

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Escuela de Derecho

TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE
LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS

TEMA:

“LA EJECUCIÓN DE LA PÓLIZA DE FIANZA EN EL SECTOR PÚBLICO DEL
ECUADOR”

AUTORA:

ELIZABETH PAZMIÑO TORRES

DIRECTOR:

DR. BENJAMÍN CEVALLOS.

Quito, Ecuador.

2013

DEDICATORIA

A mis hijos Nicole y Diego,

A amor Patricio Urrutia Sivori, mi compañero sincero.

Quienes con su esfuerzo, cariño y dedicación me incentivaron a seguir adelante y nunca me olvidaré de estas hermosas palabras: insistir, persistir y no desistir. Gracias de todo corazón.

ELIZABETH

AGRADECIMIENTO

A mis niños por haberles robado tiempo maravilloso en mi rol de madre, para realizarme como profesional.

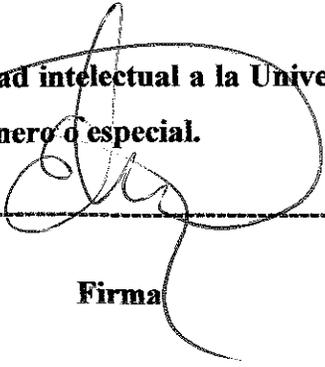
Mi gratitud a Marcelo Fernández, por los consejos dados con palabras sabias y sinceras, sobre el tesón que se debe tener al enfrentar el milagro de la vida en el recorrido por el conocimiento, que me permitió vivir la vida con filosofía.... como él la dice. A Patricio Fernández por permitirme tener su amistad y recibir inmejorables criterios, que sin duda aportaron a la realización de esta tesis, sin dejar de mencionar, su innato carisma y fuerza en la vida.

A mis queridos amigos doctores versados en materia de seguros quienes me guiaron en este trabajo.

ELIZABETH

Yo, MARTHA ELIZABETH PAZMIÑO TORRES, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.



Firma

Yo, Dr. Benjamin Cevallos Certifico que conozco al autor del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.



Firma

ÍNDICE

CAPÍTULO I	1
CONCEPTOS GENERALES DE SEGUROS Y REASEGUROS.....	14
1.1 CONCEPTO DE SEGURO:.....	14
1.2 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGUROS.....	15
1.3 CONCEPTO DE FIANZA	15
1.4 CARÁCTERÍSTICAS DE LAS FIANZAS EN EL SECTOR ASEGURADOR.....	16
1.5 CONCEPTO DE ASEGURADORA:.....	16
1.6. RIESGO.....	17
1.6.1 Interés Asegurable.....	17
1.6.2. Bien asegurado:	18
1.6.3. Concepto de Solvencia en materia de seguros:	18
1.6.4. Órgano de control Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador:.....	18
ENTIDADES DE CONTROL BAJO LA SUPERVISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS	19
CUADRO No.1	19
1.7 ¿QUÉ LABOR REALIZA LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS?	21
1.8 PARTES INTERVINIENTES EN LA INDUSTRIA ASEGURADORA	23
CUADRO No.2	23
1.9 PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE SEGUROS	23
1.10. TIPOS DE SEGUROS	25
1.11. CONCEPTO DE REASEGURO.....	25
1.12. FUNCIONES DEL REASEGURO	25
1.13. RESUMEN DE ASPECTOS JURÍDICOS DEL REASEGURO	25
CUADRO No.4	26
1.14. REASEGURO FACULTATIVO	27

1.15. REASEGURO AUTOMÁTICO	27
1.15.1 Requisitos para cobertura automática.....	27
1.16. REASEGURO PROPORCIONAL	27
1.17. REASEGURO NO PROPORCIONAL.....	28
1.18 REASEGUROS CONTRATOS DE SEGUROS NO PROPORCIONALES ..	30
1.18.1 Cuota aparte.....	30
1.18.2 Excedente.	30
1.19. CONTRATOS NO PROPORCIONALES CON EXCESO DE PÉRDIDA. ...	31
1.19.1 Exceso de pérdida operativo working cover (w.x.l.).....	31
1.19.2 Stop Loss.....	31
1.19.3 Exceso de pérdida catastrófica c.x.l.	31
1.19.4 Cúmulo.....	32
GRÁFICO No.2.....	32
ESTRUCTURA DE LA ACTUAL LEY GENERAL DE SEGUROS Y	
CONCEPTOS FUNDAMENTALES.....	33
Personas que integran el mercado asegurador.....	34
1.20. CONSTITUCIÓN DE LAS EMPRESAS DE SEGUROS.....	34
1.22. “EL CAPITAL AUTORIZADO NO PODRÁ SER MATERIA DE	
PUBLICIDAD”.....	36
CONCLUSIONES CAPÍTULO I.....	37
CAPÍTULO II.....	39
LAS GARANTÍAS CLASES, FORMAS EXIGIDAS POR LA LEY	39
2.1 RESEÑA HISTÓRICA:	39
2.2 ¿EL CONTRATO DE SEGURO DE FIANZA ES SEGURO O FIANZA?...	39
2.2.1 Antecedentes – Ontología Jurídica.	40
2.3 ¿SEGURO O FIANZA?, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS	57
CONCLUSIONES CAPÍTULO II	61
CAPÍTULO III.....	68
LA PÓLIZA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y	
BUEN USO DE ANTICIPO DE CONTRATO:.....	68

ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE FIANZAS EN EL ECUADOR	68
3.1 ASPECTOS GENERALES DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA:	68
3.2 GARANTÍAS	71
3.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA QUE OTORGAN LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS. CONTEXTO INTERNACIONAL Y DOCTRINA.	73
3.3.1. El caso de Ecuador:	75
3.4 ANTECEDENTES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN	75
3.5. LA SOLUCIÓN NORMATIVA	77
3.6 CARACTERÍSTICAS Y PECULIARIDADES DE LA FIANZA QUE OTORGAN LAS ASEGURADORAS MEDIANTE PÓLIZA DE SEGURO EN EL ECUADOR.....	79
3.6.1 .La especialidad de la actividad aseguradora.	79
La irrevocabilidad de la póliza de seguro.....	79
3.6.3 El recibo o factura de prima	80
3.6.4 Él límite de la responsabilidad del asegurador	81
3.6.5 Demostración del Siniestro	81
3.6.6. La terminación del contrato.....	82
3.6.7. La presentación de excepciones	82
3.6.8. La concesión del legislador del derecho de reembolso	83
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES CAPÍTULO III.....	85
CAPÍTULO IV	88
EJECUCIÓN DE LA PÓLIZA DE FIANZA EN EL SECTOR PÚBLICO.....	88
4.2 EFECTOS	89
4.3 REFORMA A LA LEY GENERAL DE SEGUROS:	90
4.4 EL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.	94

