) Anhelos de aumentar cuota de mercado con pagos ex gratia;
- c) Deseo de aseguradoras cautivas de cubrir cualquier daño del grupo;
- d) Selección del reasegurador por parte del asegurado directo; y,

---

<sup>36</sup> Cfr. R. CANTILO, op. cit., p. 3

<sup>37</sup> Cfr. Ibíd.

<sup>38</sup> Cfr. Ibíd.

e) Escasa o nula retención del riesgo por parte del reasegurado-asegurador.<sup>39</sup>

### **2.3. EL CONTROL DEL RECLAMO COMO DERECHO DEL REASEGURADOR**

SALGADO manifiesta que los juristas han observado que el derecho subjetivo se manifiesta a través de diversas situaciones, entre ellas, como pretensión; aquello implica la facultad de exigir de otros el cumplimiento de una obligación o deber jurídico, por ejemplo, en el caso del acreedor frente al deudor.<sup>40</sup>

Sobre este tema, la Corte de apelaciones Inglesa consideró lo siguiente:

[Q]ue la cláusula de control de reclamos no imponía a los reaseguradores obligación de controlar la negociación o la transacción sino meramente le confería derecho a hacerlo. Consecuentemente se volcó por la posición de los reaseguradores quienes resaltaron su derecho a ser informados del comienzo de las negociaciones y a controlar las mismas. Por lo tanto, la corte de apelaciones entendió que la cláusula en cuestión revestía el carácter de carga impuesta al reasegurado.<sup>41</sup>

El control del reclamo por parte del reasegurador se refiere a la facultad de esta última compañía de participar en la liquidación del siniestro. Por otra parte su participación en el pago del reclamo no es un derecho, sino una obligación en virtud del vigente artículo 42 de la Ley General de Seguros.

### **2.4. PRINCIPIOS ATADOS A LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO**

SOBRINO, junto con su crítica a la cláusula de control de reclamo, aborda dos principios consustanciales no sólo a tal pacto sino al contrato de reaseguro en sí; estos son buena fe y comunidad de suerte. Con respecto a la buena fe, aplicable a cualquier convención basta con decir que implica lo siguiente:

---

<sup>39</sup> D. PÉREZ MILLÁN, op. cit., p. 49

<sup>40</sup> Cfr. H. SALGADO, op. cit., p. 53

<sup>41</sup> R. CANTILLO, loc. cit.

[Q]ue el asegurado en el contrato de seguro y el asegurador en el contrato de reaseguro depositan todas sus expectativas en que si en el futuro llegase a ocurrir el siniestro, la otra parte (la compañía de seguros y/o reaseguros) va a honrar lo acordado, abonando la indemnización pertinente, en forma leal, diligente y sin conductas sorpresivas y abusivas.<sup>42</sup>

Conuerdo con el autor citado en el sentido de que la buena fe, en el contexto de un contrato, implica que las acciones de las partes, en la etapa precontractual, contractual y pos contractual, estén marcadas por la honestidad, término que, en mi criterio, está vinculado al concepto de objetividad y apego a la realidad de los hechos.

Entiendo por etapa precontractual una meramente informativa, en la cual las partes se nutren de datos útiles para, eventualmente, participar en el negocio jurídico; después, la etapa contractual implicaría la determinación de los derechos y obligaciones de la partes; y, en una etapa posterior, se aplicarían tales pactos y se verificaría su cumplimiento. En el caso de un contrato de seguro ligado a otro de reaseguro, la buena fe se debe manifestar, a mi modo de ver, en la información del estado del riesgo, antes de la suscripción de la póliza; en la elaboración del contrato evitando que en sus condiciones se otorguen beneficios ilegítimos a una de las partes<sup>43</sup>; ante un siniestro, describiendo la realidad de los acontecimientos que lo motivaron, y con el reaseguro, evitando pagos graciabes.

Sobre la importancia de tal principio CANTILO sostiene lo siguiente:

[L]a buena fe en materia de reaseguros tiene una explicación muy simple: el reaseguro es un negocio internacional en el que varios reaseguradores aceptan un porcentaje del riesgo cedido por una cedente sobre la base de declaraciones efectuadas por ésta acerca de hechos respecto de los cuales

---

<sup>42</sup> W. SOBRINO, op. cit. p. 151

<sup>43</sup> “En el control de seguro una de las partes, el asegurador, redacta el documento que regula la relación contractual: la póliza de seguro. La otra parte, el asegurado, lo acepta y se inicia entonces la relación. Esto supone una superioridad técnica del asegurador que ha llevado a la necesidad, en el transcurso del tiempo, de establecer unos sistemas de protección al asegurado regulados por la legislación en esta materia.” [FUNDACIÓN MAPFRE, INSTITUTO DE CIENCIAS DEL SEGURO, *Introducción al Reaseguro*, Madrid, 2010, p. 2]

los reaseguradores normalmente no tienen ninguna proximidad física por lo que no les queda más remedio que confiar plenamente en ellas.<sup>44</sup>

Por otro lado el principio de comunidad de suerte implica *“que la compañía de reaseguros se obliga respaldar a la compañía de seguros, ya sea, ora cuando es condenada a juicio, ora cuando llega a un acuerdo con el asegurado o víctima.”*

45

Este principio se concretiza en dos cláusulas denominadas follow the fortune y follow the settlements. Según la cláusula follow the fortune el reasegurador sigue al cedente en el riesgo asumido por éste puesto que sería injusto privar al cedente del apoyo del reasegurador por fallas técnicas cometidas de buena fe. Por otro lado, en virtud de la cláusula follow the settlements el reasegurador asume los acuerdos alcanzados por el reasegurado.<sup>46</sup>