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IV	99
CONCLUSIONES GENERALES:.....	108
RECOMENDACIONES.....	118
3.- FUNCIONAL CAUCIONAL DE LA POLIZA.-	119
BIBLIOGRAFIA.....	121



SINTESIS

El presente trabajo hace un estudio detallado de conceptos generales en materia de seguros particularmente en el ramo de fianzas para contratos públicos, regulados por la nueva legislación de la Contratación Pública del Ecuador. Se ha utilizado la Constitución, las principales leyes, reglamentos y documentos que rigen este concepto a nivel institucional. Se analizará esta temática tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo, puesto que para ejecutar las garantías en materia de contratación pública es necesario seguir un procedimiento administrativo de terminación del contrato público, que debe respetar los derechos constitucionales del administrado, particularmente el del debido proceso.

Antes de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, publicada en el suplemento del registro oficial 395 del 4 de agosto de 2008, las pólizas de seguros de fianza, constituían una forma de las garantías para contratos públicos sometidos a la ley vigente que exigían la presentación de garantías “incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato” que según la forma de ser ejecutadas, bien podrían también denominarse de “**primer requerimiento**”.

Las garantías de primer requerimiento son aquellas que se ejecutan a simple petición del beneficiario, San Juan De Crucelaegui las clasifica de la siguiente forma:

- La de primer requerimiento o simple requerimiento,
- La de requerimiento condicionado, sometida a la ejecución u la opinión de terceros como peritos que declaren el incumplimiento contractual,
- Finalmente la garantía clásica, que es la accesoria la cual depende que se declare el incumplimiento de la obligación principal para ejecutar la garantía, por lo tanto tiene que existir un laudo arbitral o sentencia que así lo declare.

la Ley General de Seguros en su artículo 42 señala el procedimiento para el pago de las pólizas de seguro de fianza en el sector público esta normativa que fue cuestionada particularmente en lo relativo al procedimiento, previo ante la Superintendencia de Bancos y Seguros, tanto la Procuraduría como la Contraloría emitieron pronunciamientos sobre la forma de ejecutar dichas garantías.

Entre las normas que regulaban el procedimiento de ejecución de las pólizas del sector público teníamos las siguientes:

EL pronunciamiento del Procurador General del Estado que desconocía la aplicación del Art. 42 de la Ley General de Seguros que establece el procedimiento del reclamo para una póliza de seguro, mermaba las atribuciones otorgadas por la Constitución y la ley al Superintendente de Bancos y Seguros, no solo instituidas en el aspecto jurídico, sino en el técnico, por mucho que los beneficiarios de los mismos sean entidades del sector público. Este pronunciamiento viola el derecho al debido proceso en lo referente

a la competencia, puesto que nadie puede ser distraído de su juez competente, y en materia de seguros es la Superintendencia de Bancos, herencia de aquello, la actual Ley Orgánica de Contratación Pública estableció en su artículo 73, para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión. Igualmente señala la ley, que las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. Sin embargo con la expedición de la nueva ley orgánica de contratación pública en el año 2008, reformó el artículo 42 de la ley general de seguros y estableció un plazo de 48 horas para que las compañías de seguros o bancos paguen las garantías luego de su requerimiento, confirmando el carácter de incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, dicho plazo no es viable en la práctica, puesto que las aseguradoras dependen de sus reaseguradores que proveen los fondos en tiempos superiores a las 48 horas; esto ocasiona un caos administrativo en las aseguradoras, pues no están en condiciones de seguir emitiendo fianzas, y se ponen en riesgo de liquidación. Esta tesis propone alternativas de solución para esta problemática y aplicación de la ley.

INTRODUCCIÓN:

La materia de seguros abarca conceptos, leyes, reglamentos, resoluciones varias; en mi investigación trataremos **“LA EJECUCIÓN DE LA PÓLIZA DE FIANZAS EN EL SECTOR PÚBLICO”**, por lo que he realizado un resumen de los principales temas de la materia de seguros, los mismos que nos orientarán de mejor manera a tratar la problemática planteada, ¿Son de primer requerimiento las fianzas en el sector público?... ¿Cómo afecta esto para el desempeño normal de la aseguradora?, ¿es acaso suficiente el plazo de 48 horas para que la aseguradora pueda cubrir montos millonarios en siniestros? ...

La normativa emitida en la resolución bancaria del Ecuador, N. JB- 2010- 1792, página 2, Artículo 1 **“CAPITULO II (NORMAS DEL CAPITAL ADECUADO PARA EL SISTEMA DE SEGUROS)”** emitida en septiembre 16 del 2010, ordena a las aseguradoras se pongan al día con los montos en los distintos capitales de trabajo, a fin de avalar los valores presupuestados para enfrentar a los posibles siniestros. De esta resolución se desprenden muchos cambios legales, los que deberán ingresar el sistema para poder cumplir con estándares internacionales, principalmente buscan tranquilidad para los asegurados aparecen figuras como (RMC) **“requerimiento mínimo de capital”** y (CRMC) **“cobertura del requerimiento mínimo del capital”**, que permiten a las aseguradoras celebrar contratos o pólizas de seguros, por montos hasta 6 veces su

capital social, a esto se suma la posibilidad de que las dichas empresas puedan usar coaseguros (en materia de reaseguros), amplía sus capacidades de colocación de riesgos.

Resumiendo la historia de la fianza desde tiempos de Grecia en su código del dragón 621, hasta la actualidad, por lo que planteado algunas de reformas legales que se pueden aplicar para mejorar el funcionamiento de la fianza en materia de obra pública.