CANTILO habla de la tensión inherente al contrato de reaseguro entre el asegurador y el reasegurador suscitada por la contraposición de intereses entre ambas partes, puesto que a la primera no le interesa, dice el autor, que un siniestro, previo a su pago u objeción, sea fiscalizado dos veces, es decir, que el reasegurador intervenga en la liquidación. Por otro lado, surge el interés eminentemente económico del reasegurador de evitar un pago negligente o graciable, en los términos antes expuestos. En este contexto se impone, para satisfacer los intereses del reasegurador, la cláusula de control de reclamo frente al principio de comunidad de suerte que, en mi criterio, otorga ventajas al reasegurado-cedente, en vista de que obliga al reasegurador a acompañar al asegurador en su suerte, de manera casi incondicional.<sup>47</sup>

A lo largo de la presente memoria trataré de demostrar cómo, ante esta tensión, se inclina la balanza a favor de los intereses del reasegurador, amparados por la cláusula de control de reclamo, en perjuicio de lo que dispone el ordenamiento jurídico vigente y el principio de comunidad de suerte.

---

<sup>44</sup> R. CANTILO, op. cit. p. 2.

<sup>45</sup> W. SOBRINO, op. cit., 151

<sup>46</sup> R. CANTILO, op. cit. p. 3

<sup>47</sup> Cfr. R. CANTILO, loc. cit.

En esa línea PÉREZ MILLÁN sostiene lo siguiente:

Cuando estas cláusulas se apartan del régimen legal, la disciplina del seguro privado puede aceptar o debe prohibir el alcance de lo previsto contractualmente por las partes ya que apartarse del régimen legal es olvidar los principios de comunidad de suerte y de independencia del seguro y del reaseguro.<sup>48</sup>

En mi criterio, esta afirmación cobra más fuerza si se considera que lejos de los principios defendidos por los teóricos está el criterio del legislador patrio que ha previsto como único responsable de la liquidación de un siniestro, en toda la extensión de la institución jurídica, a un solo ente: el asegurador.

## **2.5. LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO DESDE UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA: ¿QUIÉN DEBE LIQUIDAR UN SINIESTRO?**

La cláusula de control de reclamo es, en este contexto, la mejor expresión del principio de la autonomía de la voluntad privada. Implica que, ante la ocurrencia del siniestro, el reasegurador **tiene el derecho** de liquidarlo, en los términos del artículo 47, del capítulo II, del título XI, del Libro I, de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, que dice:

**“Artículo 47.-** El informe de liquidación será redactado en idioma español y debe contener principalmente: (renumerado con resolución No. JB-2011-2065 de 24 de noviembre del 2011)

- 47.1** El número de registro del siniestro y de su ajuste, la fecha de la denuncia y las fechas de inicio del proceso del ajuste y del informe final;
- 47.2** La identificación del asegurado y la de sus beneficiarios, en su caso;
- 47.3** La individualización de la póliza y una síntesis de las coberturas que ella contiene;
- 47.4** La relación del siniestro;
- 47.5** La determinación de los daños;
- 47.6** La opinión técnica del ajustador sobre las coberturas y/o exclusiones;

---

<sup>48</sup> D. PÉREZ MILLÁN, op. cit., p. 14

- 47.7 Las indemnizaciones que procedan, el cálculo de las mismas, el valor de los bienes siniestrados y procedimientos empleados para determinarlo;  
47.8 Las gestiones realizadas durante el ajuste y una síntesis de los informes técnicos solicitados; y,  
47.9 Los recuperos y salvatajes que a su juicio fueren procedentes.”

Un ejemplo de cláusula de control de reclamo es:

“...El reasegurado deberá cooperar con los reaseguradores y/o los representantes designados por este que suscriban a esta póliza en la investigación, análisis de cualquier siniestro y/o circunstancias que hubieran dado lugar al siniestro...”.

Frente a la implementación de las cláusulas de control de reclamos, que resaltan un derecho del reasegurador, aparece el contrato de seguro, según el cual el asegurador y no el reasegurador, tiene el derecho de liquidar el siniestro.

Es así que en las condiciones generales del ramo de vehículos de Interoceánica C.A. Seguros y Reaseguros, aprobadas con resolución No. SB-INS-2001-307, de 29 de octubre de 2001, se dice lo siguiente:

“AJUSTE: **La aseguradora se reserva el derecho** a realizar el correspondiente ajuste de la cuantificación de la pérdida, sobre la base de los documentos que respaldan el reclamo presentado; realizando el respectivo análisis de la real y justa responsabilidad a la que le obliga la presente póliza”.

Entonces se evidencia una tensión entre el derecho del asegurador y el derecho del reasegurador de liquidar un siniestro específico.

A mi modo de ver, prevalece el derecho del asegurador en base a los siguientes argumentos:

## 2.5.1. FASE ARGUMENTATIVA 1: CONCEPTOS PREVIOS

### 2.5.1.1. AUTONOMÍA PRIVADA

Alessandri, Somarriva y Vodanovic sostienen que la autonomía de la voluntad, llamada también autonomía privada, consiste en la facultad de los particulares de regular, mediante sus propios actos de voluntad, sus relaciones jurídicas. En esa línea afirman que las partes tienen el poder de crear las relaciones jurídicas que les plazca.<sup>49</sup>

### 2.5.1.2. LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA

SORO RUSSELL dice que el dogma de la autonomía privada tiene límites y excepciones, porque no puede ser absoluto. Los límites están impuestos por el Estado.<sup>50</sup>

El porqué de los límites tiene que ver con: a) la defensa de la colectividad por encima del individuo; b) velar por la convivencia pacífica de los hombres; c) garantizar la libertad de los hombres; y d) velar por el progreso de la sociedad.<sup>51</sup>

Los límites son:

El orden público, como conjunto de instituciones y reglas destinadas a mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y moralidad de las relaciones entre los particulares, y cuya aplicación en las convenciones no puede ser, en principio, excluida por los contratantes. Es lo que afecta a los intereses generales del Estado y a las bases morales sobre las

---

<sup>49</sup> A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC, op. cit., p. 47

<sup>50</sup> Cfr. O. SORO RUSSELL. *El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Tesis dirigida por A. REAL PÉREZ. Universidad Complutense de Madrid. <http://eprints.ucm.es/>. Acceso: 10 de agosto de 2014. p. 214.

<sup>51</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 216

que reposa la sociedad, en tal virtud, tiene mucha cercanía con el concepto de buenas costumbres.<sup>52</sup>

Las buenas costumbres serían los modelos de conducta que los particulares deben observar en sus actos, por ejemplo, la lealtad. Pueden ser normas filosóficas, religiosas o sociales.<sup>53</sup>

SORO RUSSELL dice que *“si hay algo que se presume conocido por todos y que todos debemos respetar, se trata sin duda de la Ley”*<sup>54</sup>. Por ende, los contratantes deben observar, en sus estipulaciones, el contenido de la Ley.

El mismo autor sostiene que como todo jurista sabe, todas las leyes no obligan por igual, sino que existen diversos grados de obligatoriedad; en esa línea distingue entre a) normas dispositivas y b) normas imperativas.<sup>55</sup>

El mismo autor también afirma que las normas dispositivas son reglas supletorias que expresan los efectos naturales de cada convenio, que constituyen una especie de modelo del que se puede prescindir, en el que se puede tachar unas partes, sustituyéndolas por otras o suprimiéndolas; su cumplimiento, a priori, no es estrictamente obligatorio.<sup>56</sup>

También dice que las normas imperativas son las que reúnen por lo menos una (no todas) de las siguientes características:

- a) Se encuentran por encima de los intereses de los particulares
- b) Se imponen a la voluntad de los particulares
- c) Dicen expresamente que son obligatorias
- d) Prohíben expresamente una conducta

---

<sup>52</sup> Cfr. D. ESPÍN CÁNOVAS. *Los límites de la autonomía de la voluntad privada*, 1era. Edición, Lisboa: F.D.U.L., 1957. p. 29

<sup>53</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 24

<sup>54</sup> O. SORO RUSSELL, *op. cit.*, p. 216

<sup>55</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 217

<sup>56</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 217

- e) Expresan valores como la justicia, que no pueden descuidar los contratantes
- f) Determinan requisitos esenciales del contrato
- g) Regulan materias consideradas de orden público, que buscan el bienestar de la comunidad.<sup>57</sup>

Dentro de las normas imperativas hay una sub clasificación: a) Normas imperativas propiamente dichas, en las que el contenido de la norma se impone al criterio de los contratantes; y, b) Normas prohibitivas en las que se impide tajante y expresamente un tipo de estipulación.<sup>58</sup>

Lo anterior sirve para concluir lo siguiente:

Las leyes imperativas (propiamente dichas o prohibitivas) son el límite a la regla de la autonomía privada.<sup>59</sup>

El límite al dogma de la autonomía privada alcanza a todas las normas, incluso las que están en una posición jerárquica inferior a la Ley, y así lo sostiene SORO RUSSELL:

[P]or último es necesario apuntar que cuando nos referimos al obligado respecto a la “ley” no solamente hay que tenerla en cuenta a ella en sentido estricto. En efecto, la autonomía de la voluntad de las partes también se verá a menudo limitada por la obediencia a cualquier norma que, por no emanar del poder legislativo, tenga un carácter o rango secundario.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 220

<sup>58</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 223

<sup>59</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 220

<sup>60</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 223

**2.5.2.FASE ARGUMENTATIVA 2.- LOS ARTÍCULOS 87 DEL TÍTULO XVII DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL ARTÍCULO 46, DEL CAPÍTULO II, DEL TÍTULO XI, DEL LIBRO II, DE LA CODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS Y DE LA JUNTA BANCARIA, SON UN LÍMITE A LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMOS, COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.**

NORMA POSITIVA			vs.	CONTRATO DE REASEGURO: CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO	CONTRATO DE SEGURO
<p><b>Código de Comercio. Título XVII.</b></p> <p><b>Artículo 87.-</b> El reaseguro no modifica las obligaciones asumidas por el asegurador, ni da al asegurado acción directa contra el reasegurador.</p>	LEGAL	Imperativa prohibitiva	vs.	<p>“...El reasegurado deberá cooperar con los reaseguradores y/o los representantes designados por este que suscriban a esta póliza en la investigación, análisis de cualquier siniestro y/o circunstancias que hubieran dado lugar al siniestro...”.</p>	<p>“AJUSTE: La aseguradora se reserva el derecho a realizar el correspondiente ajuste de la cuantificación de la pérdida, sobre la base de los documentos que respaldan el reclamo presentado; realizando el respectivo análisis de la real y justa responsabilidad a la que le obliga la presente póliza”.</p>
<p><b>Codificación de Resoluciones SBS &amp; JB. Libro II. Título XI. Capítulo II.</b></p> <p><b>Artículo 46.-</b> Las liquidaciones de los siniestros deben realizarse eligiendo una de</p>	REGLAMENTARIA	Imperativa propiamente dicha	vs.	<p>“...El reasegurado deberá cooperar con los reaseguradores y/o los representantes designados por este que suscriban a esta póliza en la investigación, análisis de cualquier siniestro y/o circunstancias que hubieran dado lugar</p>	

<p>las siguientes opciones: (renumerado con resolución No. JB-2011-2065 de 24 de noviembre del 2011)</p> <p><b>46.1</b> Directamente por la respectiva empresa de seguros;</p> <p><b>46.2</b> Por el ajustador de siniestros designado por la empresa de seguros;</p> <p><b>46.3</b> Por un ajustador de siniestros extranjero que cumpla con las disposiciones del artículo 45;</p> <p><b>46.4</b> Por el ajustador de siniestros designado por el asegurado; y,</p> <p><b>46.5</b> Por el ajustador de siniestros designado por el asegurado y la empresa de seguros.</p>				al siniestro...".	
---	--	--	--	-------------------	--

### 2.5.2.1. EXPLICACIÓN DEL CUADRO 1: NORMAS IMPERATIVAS

El artículo 87, del título XVII, del Código de Comercio es una norma de rango legal; además se trata de una norma **imperativa prohibitiva**, porque expresamente prohíbe un tipo de conducta, esta es, que mediante un contrato de reaseguro se modifique la relación jurídica de la que trata el contrato de seguro.