CAPÍTULO I

CONCEPTOS GENERALES DE SEGUROS Y REASEGUROS

1.1 CONCEPTO DE SEGURO:

Es una actividad económico/financiera por medio de la cual se proporciona el servicio de convertir diferentes riesgos a los que se encuentran expuestos los patrimonios, en gastos periódicos que pueden ser presupuestados por las personas aseguradas.¹

El contrato de seguros, es un acuerdo que se realiza entre dos partes; el contratante que será el asegurado y la entidad aseguradora; por tanto decimos que no se trata de un contrato de adhesión sino de tipo consensual, en el cual se especifican los derechos y obligaciones de ambas partes; y las condiciones bajo las cuales se realiza el acuerdo.

Por medio de este contrato las partes se comprometen: el asegurado, al pago o de una prima y la entidad aseguradora, a pagar un siniestro, si éste llegase a ocurrir, a fin de cubrir un perjuicio económico para el asegurado de acuerdo a las condiciones pactadas.

¹ CABANELLAS de Torres , Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2002

1.2 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGUROS

1. **Consensual:** Basta el consentimiento de las partes para la validez del contrato.
2. **Bilateral:** Ambas partes se obligan recíprocamente. La una asume un riesgo y la otra el pago de la prima.
3. **Aleatorio:** depende de un acontecimiento externo incierto ajeno a la voluntad de las partes.
4. **Oneroso:** Cada una de las partes tendrá una prestación a cambio de la otra.
5. **Buena fe:** En el acuerdo debe prevalecer la honestidad de ambas partes, sobre todo en lo que se refiere a la interpretación del asegurador.

En materia de seguros se ha llegado a considerar que la buena fe es la base para realizar las operaciones de sumas aseguradas llamada “uberrima fidae”, es decir la extrema honestidad y transparencia que debe primar entre las partes contratantes, antes, durante y después de la contratación del seguro; es decir, si se produjera el acontecimiento incierto previsto en el contrato como riesgo.²

1.3 CONCEPTO DE FIANZA

“La fianza es una obligación en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple”.

² Apuntes de fitse, curso de agente productor de seguros.

1.4 CARÁCTERÍSTICAS DE LAS FIANZAS EN EL SECTOR ASEGURADOR

La fianza es una especie de caución, que puede asumir un fiador para garantizar obligaciones ajenas, existen varios tipos para amparar obligaciones contractuales a favor de particulares o del sector público. La más reciente se rige por LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA DE CONTRATACION PÚBLICA, vigente desde el año 2008, que regula la contratación de obra pública en general; así como la construcción, fabricación de bienes, provisión de suministros y prestación de servicios entre otros. No se pueden otorgar fianzas para obligaciones provenientes de créditos comerciales y financieros.

La mencionada ley impone que dichas garantías deban poseer las características de **INCONDICIONALES, IRREVOCABLES y de COBRO INMEDIATO.**³ Para contratos con el sector público.

1.5 CONCEPTO DE ASEGURADORA:

Es una sociedad anónima, esta organización que se compromete por medio de un contrato a prestar servicios de compensación de riesgos, cuando la parte asegurada sufre un siniestro.⁴

³ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS “CONFIANZA”, Pág. 2., Quito, 2011

⁴ CONFIANZA, Cía. de Seguros y Reaseguros. “Fichas técnicas de los productos carpeta de producto”. Ecuador: propiedad y edición de confianza. Pág. 1

1.6. RIESGO

“Es algo incierto o imprevisto que puede ocasionar daño, pérdida o necesidad económica por cubrir, cuya realización se llama en materia de seguros: siniestro. El riesgo tiene que tener las siguientes características:

- **Aleatorio:** Se desconoce su posibilidad de ocurrencia.
- **Posible:** No debe ser imposible, tiene que ser tangible.
- **Concreto:** Objetivo en sus características.
- **Lícito:** Debe estar de acuerdo a las leyes y la moral. (No debe existir fraude).
- **Fortuito:** Ajeno a la voluntad humana.
- **Contenido económico:** Dado el riesgo se debe producir una necesidad económica que conlleve a una indemnización.”

1.6.1 Interés Asegurable

El interés asegurable es la relación económica entre el bien asegurado y la persona asegurada, este vínculo debe existir al momento de celebrarse el contrato de seguros y debe ser estimable en dinero. Por ejemplo, tenemos la relación que tiene el propietario,

de un bien en la “cosa en que está radicado su derecho real de dominio, toda vez que su pérdida o deterioro puede reportarle un perjuicio económico.”⁵

1.6.2. Bien asegurado:

Es el bien mueble o inmueble sobre el cual se ejercerá la cobertura estipulada en el contrato de seguros.

1.6.3. Concepto de Solvencia en materia de seguros:

La solvencia de manera general, se refiere a la capacidad financiera de una empresa aseguradora en la suscripción de riesgos, puede conceptuarse como la suficiencia de los activos sobre los pasivos asumidos.⁶

1.6.4. Órgano de control Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador:

Es el ente de supervisión y control del sistema financiero ecuatoriano, incluido el sistema de seguros privados y el sistema nacional de seguridad social. Sus funciones las realiza mediante la aplicación de leyes, reglamentos, resoluciones y otras medidas que aplica a los sistemas que están bajo su vigilancia y control.

1.6.5. Funciones de la Superintendencia de Seguros:

⁵ PEÑA TRIVIÑO EDUARDO, Manual de Derecho de Seguros, Editorial Edino, Tercera edición, pág.105.

⁶ CABANELLAS de Torres , Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2002

Controla y supervisa: sistema financiero, sistema de seguro privado y sistema de seguridad social. También considera bases que son utilizadas en el ámbito mundial; nos referimos a los Principios de Supervisión de Basilea, los cuales tienen su campo de aplicación en el ámbito bancario y también tienen su parte en los seguros, con el nombre de Solvencia.

ENTIDADES DE CONTROL BAJO LA SUPERVISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS

Tabla de instituciones que son reguladas por la Super Intendencia de Seguros.