También creo que es imperativa prohibitiva porque se trata de una norma de orden público ya que su razón de ser es defender los intereses de la colectividad por sobre los particulares.

Los intereses particulares están representados por los del menor grupo, es decir, por los reaseguradores, quienes tienen interés, principalmente económico, en controlar la liquidación del siniestro para evitar pagos *ex gratia* y dar vigencia al aforismo *“quien paga quiere decidir sobre lo que paga”*.

Los intereses de la colectividad tienen que ver con los de la gran masa de asegurados que son víctimas de la intromisión del reasegurador en la liquidación de un siniestro. En otra parte de la tesina analizamos cómo la decisión de pagar u objetar un seguro debe cumplir requisitos de tiempo y forma para no perjudicar al asegurado. Estos requisitos se inobservan cuando la liquidación, que es el fundamento de la decisión de pago u objeción, es liderada por una compañía que por su naturaleza es extraña espacial y jurídicamente al escenario del siniestro y sus actores. La inobservancia de los requisitos de tiempo y forma afecta principalmente al asegurado, es decir, a la gran colectividad, ya que sería víctima de una liquidación deficiente, en lo formal y material, e incluso inoportuna.

Con estos antecedentes, una norma que defienda el orden público y los intereses de la colectividad por sobre los individuales, desde la perspectiva doctrinaria, es imperativa prohibitiva.

El artículo 46, del capítulo II, del título XI, del libro II de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria es una **norma imperativa** por imponerse al criterio de los particulares y por tutelar intereses generales; y **es imperativa propiamente dicha** porque no menciona expresamente una prohibición de conducta.

### **2.5.2.2. EXPLICACIÓN DEL CUADRO 2: NORMAS IMPERATIVAS COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PRIVADA.**

La cláusula de control de reclamos (parte del contrato de reaseguro) está limitada por la Ley (artículo 87, del título XVII, del Código de Comercio).

El contrato de reaseguro y su cláusula de control de reclamo determina que el titular del derecho a liquidar el siniestro es el reasegurador.

El contrato de seguro se determina que quien tiene derecho a liquidar el siniestro es el asegurador.

El artículo 87 del título XVII, del Código de Comercio dice que el contrato de reaseguro no puede modificar al contrato de seguro; entonces, el contrato de reaseguro y su cláusula de control de reclamo se extralimita y sale de la frontera impuesta la Ley.

La cláusula de control de reclamos (parte del contrato de reaseguro) está limitada por el Reglamento (artículo 46, del capítulo II, del título XI, del libro II de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria).

El contrato de reaseguro y su cláusula de control de reclamo determina que el titular del derecho a liquidar el siniestro es el reasegurador.

El artículo 46 antes referido determina que la liquidación de un siniestro se realiza a través la compañía de seguros o de un perito ajustador de siniestros. Entonces la disposición contractual se extralimita y supera la frontera impuesta por el reglamento.

La conclusión de todo lo dicho es que normas positivas imperativas limitan al contrato de reaseguro, como expresión de la autonomía de la voluntad privada.

Como se evidenció, las cláusulas de este contrato superan la frontera impuesta por las normas imperativas.

## CAPÍTULO 3

### **LA CONSECUENCIA DE QUE UNA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO SUPERE LA FRONTERA IMPUESTA POR LA NORMA POSITIVA IMPERATIVA (LEGAL O REGLAMENTARIA): NULIDAD ABSOLUTA DE LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO**

*La convicción que late bajo la atribución de valor moral a la seguridad jurídica es, dicho muy simplemente, la de que el gobierno de las leyes es preferible al gobierno de los hombres*<sup>61</sup>

La ocurrencia del siniestro tiene como consecuencia natural y obvia la presentación de un reclamo por parte del asegurado, tendiente a obtener la indemnización o renta pactada en el contrato. Frente al reclamo está la obligación del asegurador de atender la petición antes relatada. Se trata de una obligación amplia que a mi modo de ver gira en torno a una sola carga: liquidar el siniestro. Según la norma positiva y codificada, que en seguida se detallará, el asegurador es el responsable de tal gestión, pero con la vigencia de las cláusulas de control de reclamos, el reasegurador suplanta al asegurador en el cumplimiento de dicho deber.

Las consecuencias de tal acto son jurídicas y cuestionan la validez del pacto entre el asegurador y reasegurador, reflejado en una cláusula de control de reclamo.

#### **3.1. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

Según el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, la seguridad jurídica es un derecho subjetivo, entendido en los siguientes términos:

---

<sup>61</sup> R. GARCÍA MANRIQUE, *El Valor de la Seguridad Jurídica*, 1era. Edición, México; Fontanamara, 2007, p. 13.

**“Artículo 82.-** *El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”.*

ROJINA VILLEGAS entiende al derecho subjetivo en los siguientes términos:

[N]o basta, por tanto, decir que el derecho subjetivo es facultad de hacer o de omitir algo, porque este hacer o este omitir podrían referirse a la propia conducta, y desde este punto de vista no pueden constituirse derechos subjetivos. Solo en tanto que la facultad de hacer o de impedir se refieran a otro sujeto, cabe hablar de un derecho subjetivo <sup>62</sup>

Por otro lado BADENI distingue entre derecho subjetivo y garantía; y, sostiene que los derechos son regulaciones jurídicas de las libertades del hombre, mientras que las garantías son los instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos sus derechos. <sup>63</sup>

En esa línea identifica a la seguridad jurídica con una garantía, es decir, con un mecanismo (práctico y concreto) del que dispone el hombre para defender su prerrogativa de libertad jurídica, entendida como **el conocimiento pleno de las consecuencias, en el ámbito del Derecho, de sus actos y/u omisiones,** con lo cual marca distancia de la posición adoptada por el constituyente ecuatoriano.

Pero, lejos de esta discusión sobre si la seguridad jurídica es un derecho subjetivo o una garantía al servicio del hombre y sus prerrogativas, el mismo autor entiende a la referida institución jurídica en los siguientes términos:

---

<sup>62</sup> R. ROJINA VILLEGAS, *Introducción al estudio del Derecho*, 2da. Edición, México: Editorial Porrúa, 1967, p. 10

<sup>63</sup> R. GARCÍA MANRIQUE, op. cit., p. 469

La seguridad jurídica presupone la tipificación por la ley de las conductas que les está vedado desarrollar a las personas, así como también de las conductas que puedan desplegar lícitamente en el ámbito de las relaciones sociales. Es precisar legalmente los tipos permitidos, y los no permitidos, de comportamientos y sus efectos. De tal manera, el hombre puede prever y valorar los efectos jurídicos de sus actos, por cuanto toda conducta debe tener necesariamente una determinada consecuencia legal que se hará efectiva en la práctica.

Siendo que las leyes regulan conductas humanas, quien se adecúa a ellas debe tener seguridad de estar cumpliendo con las reglas de juego impuestas para la convivencia social, que no será sancionado si su conducta es lícita y que será debidamente protegido en sus derechos si es objeto de un comportamiento ilícito.

La seguridad jurídica implica la supremacía de la ley frente a la conducta de los individuos y a la actuación de los gobernantes, descartando su sometimiento a la voluntad discrecional de los individuos y gobernantes.

### **3.2. LA SEGURIDAD JURÍDICA DESDE UNA PERSPECTIVA FORMAL Y SU FUNCIÓN PRÁCTICA**

GARCÍA MANRIQUE dice que se puede contemplar a la seguridad jurídica desde una perspectiva material y formal. Desde la perspectiva material, existe seguridad jurídica cuando la norma positiva sirve a valores superiores, como la libertad, la propiedad y la paz, por citar algunos ejemplos; en otras palabras, la norma no contribuye a la concreción de la seguridad jurídica en la medida que sea incoherente con los valores elevados en el lugar donde rige. Es así que el cumplimiento o acatamiento de las normas, bajo la posición material, es secundario frente a la observancia de valores.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Cfr., *Ibíd.*, p. 83

Por otro lado, la seguridad jurídica, desde el punto de vista formal, exige la simple aplicación de la norma positiva emitida conforme a los requisitos establecidos en el mismo ordenamiento, por lo tanto, no interesa que recoja o no un determinado valor. Bajo esta teoría se entiende a la seguridad jurídica como la “*realización del derecho sin importar su contenido material*”<sup>65</sup>. En palabras más simples, bajo esta concepción, hay seguridad jurídica en la medida en que el ordenamiento jurídico se cumpla, sin importar el alcance de las disposiciones.<sup>66</sup>

Con estos antecedentes se arriba a la conclusión de que el constituyente ecuatoriano, conforme consta en el artículo 82 antes citado, identifica a la seguridad jurídica con un derecho y no con una garantía. También, a mi modo de ver, acoge la teoría formal de la seguridad jurídica puesto que entiende a la institución bajo análisis como el respeto y aplicación, en el sector público y privado, de las normas positivas, “*previas, claras y públicas*”, más allá de que acojan o no un determinado valor.

Para culminar con este breve análisis de la seguridad jurídica debo expresar cuál es la función práctica de la institución que nos ocupa en este acápite y esta tiene que ver con el efecto de “*predecibilidad o previsibilidad*”, que según GARCÍA MANRIQUE, implica lo siguiente:

[U]n sistema jurídico seguro es un sistema normativo que permite predecir un cierto número de conductas relacionadas con la creación y aplicación de las normas de ese sistema y por tanto, permite saber a qué atenerse. La predecibilidad conecta, a su vez, con valores morales tales como la justicia o la autonomía.<sup>67</sup>

Los sujetos, incluidas las compañías, tienen la potestad de exigir a los particulares, e incluso al mismo Estado, el cumplimiento de la normativa vigente, con el fin de que los efectos jurídicos con los que se convive, entendidos como la

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 84

<sup>66</sup> *Cfr.*, *Ibíd.*

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p. 162

dinámica de derechos y obligaciones que emanan del negocio que se emprendió, sean los mismos que se tenían en mente al momento de celebrar el acto.

Las personas naturales, como las jurídicas colectivas, tienen derecho a la realización del Derecho; son titulares de la prerrogativa a la seguridad jurídica, entendido como derecho a que la autoridad pública tipifique oportunamente conductas permitidas y prohibidas; derecho a que la autoridad pública aplique tales normas, es decir, sancione actos ilícitos y garantice mi libertad contractual. Todo esto genera un infecto en el hombre: certidumbre frente al futuro porque las reglas de negocio, al momento de su celebración, son claras y vigentes.