CUADRO No.1

N°.	SISTEMA FINANCIERO	TOTAL
1	ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO	11
2	BANCOS OFF SHORE	20
3	BANCOS PRIVADOS EXTRANJEROS	6
4	BANCOS PRIVADOS NACIONALES	50
5	CASAS DE CAMBIO	24
6	COMPAÑIAS DE TITULARIZACION	1
7	COOPERATIVAS DE AHORRO Y CREDITO	48
8	ENTIDADES OPERATIVAS EN EL EXTERIOR	9
9	GRUPOS FINANCIEROS	41

10	INSTITUCIONES FINANCIERAS PUBLICAS	10
11	MUTULISTAS	11
12	SOCIEDADES FINANCIERAS	32
13	TARJETAS DE CREDITO	6
N°.	SISTEMA SEGURO PRIVADO	TOTAL
1	AGENCIAS ASESORAS PRODUCTORAS DE SEGUROS	681
2	AGENTE DE SEGUROS CON RELACION DE DEPENDENCIA	385
3	AGENTE DE SEGUROS SIN RELACION DE DEPENDENCIA	750
4	AJUSTADORES DE SINIESTROS (PERSONAS JURIDICAS)	70
5	AJUSTADORES DE SINIESTROS (PERSONAS NATURALES)	137
6	ASEGURADORA EXTRANJERA	6
7	ASEGURADORA NACIONAL	49
8	ASEGURADORAS PUBLICAS	1
9	INSPECTORES DE RIESGOS (PERSONA JURIDICA)	14

10	INSPECTORES DE RIESGOS (PERSONA NATURAL)	36
11	INTERMEDIARIOS DE REASEGUROS (NACIONALES)	36
12	MEDICINA PREPÁG.ADA	20
13	REASEGURADORES (NACIONALES)	2
Nº.	SISTEMA SEGURO SOCIAL	TOTAL
1	FONDOS PREVISIONALES	63
2	INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	4
	TOTAL DE INSTITUCIONES	2523

Fuente Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador página web.

Elaboración: Autora

1.7 ¿QUÉ LABOR REALIZA LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS?

Supervisión: implica mantener un mercado estable, eficiente y equitativo, con la finalidad de proteger a los asegurados, permitiéndoles:

1. Identificar las áreas de mayor riesgo en caso de quiebra o alerta financiera.
 2. Prevenir problemas financieros.
 3. Focalizar recursos donde resulten eficientes y eficaces.
-

4. Permite clasificar y analizar los riesgos de una forma metódica, para tomar acciones tendientes a reducir el riesgo.

La supervisión de la Superintendencia de Bancos y seguros se desarrolla in-situ y extra-situ.

VERIFICACION EXTRA-SITU: Permite un análisis técnico de la información microeconómica y macroeconómica y la proporcionada al organismo de control por parte de las entidades. Se debe evaluar:

1. Solvencia
2. Calidad de activos
3. Liquidez
4. Rentabilidad, etc.

VERIFICACION IN- SITU:

Permite verificar el cumplimiento de regulaciones prudenciales, así:

- a. Análisis financiero,
 - b. Reaseguro,
 - c. Capital adecuado,
 - d. Margen de solvencia,
 - e. Dictámenes de auditoría externas,
 - f. Indicadores técnicos financieros,
 - g. Test de alerta temprana. (seguros)
-

1.8 PARTES INTERVINIENTES EN LA INDUSTRIA ASEGURADORA

CUADRO No.2



Fuente: Fuente Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador página web.

Elaboración: Autora

1.9 PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE SEGUROS

Derechos y obligaciones que tienen las partes, una vez aceptada la póliza⁷.

- **Aseguradora:** Entrega al contratante un ejemplar de la póliza en la cual se encuentren las condiciones y han sido aceptadas por la Aseguradora.

⁷ Tomado de la Ley General de Seguros de la República del Ecuador, actualizada a julio del 2008.

Cubre el importe de la indemnización en caso de que ocurra el siniestro, es decir, una vez verificada la procedencia de la reclamación hecha por el beneficiario del seguro, deberá pagarle el monto que corresponda.

- **Asegurado:** Contar con la garantía de que la persona o sus bienes están protegidos por los riesgos contemplados en la póliza, es decir, tener la seguridad de que en caso de ocurrir el siniestro, éstos serán protegidos o cubiertos por la aseguradora al amparo de la póliza.⁸
- **Beneficiario:** Comprobar a la aseguradora su calidad de beneficiario y proporcionarle toda la documentación que ésta requiera para que se verifiquen las condiciones en que ocurrió el siniestro.⁹
- **Contratante** Conocer las condiciones de la póliza y las coberturas, es decir, puede solicitar a la Compañía Aseguradora la información que requiera para poder decidir sobre la contratación del seguro, respecto a los siniestros que cubre; y, a las condiciones en las que se prestará el servicio por parte de la aseguradora.

Toda vez que quien contrata el seguro, deberá, una vez verificada la póliza, cubrir el importe de la misma.

⁸ CABANELLAS de Torres , Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2002

⁹ GONZÁLES Barrón, " El contrato de seguro " Jurista Editores, Bogotá, 2006.

1.10. TIPOS DE SEGUROS

Las empresas de seguros son de:

- Seguros de Ramos Generales.
- Seguros de vida.

1.11. CONCEPTO DE REASEGURO.

“Contrato en virtud del cual, el reasegurador toma a su cargo los riesgos de la compañía de seguros o cedente, en una proporción de las obligaciones de ésta frente a su cliente. La retención es la parte del riesgo que está en capacidad de asumir la cedente por cuenta propia.”¹⁰

1.12. FUNCIONES DEL REASEGURO

- Aumento de la capacidad de la Aseguradora para emisión de pólizas.
- Protección para catástrofes
- Estabilización de resultados
- Financiamiento del riesgo
- Asesoría en la suscripción de riesgos

1.13. RESUMEN DE ASPECTOS JURÍDICOS DEL REASEGURO

¹⁰ HALPERIN, Isaac, "Contrato de Seguro". Ediciones Depalma, Pág. 45, Buenos Aires, 2006

- Comunidad de Suerte.
- Buena Fe.
- Ausencia de Relación Jurídica entre el Reasegurador y el Asegurado.
- El contrato de Seguro determina la medida de la obligación del Reasegurador.
- El contrato de Reaseguro es internacional por esencia

División del reaseguro

CUADRO No.4



Fuente: Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador página web.

Elaboración: Autora

1.14. REASEGURO FACULTATIVO

El reaseguro es obtenido en forma individual, o sea riesgo por riesgo y la cedente tiene la facultad de ofrecer el negocio y el reasegurador tiene la facultad de aceptar o declinar la oferta.

1.15. REASEGURO AUTOMÁTICO

El reasegurador otorga a las empresas de seguros la facultad de suscribir riesgos y cederlos en forma automática, en los términos y bajo las condiciones pactadas por un período de un año.¹¹

1.15.1 Requisitos para cobertura automática.

- Volumen considerable de riesgos similares de un ramo.
- Experiencia previa de suscripción en el ramo.
- Cartera de calidades homogéneas
- Las cesiones se harán bajo términos y condiciones originales. El Reasegurador seguirá la suerte de la Cedente.

1.16. REASEGURO PROPORCIONAL

¹¹ RODRÍGUEZ Pastor, Carlos, " Derecho de Seguros y Reaseguros". Fundación MJ. Bustamante de la Fuente, Lima, 2006

El reasegurador participa en los riesgos, en las primas y en los siniestros, en la misma proporción que participa sobre la suma asegurada.

1.17. REASEGURO NO PROPORCIONAL

El reasegurador se compromete con la cedente a pagar los siniestros por encima de una cantidad acordada que corre a cargo de la aseguradora y que se llama prioridad. El reasegurador cubre por encima de esa cantidad hasta un límite máximo llamado cobertura.

División del reaseguro

CUADRO No.5

DIVISIÓN DEL REASEGURO



DIVISIÓN DEL REASEGURO



Fuente: Fuente Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador página web.

Elaboración: Autora

1.18 REASEGUROS CONTRATOS DE SEGUROS NO PROPORCIONALES

1.18.1 Cuota aparte.

La cedente establece para su participación (retención), un porcentaje fijo sobre todas las pólizas que suscriba y sean alimentadas al contrato, y el Reasegurador se compromete a aceptar el porcentaje restante hasta un límite establecido.¹²

1.18.2 Excedente.

El reasegurador se compromete a aceptar en cada negocio hasta un máximo de un múltiplo dado de la retención de la cedente, para lo cual se fija una retención máxima denominada línea o pleno de retención la cual puede ser variada por la cedente de acuerdo con la calidad del riesgo.

Tabla de plenos.

GRAFICO No.1

TABLA DE PLENOS	
CALIDAD DEL RIESGO	PORCENTAJE MÁXIMO DE RETENCION
I	100%
II	75%
III	50%
IV	25%

¹² GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, J.E.: Modalidades clásicas y modernas del seguro de vida. Los seguros Unit-Link. Ed. Fundación Mapfre Estudios. Madrid. 2007

Fuente: Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador página web.
Elaboración: Autora

1.19. CONTRATOS NO PROPORCIONALES CON EXCESO DE PÉRDIDA.

1.19.1 Exceso de pérdida operativo working cover (w.x.l.)

La cobertura puede ser afectada por la simple ocurrencia de un siniestro individual (riesgo por riesgo).

1.19.2 Stop Loss.

Es una protección que limita la pérdida de la Cedente en la gestión de un período determinado (generalmente anual), estableciéndose en un porcentaje de las primas de un ramo específico. Protege los resultados finales del ejercicio de las desviaciones negativas debido a una incidencia de siniestros crecida por frecuencia y severidad. Cubre las fluctuaciones de la carga anual de siniestros.

1.19.3 Exceso de pérdida catastrófica c.x.l.

Reduce el riesgo hasta un nivel adecuado, para que la cedente asuma las consecuencias financieras de un aumento inesperado de la siniestralidad con ocasión de un evento catastrófico, por lo general un fenómeno de la naturaleza. Sólo puede ser afectada su cobertura cuando un mismo evento afecte dos o más riesgos asegurados y el total de las pérdidas superen la prioridad.

1.19.4 Cúmulo

Es el total de los valores asegurados a riesgo en un lugar o zona geográfica que pueden verse afectados simultáneamente por un mismo evento.

Calificación según standard & poor's

GRÁFICO No.2

Gráfico de calificación según Standard & Poor's. El gráfico muestra una lista de calificaciones con sus respectivos significados. El fondo es azul con un patrón de ondas de agua.

<u>CALIFICACIÓN SEGÚN</u>	
<u>STANDARD & POOR'S</u>	
➤ AAA	: Extremadamente Fuerte
➤ AA	: Muy Fuerte
➤ BBB	: Buena
➤ BB	: Marginal
➤ B	: Frágil
➤ CCC	: Muy Frágil
➤ CC	: Extremadamente Frágil
➤ R	: Requiere acciones reguladoras
➤ NR	: No Clasificado.

Fuente: Fuente Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador página web.

Elaboración: Autora

ESTRUCTURA DE LA ACTUAL LEY GENERAL DE SEGUROS Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Esta ley fue publicada en el Registro Oficial No. 290 del 3 de Abril de 1998 y codificada en el Registro Oficial 403 del 23 de Noviembre del 2006, en sustitución de la dictada en el año 1967, bajo el nombre de Ley General de Seguros. La misma está conformada por tres títulos. El título primero que hace relación con el ámbito de la ley; el título segundo con la constitución, organización, actividades y funcionamiento del sistema asegurador; que contiene doce capítulos denominados: del sistema de seguro privado, de las normas de prudencia técnica financiera, de las pólizas y tarifas, de los reaseguros, de la vigilancia, control e información del sistema de seguro privado, de los auditores externos, de las limitaciones, prohibiciones y sanciones, del reclamo administrativo, del régimen de fianzas otorgadas por las entidades de seguros; de la cesión y fusión; de la regularización; de las liquidaciones. Y el título tercero que se conforma con las disposiciones generales y reformas. Adicionalmente, el Reglamento General de la Ley General de Seguros fue publicado en el Registro Oficial 342 del año 1998.

La mencionada ley tiene por finalidad como lo dice su artículo 1:

“Regula la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas y las operaciones y actividades de las personas naturales que integran

el sistema de seguro privado; las cuales se someterán a las leyes de la República y a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos y Seguros.”¹³

Personas que integran el mercado asegurador

Según el mencionado artículo 1 de Ley General de Seguros, el sistema asegurador está compuesto por:

- 1 Todas las empresas que realicen operaciones de seguros;
- 2 Las compañías de reaseguros;
- 3 Los intermediarios de reaseguros;
- 4 Los peritos de seguros, y,
- 5 Los asesores productores de seguros.