En nuestro caso corresponde analizar si la liquidación de un siniestro por parte del reasegurador es un acto permitido por la Ley; en caso de que lo no lo sea, el asegurador debe tener la certeza de que la autoridad pública aplicará la norma positiva vigente y sancionará lo prohibido.

El principio, derecho o garantía de seguridad jurídica es el sustento para demandar la nulidad de absoluta de la cláusula de control de reclamo.

### **3.3. NULIDAD ABSOLUTA DE LA CLÁUSULA DE CONTROL DE RECLAMO**

ALESSANDRI BESA realiza la siguiente afirmación: un contrato cuyo objeto es contrario a la Ley y al orden público tiene objeto ilícito; al tener objeto ilícito genera nulidad absoluta.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 125. Según el mismo autor, otras causas de nulidad absoluta son: a) Contrato con causa ilícita. b) Contrato que omita formalidades que tienen que ver con la naturaleza del contrato; c) Contrato que le falta voluntad o consentimiento de las partes; y, d) Contrato celebrado por incapaces.

### 3.3.1. EL OBJETO DEL CONTRATO

ALESSANDRI BESA sostiene que es incorrecto hablar del objeto del contrato; lo correcto es referirse al objeto de la obligación. El objeto de la obligación es “*lo que debe el deudor*” y puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer. <sup>69</sup>

El objeto ilícito, según el mismo autor, consiste en una:

- a) Obligación contraria a la ley;
- b) Obligación contraria a las buenas costumbres;
- c) Obligación contraria al orden público. <sup>70</sup>

El mismo tratadista sostiene que solo los contratos cuyo objeto es contrario a la Ley y no a una norma de rango reglamentario, generan nulidad absoluta. Además aclara que hay leyes con diversa carga vinculante y las únicas que pueden ser consideradas para los efectos de nulidad absoluta son las leyes: a) prohibitivas ó b) imperativas que protejan intereses generales. A continuación consta la explicación en palabras del autor:

[L]ey prohibitiva es la que manda que no se haga algo... Al lado de las leyes prohibitivas están las leyes imperativas, que se asemejan a aquellas en que también manda y ordenan, pero a diferencia de ellas, no prohíben la ejecución de actos jurídicos en forma absoluta, sino que prohíben que se ejecuten sin reunir los requisitos que ella mismo señala para cada caso particular...En consecuencia, una ley imperativa se equipara a una de índole prohibitiva en cuanto a la sanción que merece su contravención; pero solamente cuando no se cumple con disposiciones que dicen relación con el orden público y los intereses de la colectividad... <sup>71</sup>

### 3.3.2. EL OBJETO ILÍCITO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

- Artículo 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

---

<sup>69</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 116

<sup>70</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 122.

<sup>71</sup> *Ibid.*, páginas 126-128.

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

- Artículo 1477.- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.
- Artículo 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

La conclusión de dichos artículos es que los contratos deben tener objeto lícito; y es objeto ilícito es el que contraviene a las leyes, orden público y buenas costumbres.

### **3.3.3. LA NULIDAD ABSOLUTA EN EL CÓDIGO CIVIL**

- Artículo 9.- Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.
- Artículo 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

- Artículo 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...

La conclusión que se extrae de las normas citadas es que un contrato con objeto ilícito genera nulidad absoluta.

### **3.3.4. NULIDAD ABSOLUTA PARCIAL**

La nulidad absoluta se puede declarar sobre el contrato en su totalidad o sobre una de sus cláusulas. En esa línea se expresa ALESSANDRI BESA cuando dice que la nulidad parcial es aquella que vicia una parte de una sola disposición, o a una de varias disposiciones contenidas en un negocio jurídico determinado.<sup>72</sup>

### **3.3.5. DEMANDA, DECLARACIÓN Y EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA**

La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, o demandada por cualquiera que tenga interés en aquella, excepto el que ejecutó o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber sobre el vicio que lo invalidaba. Por el carácter profesional del asegurador, es muy probable que encaje en el presupuesto antes dicho, por lo que no podría demandar la nulidad absoluta de la cláusula de control de reclamo. El llamado a demandarla sería el asegurado.

Una vez declarada la nulidad absoluta, en sentencia, el efecto jurídico es el previsto en los artículos 1583 y 1704 del Código Civil. Si se declara la nulidad de la cláusula de control de reclamo, el efecto es la extinción de la obligación del asegurador de permitir que el reasegurador liquide el siniestro. El desenlace final es el previsto en el artículo 1704: se borra del contrato de reaseguro a la cláusula de control, como si jamás hubiese existido.

Artículo 1699.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.

Artículo 1704.- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.”.

---

<sup>72</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 79.

Artículo 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

(...)

9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;

(...).

Ya en el caso que nos ocupa, el objeto de la cláusula de control de reclamo es la obligación del asegurador de permitir que el reasegurado liquide el siniestro. Esta obligación es contraria al artículo 87 del título XVII del Código Civil, por ende, el objeto de la cláusula de control de reclamo es ilícito y da lugar a la demanda de nulidad absoluta.

Queda en el aire la pregunta de si la cláusula de control de reclamo también tiene objeto ilícito por contravenir a una norma reglamentaria (artículo 46, del capítulo II, del título XI, del libro II de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria), para dar más fuerza a la demanda de nulidad absoluta. ALESSANDRI es categórico al manifestar que el objeto ilícito implica que la obligación (objeto del contrato) riña con la LEY, pero también habla del orden público.