1.20. CONSTITUCIÓN DE LAS EMPRESAS DE SEGUROS.

Las empresas de seguros únicamente pueden ser sociedades anónimas y se constituyen con dos o más accionistas.

Se presenta una solicitud acompañada de la minuta al Superintendente de Bancos y Seguros, con firma de un abogado patrocinador, se adjuntan dos ejemplares del estudio de factibilidad elaborado por un (actuuario) matemático conocedor de la ley de los grandes números.

¹³ LEY GENERAL DE SEGUROS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, actualizada a Julio del 2008

El Superintendente de Bancos y Seguros, en un plazo no mayor de sesenta días, admitirá o rechazará las solicitudes presentadas para la constitución o establecimiento de compañías aseguradoras, sobre la base de los informes técnicos, económico y legal de la Superintendencia de Bancos y Seguros, los que se elaborarán en función de los estudios de factibilidad y demás documentos presentados por los promotores o fundadores. Una vez cumplidos los requisitos legales y realizadas las investigaciones correspondientes, el Superintendente de Bancos y Seguros, aprobará, mediante resolución, la constitución de la compañía en un plazo no mayor de sesenta días; dispondrá su inscripción en el Registro Mercantil de su domicilio principal. Art. 10 Ley General de Seguros.

Las empresas de seguros entran a una segunda fase respecto a la organización. Están obligadas a obtener los certificados de autorización para cada ramo. Se adjuntará también los respectivos contratos de reaseguros en los cuales conste que la reaseguradora respaldará las operaciones de las empresas de seguros en ciertos ramos. La empresa de seguros, deberá iniciar sus operaciones en el transcurso de seis meses, contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización; caso contrario éste quedará sin valor y efecto, y ello será causal de liquidación de la sociedad. Art. 12 Ley General de Seguros.

1.22. “EL CAPITAL AUTORIZADO NO PODRÁ SER MATERIA DE PUBLICIDAD”.

1. El mínimo capital pagado para la constitución de las empresas de seguros, que vayan a operar en seguros generales en un solo ramo, no será menor a 75.000 UVC's, equivalente a USD197.167, 5 dólares de los Estados Unidos de América.
2. El mínimo capital pagado para la constitución de una compañía de reaseguros, no será menor a 350.000 UVC's, equivalente a USD920.115 dólares de los Estados Unidos de América.
3. El mínimo capital pagado para la constitución de intermediarios de reaseguros no podrá ser menor al equivalente al 20% del capital mínimo exigido a las empresas de seguros, 15.000 UVC's, equivalente a USD39.433, 5 dólares de los Estados Unidos de América.

En la práctica, el capital exigido no es solo considerado como requisito para la constitución de la una compañía de seguros, pues la Superintendencia de Bancos y Seguros, exige un valor mayor en función del patrimonio y la solvencia de la compañía.

CONCLUSIONES CAPÍTULO I

1. Para una apreciación general de las condiciones y comportamiento del mercado asegurador ecuatoriano, debemos realizar una retrospectiva de los últimos años, de acuerdo a los reportes de la Superintendencia de Seguros y Compañías, así como una revisión de la aplicación de la normativa jurídica y trascendencia de las situaciones político económico relativo al país.

 2. Durante los últimos años el mercado asegurador ha atravesado por varios procesos de fusión y de liquidación de compañías, así como la constitución de nuevas compañías, entre ellas podemos revisar que ha resultado en una consolidación general con la participación de un número de compañías sobre base de la prima creciente, siendo muy numerosa la cantidad de compañías aseguradoras que operan en Ecuador comparativamente con el mercado asegurador latinoamericano.

 3. La consecuencia de fusiones y liquidaciones como la de CAUSIONES, precisamente por un error de suscripción en una póliza de fianzas en el sector público.

 4. La consolidación de las principales compañías de seguros, COLONIAL, SUCRE ACE y EQUINOCCIAL, logran concentrar a junio de 2012 el mayor ranking de
-

activos y con la participación en el mercado ecuatoriano en las siguientes cifras: QBE Colonial (11,54%), ACE (9,74%), Equinoccial (8,23%), Sucre (7,89%), y AIG Metropolitana (4,46%) valores sacados de los estudios de la Superintendencia de Bancos y seguros.¹⁴

5. El dinamismo de la globalización, y el desarrollo de las relaciones internacionales, han impuesto nuevas exigencias particularmente en el negocio de seguros; no solo que los han vuelto cada vez más complejos, sino que han hecho un entorno de competencia y exigencia mayor. Es por eso, que un análisis del mercado de seguros interesa, no sólo a las compañías de seguros y a los propios asegurados, sino también a toda la sociedad en general, sobre todo por su implicación en la evolución de la economía como negocio en potencia y en los resultados que este sector puede presentar para el país.

6. En el plano jurídico corresponde al legislador tutelar los intereses confiados por el asegurado, en lo referente a la protección de su vida o de su patrimonio, para que el asegurador, como “profesional del riesgo”, preserve la confianza depositada por los actores del sistema, en este caso específico por los asegurados, quienes participan en la denominada “inversión del ciclo de producción” como parte fundamental del sistema económico y social de un país.

¹⁴(http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/articulos_financieros/Estudios%20Tecnicos/2012/AT1SEGUROS_2012.pdf)

CAPÍTULO II

2.1 LAS GARANTÍAS:

¿EL CONTRATO DE SEGURO DE FIANZA ES SEGURO O FIANZA?

Para contestar esa pregunta será necesario investigar la naturaleza jurídica de esta figura, desde los orígenes remotos de las garantías, la doctrina internacional y nacional, la revisión de nuestra legislación y a su vez hacer un estudio comparativo del contrato de fianza civil conjuntamente con el comercial de seguro.

2.2 RESEÑA HISTÓRICA:

Para comentar sobre las garantías de primer requerimiento, no podemos dejar de mencionar el origen histórico de la fianza y otras formas de garantía. Todas ellas nacieron ligadas al crédito; pues su antecedente más rudimentario: el trueque, que fue el medio de pago más antiguo, de la humanidad, no requería fianza.

Ciertamente, la fianza, nace con el crédito, con la finalidad de dar seguridad a las relaciones comerciales; inclusive como una forma curiosa de garantía con la prenda de seres humanos, a quienes se podía tomar como rehenes para satisfacer esta necesidad de garantía.

Sin embargo, la fianza normalmente accesoria no era la única forma de dar seguridad a las relaciones económicas. Estudiosos como Jean Bastin, sostienen que en Roma, existían distintos tipos de fianzas, tales como: la fianza simple, la fianza solidaria, el compromiso abstracto y la garantía autónoma.

Tradicionalmente se ha vinculado a la obligación principal con la accesoria. La mayoría de los códigos civiles, establecían, que la fianza era una especie de caución. Textualmente, se la define en relación a su función práctica (más que por sus elementos) en general de la siguiente manera: “Cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca”.

2.2.1 Antecedentes – Ontología Jurídica.

El génesis de esta figura jurídica, lo podemos encontrar en la notable influencia indo-europea, que tiene la fianza y en su matiz sagrado. En efecto, la fianza posiblemente tuvo origen religioso vinculado a una deidad, a tal punto que los antepasados indo-europeos que habitaban sobre los reinos de Mesopotamia, consideraban que el fiador cumplía una función divina, de la misma manera que para los egipcios, el Faraón era una especie de garante, al que había que rendir culto. O en el caso de los romanos, consideraban que Júpiter era testigo y garante de los pactos de la vida pública y de los juramentos en la vida privada.

En la antigüedad, el comercio no estaba desarrollado y las transacciones siempre se hacían mediante el pago "al contado". Solo se concedía crédito, en caso de calamidad. El deudor debía pagar en dinero, no así, el fiador quién tenía la opción de cobrar la deuda o bien indemnizar en "especie".

Los historiadores del Derecho, sostienen que las garantías reales, ya existían en Grecia, especialmente “hipotecas” sobre bienes inmuebles, que sustituyeron a la prenda de seres

humanos, que garantizaba los créditos. De tal manera, que si no se pagaba la obligación amparada por el rehén, éste terminaba en la esclavitud. El Código del Dragón en el año 621 – que se caracterizaba por tener normas muy severas- estipulaba que todo préstamo de dinero se debía garantizar con la persona del deudor.¹⁵

Roma, sin duda, fue la cuna de la fianza; allí las garantías aparecieron en distintas épocas, con la finalidad de satisfacer las necesidades del ciudadano romano. También, fueron las que dieron origen a las garantías modernas (que en muchos casos) subsisten hasta la actualidad.

En Roma, existían distintos tipos de fianzas como: la fianza simple, la fianza solidaria, el compromiso abstracto y la garantía autónoma.¹⁶

La fianza simple fue la más antigua, incluso más que las garantías reales. Debido a su estructura, requería de un nivel de instrucción avanzado, como lo tenía el imperio romano, donde se dio paso a las más complejas formas de fianzas personales.

La solvencia del fiador, constituía el principal respaldo para el acreedor, en el caso de que el deudor incumpliera con sus obligaciones. En tal virtud, mediante el mecanismo de la subrogación, el fiador se convertía en nuevo acreedor y privaba de la libertad al deudor, pudiéndolo llevar inclusive a su cárcel privada, ejerciendo la llamada manus injectio.

¹⁵ Jean Bastin, El Pág.o de la deuda ajena, edit. PASA AFP, pág. 25

¹⁶ Jean Bastin, El Pág.o de la deuda ajena, Ed. PASA, pág. 27

Este procedimiento permitía al acreedor poder exhibir al deudor tres veces en intervalos de veinte días, en lugares públicos con las manos en el cuello con la finalidad de que alguien responda por él. Caso contrario, era vendido como esclavo o muerto por el acreedor.¹⁷

El primer tipo de fianza, que se conoció en Roma, llamada VERBIS o stipulatio, se perfeccionaba con la realización de ciertos “ritos”, que se caracterizaba por su naturaleza “accesoria”, ya que dependía de una obligación válida para su existencia.

También existió, el compromiso llamado SPONSIO, que se asimila a una codeuda, que se celebraba entre personas que se dedicaban al culto religioso.¹⁸ Ciertos autores, señalan que la SPONCIO apareció junto al NEXUM, cuya naturaleza y finalidad, para algunos estudiosos del derecho romano, sigue siendo motivo de discusión, pues la consideran como contrato de garantía, mientras otros se inclinan por sostener que es una promesa oral de prestación.¹⁹ La fideipromissio era un compromiso de garantía celebrado por extranjeros de iguales características que el anterior.

¹⁷ Las fuentes clásicas más antiguas mencionan que el fiador comprometido por el pacto (vadimorium) no solo aceptaba la amenaza de encadenamiento en el orden físico, sino que asumía el deber de Pág.ar el rescate pecuniario de su liberación.

¹⁸ Otros autores como Galindo mencionan que se designaba con el nombre de ad promissor a quien se comprometía ante el acreedor a responder accesoriamente la insolvencia del deudor. El seguro de fianza, edit. Legis, 2005, pág. 5.

¹⁹ JARAMILLO, Carlos Ignacio, Estructura de la forma del contrato de seguros, edit. Temis, 1996, pág. 48.

Entre las fianzas, no accesorias existió una garantía independiente llamada "CONSTITUTION" cuyo objeto era independiente, pues no dependía de lo que se garantizaba.

De singular importancia, es una garantía que algunos autores la consideran como antecedente de las garantías modernas, la llamada FIDEIUSSIO, que tuvo su origen en Roma, a fines de la República y consistía en la garantía que daba el fideiussor para el cumplimiento de una obligación contraída por otra persona. Garantizaba al acreedor el pago de la prestación estipulada en la obligación principal.

La fideiussio era un contrato accesorio, en el que el fideiussor no podía obligarse en forma menos onerosa se señala entre otras características de la fideiussio:

- a) La fideiussio, tenía por objeto o fin procurar un crédito al deudor y podía constituirse en el momento en que el deudor se obligaba o también antes o después de la obligación principal
- b) La fideiussio podía ser condicional;
- c) Garantizaba una obligación civil o natural; y,
- d) La obligación del fideiussor no tenía limitación.