Las cláusulas de control de reclamos existen para regular un aspecto clave en una etapa crítica del reclamo del seguro: el sujeto que efectúa la liquidación; pero, paralelamente se debe reflexionar sobre los requisitos de la contestación del reclamo. Con la vigencia de las cláusulas de control de reclamos nos vemos en un escenario en el cual un reasegurador, muchas veces extranjero y ajeno a nuestro Derecho y realidad, toma una decisión trascendental, como es, aceptar u objetar el reclamo y, al mismo tiempo, el asegurador es quien debe partir de lo resuelto por el extraño e informar al asegurado sobre el pago o no de la indemnización o renta demandada, todo ello bajo el escrutinio de las autoridades administrativas y judiciales nacionales.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> En este caso es importante destacar que el vigente artículo 42 de la Ley General de Seguros prevé una acción directa del asegurado frente al reasegurador, contraviniendo otras normas positivas, toda la teoría y práctica al respecto. Aquello sin perjuicio de que el asegurador también sufra los efectos de una liquidación deficiente, porque así lo prevé la Ley.

Se trata de un verdadero escrutinio de un tarea vital como es la atención del reclamo. Una atención que debe ser motivada, caso contrario, la autoridad administrativa y judicial, tal como manifiesta el artículo 42 de la Ley General de Seguros, intervendrá para ordenar el pago del producto del seguro sin perjuicio de la imposición de sanciones de todo orden, sobre todo, pecuniarias en contra del sujeto que debió observar la normativa en la liquidación.

En un caso hipotético, el reasegurador y asegurador, en clara observancia de las cláusulas de control de reclamos, y en manifiesta desatención del artículo 46 del capítulo II, del título XI, del libro II, de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, convienen que el primero liquide un siniestro. El reasegurador extranjero, ajeno física y jurídicamente a Ecuador, liquida el siniestro luego de 6 meses de ocurrida la formalización del reclamo y además no cumple con los requisitos determinados en el artículo 47. Con base en una liquidación como la antes detallada, el asegurador comunica al asegurado sobre la objeción de su reclamo.

En el caso antes descrito, la autoridad administrativa o judicial, con vista al artículo 42 de la Ley General de Seguros, ordenará, en muchos casos, al asegurador y NO al reasegurador el pago de la indemnización o renta pactada, más intereses al tratarse de una contestación extemporánea.

Por lo tanto, las omisiones y negligencias propias de la liquidación a cargo del reasegurador afectan directamente al asegurador, en aspectos patrimoniales.

Estos problemas se agudizan si un mismo riesgo se cedió a varias reaseguradoras, con lo cual los temores antes descritos se magnifican. Así sostiene SOBRINO cuando dice:

[A]sí si no llegase a existir una cláusula en virtud de la cual todas las reaseguradoras siguen la posición que adopte la reaseguradora líder, mediante la cláusula "*follow the leader*", todo lo antes explicado, se potenciaría sustancialmente, habida cuenta que podrían existir varias opiniones distintas (vgr. Una por cada reaseguradora), sobre un mismo siniestro.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> W. SOBRINO, op. cit., p. 165

Finalmente, en el caso de un reclamo del asegurado por una objeción deficiente, el asegurador debería explicar y sustentar una negativa en la que no participó; asimismo, si es él quien pretende reclamar ante el reasegurador, son evidentes las dificultades logísticas que aquello trae consigo si se considera que el cesionario del riesgo se desenvuelve en un ámbito internacional.

Lo anterior da cuenta de eventuales fallas y deficiencias en la tarea de liquidación y de atención del reclamo. Estas inconsistencias serán observadas por el asegurado insatisfecho y por la autoridad pública (administrativa y judicial) fiscalizadora, la que tomará correctivos y sancionará al asegurador que, por un convenio que él mismo aceptó, enfrentará las consecuencias de una gestión ajena: la del reasegurador. Entonces ¿qué papel cumplen los aseguradores?, más allá de responder por la faltas de otros, en muchos casos extranjeros y por tal condición son totalmente ajenos e indiferentes a lo que pasa en Ecuador.

El escenario descrito afecta al interés general, representado por la gran masa de asegurados.

Como expresé en párrafos precedentes, la norma de la Superintendencia y de la Junta Bancaria favorece el orden y el interés general (el de la gran masa de asegurados), por ende, al ser ignorada también puede hablarse de objeto ilícito en la cláusula de control de reclamo y de su nulidad absoluta.

Todo el análisis precedente redundaba en que el titular del derecho privativo de liquidar el siniestro es el asegurador y no el reasegurador.

## CONCLUSIONES

El seguro privado es, esencialmente, un contrato. Se trata de una relación jurídica entre el asegurado y asegurador de la que emanan derechos y obligaciones recíprocas. Básicamente implica que el asegurador asume un riesgo a cambio de una prima.

La manera de entender el contrato de seguro está dada por una profusa regulación por parte del poder público. Todo lo contrario ocurre en el contrato de reaseguro, donde la regulación está dada por la práctica internacional.

Lo primero se debe a que el seguro es un contrato de adhesión y lo segundo se debe a que reaseguro es un contrato entre profesionales experimentados que no merecen la protección del Estado a través de una vasta regulación de la relación jurídica. Este análisis marca, desde la perspectiva teórica, el abismo entre estas relaciones jurídicas.

Se trata de dos relaciones jurídicas completamente distintas; con sujetos prácticamente diferentes y que en caso de coincidir (el asegurador), cumplen un papel diametralmente distinto desde el punto de vista de las cargas-obligaciones que tienen (objeto del contrato). También la forma de establecer las obligaciones es distinta ya que como vimos el principio de autonomía de la voluntad de las partes está muy limitado en el seguro privado; y todo lo contrario ocurre en el reaseguro donde la misma Ley franquea la posibilidad de que las partes acuerden lo que quieran, y todo esto tiene lógica por lo que hemos hablado.

Al ser dos relaciones jurídicas separadas: a) El contrato de reaseguro no puede modificar al contrato de seguro; b) El asegurado no tiene acción en contra del reasegurador; c) El reasegurador no tiene obligación frente al asegurado.

Históricamente se habló de la independencia entre el contrato de seguro privado y el de reaseguro; sin embargo, se considera como una novedad el hecho de fortalecer las relaciones de colaboración entre el asegurador y reasegurador en el

contexto del reclamo de un siniestro; asimismo, se ha querido dotar de certeza a la relación jurídica entablada entre ambos sujetos, simplemente con la expresión formal y detallada de los cláusulas en las que se determinan los derechos y obligaciones que emanan del negocio. Las razones de este cambio de rumbo no dejan de ser económicas y buscan precautelar los intereses del reasegurador evitando que el cedente del riesgo incurra en pagos negligentes o ex gratia, de los cuales también tendría que responder el cesionario, es decir, el reasegurador.

En virtud de las cláusulas de control de reclamos, el reasegurador, como cesionario de un riesgo, tiene el derecho, facultad o potestad de “controlar el reclamo” en los términos de decidir determinadamente en la liquidación del siniestro. Paralelamente está el derecho del asegurador de liquidar el siniestro, según el contrato de seguro.

El derecho de atender el reclamo es amplio y sumamente general. Está compuesto por otros más elementales, los que van desde recibir la denuncia del siniestro hasta liquidar el mismo. La liquidación del siniestro implica la elaboración de un informe técnico jurídico, a veces con el apoyo de un perito ajustador de siniestros, con el fin de resolver sobre la cobertura o no del siniestro, incluso fijando montos.

Según el artículo 87 del título XVII del Código de Comercio, el contrato de reaseguro no puede modificar al contrato de seguro. El artículo 46 del capítulo II, del título XI, del libro II, de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria dispone expresamente que la liquidación del siniestro corre por cuenta del asegurador. La cláusula de control de reclamo (como expresión de la autonomía de la voluntad privada) tiene la particularidad de superar el límite impuesto por la Ley y el Reglamento, es decir, por las normas citadas.

El constituyente ecuatoriano concibió a la seguridad jurídica como un derecho subjetivo. La Filosofía del Derecho, la entiende desde dos perspectivas harto distintas: material y formal. La seguridad jurídica desde una perspectiva material

existe si el particular y el Estado, en sus relaciones jurídicas, privilegian la aplicación de valores, como la justicia, libertad y propiedad, por encima de cómo estos hayan sido recogidos por la norma escrita u objetiva. Se trata de una tendencia ius naturalista porque busca la aplicación de una sensación inherente al humano pero en nada objetiva, unívoca y expresa.

La seguridad jurídica desde la posición formal exige la aplicación, por todos, de la norma tal y como está escrita más allá de que estemos conformes con su contenido o que evidenciamos en ella algo que, en nuestro criterio, riña con un valor racional. A mi modo de ver, de la lectura del artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador se colige que hemos adoptado la posición formal, ya que se considera como un derecho la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes.

El derecho a la seguridad jurídica, es el fundamento para que alguien (el asegurado) acuda al órgano jurisdiccional competente y demande la nulidad absoluta de la cláusula de control de reclamo, que supera el límite previsto por la norma positiva y el interés general. La causal de la demanda es el objeto ilícito de la cláusula.

La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio, o demandada por cualquiera que tenga interés en aquella, excepto el que ejecutó o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber sobre el vicio que lo invalidaba. Por el carácter profesional del asegurador, es muy probable que encaje en el presupuesto antes dicho, por lo que no podría demandar la nulidad absoluta de la cláusula de control de reclamo. El llamado a demandarla sería el asegurado.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARTURO ALESSANDRI. *De los Contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA Y ANTONIO VODANOVIC. *Tratado de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- JULIO CASTELO. *Diccionario Básico de Seguros*, Madrid, Editorial Mapfre S.A., 1972.
- ERNESTO CABALLERO. *El Consumidor de Seguros: Protección y Defensa*, Madrid, Editorial Mapfre S.A., 1997.
- GUILLERMO CABANELLAS. *Diccionario Enciclopédico Jurídico. Tomo II & IV*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2003.
- RICARDO CANTILLO. *La notificación de siniestros al reasegurador*, El derecho: Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, 2009.
- RICARDO GARCÍA. *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontanamara, 2007.
- JUAN GARRIDO. *El Contrato de Seguro*, Barcelona, Editorial Publicaciones y Ediciones SPES, S.A., 1954.
- MANUEL MARTÍNEZ. *Los Seguros*, La Habana, Editorial Cultural S.A., 1945.
- MARCO MONROY. *Introducción al Derecho*, Bogotá, editorial Temis, 2003.
- JORGE MORALES. *Teoría General de las Obligaciones*, Quito, PUDELECO Editores S.A., 1995.
- ELADIO NÚÑEZ. *Defensa del Consumidor Asegurado*, Madrid, Editorial Mapfre S.A., 1995.
- ANDRÉS ORDÓÑEZ. *El Contrato de Seguro*, Bogotá, Editorial Salamanca, 1998.
- EFRÉN OSSA. *Teoría General de Seguro. El Contrato*, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, 1991.
- DAVID PÉREZ. *Relaciones de colaboración en el contrato de reaseguro*, Madrid, Fundación Mapfre Instituto de Ciencias del Seguro, 2012.
- RAMÓN RODRÍGUEZ. *PHILOMENIA. Glosario de Seguros y Reaseguros*, Quito, Editorial Rodríguez & Rodríguez E.J., 2007.
- RAFAEL ROJINA, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1967.

HERNÁN SALGADO. *Introducción al Estudio del Derecho*, Quito, Editora Nacional, 2002.

WALDO SOBRINO. *La claim control clause: una gran desprotección para las empresas aseguradas y un riesgo exorbitante para las compañías de seguros*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

RUBÉN STIGLITZ Y GABRIEL STIGLITZ. *Contrato de Seguro*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1988.