En el Digesto, estipulaba principios como los siguientes:

- a) Que toda obligación puede incorporarse fideiussor,
 - b) Que a una obligación que no se estipula fideiussor y después se le agrega, el fideiussor, éste se obliga;
 - c) El fideiussor se puede dar para obligaciones futuras como para pasadas;
-

- d) Si se hubiera estipulado bajo condición imposible no se puede dar fideiussor;
- e) Se puede dar fideiussor aun cuando exista ignorancia del afianzado;
- f) El fiador no puede obligarse por otra cosa que por la que fue prestada.

Entre otras características se indicaban que el fideiussor garantiza la deuda de otro; no la propia a diferencia de la hipoteca en que el propio deudor podía constituirla.

El fideiussor no se constituye en codeudor solidario. Su obligación necesariamente es la del deudor, pero no era una prestación idéntica, pues su causa no era la misma. La garantía podía amparar una deuda que el fideiussor no habría podido contratar personalmente ya sea conforme a la intención de acreedor y deudor o bien por la naturaleza misma de la obligación. Es conforme a dichas fuentes, esencialmente deudor accesorio. (La obligación que contrae (dice Gayo) es accesorio de la obligación principal, III, 126).

Según la generalidad de los autores, existían tres reglas que permiten verificar la extensión de la fideiussio, a saber:

- a) El fideiussor ²⁰estaba obligado como el deudor principal y podía ser perseguido antes que él, pues estaba colocado en el mismo plano;

²⁰ Traducción Garantía noción (art. 1936 cc)

es por lo general de un contrato por el cual una tercera persona se compromete con los prestamistas asegurar el cumplimiento de la obligación por el deudor

Como se puede ver en la idea, con un contrato de garantía suma su tercera responsabilidad de la del deudor, garantizando el cumplimiento de la obligación, por lo que la posición del acreedor se fortalece, ya que, en la práctica, los dos deudores en lugar de uno.

Desde este punto de vista, la garantía es de adquisición muy similar, pero difiere en la estructura diferente, ya que en el acuerdo de asunción entre el deudor y el tercero que asumirá la deuda, mientras que la seguridad de que existe un acuerdo entre el tercero destinada a asegurar el crédito y el acreedor.

b) Si había varios fideiussores, cada uno se obligaba al pago del todo. Cada fideiussor prometía igual cosa que el deudor;

c) Si el acreedor procedía contra el deudor o contra uno de los fideiussores dejando de lado al primero, los demás quedaban liberados siempre que se hubiera llevado la instancia hasta la *litis contestatio*.

Por su parte los autores franceses, Paniol y Ripert, sostienen que la llamada FIEJUSSIO romana, originalmente puso al fiador en una posición igual de “dura” que la que tenía el deudor, frente al acreedor. Este desequilibrio, originó una reacción a favor de los fiadores, dando nacimiento a los llamados “beneficios”, para atenuar esta rigurosa posición a favor del acreedor. Ciertamente estas reformas no gustaron a los prestamistas partidarios de las garantías de pago inmediato. Por aquello y para atenuar los abusos que cometían los prestamistas, los jurisconsultos inventaron el “beneficio de la cesión de acciones” que le permitía al fiador, luego de haber pagado la deuda, demandar al deudor en calidad de acreedor. Apareciendo en consecuencia la llamada, “acción de reembolso” que tenía el fiador para reponer el daño sufrido. Luego se concedió el recurso, entre cofiadores, cuando uno de ellos pagaba por los demás.

Incluso desde un punto de vista funcional, la garantía es diferente dall'accollo, en este caso sucede que la garantía se hace normalmente al mismo tiempo, la deuda propia de empujar el acreedor para dar a luz a una relación obligatoria con el deudor, mientras que se supone por lo general es después del nacimiento de la obligación.

Fuente: <http://it.wikipedia.org/wiki/Fideiussione>

Con esa misma finalidad, también se instituyó el llamado “beneficio de división” a favor de los fiadores por parte Adriano, que permitió la división de la deuda cuando existían varios fiadores, siempre y cuando no se pactara solidaridad.

Justamente para proteger a los fiadores, aparecen las primeras normas que buscaban equilibrar la relación del garante con el acreedor y así, Justiniano creó en 535, una nueva ley más favorable al fiador, que instituyó el llamado: “BENEFICIUM ORDINIS” o de excusión. En virtud del cual el acreedor debía dirigirse primero a su deudor principal para recuperar la deuda y luego a su fiador en caso de no ser atendido por el deudo. Dicho beneficio subsiste en nuestro Código Civil.

Cabe resaltar que los prestamistas buscaron con el paso del tiempo, que se eliminen estos beneficios, restableciendo la “antigua solidaridad borrada por la legislación romana”. Y volvieron, como en efecto sucede en la actualidad, al sistema que los fiadores se obliguen solidariamente, retornándose al rigor original del derecho romano.²¹

Vale destacar que en Roma, existió un procedimiento que consistía en “una promesa condicional”, en virtud del cual se obligaba al fideiussor únicamente en la circunstancia de que el deudor principal no hubiera pagado,²² a la fideiussio contratada en los

²¹ PANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Derecho Civil, primera serie, v. 8, pág. 1114, editorial Oxford.

²² El acreedor estipulaba para ello con una fórmula concebida en los siguientes términos: *¿quanto minus a Titio consequi possim id fidejubesne?* Con ello quedaba el fideiussor a resguardo de la persecución del acreedor hasta que éste vanamente hubiera intentado obtener el pago.

términos mencionados. Se la denominaba **FIDUSSIO INDEMNITATIS**, porque la obligación de indemnizar por parte del fideiussor, se limitaba a la cantidad que el acreedor no hubiera podido hacerse satisfacer por el deudor principal.

Para algunos autores, “*la fidejussio indemnitatis*” era un procedimiento establecido por el cual el fiador se comprometía respondiendo a una pregunta en la que aceptaba pagar solo lo que el deudor principal no pagaba en forma condicional. Por lo tanto, el acreedor debía perseguir primero al deudor principal. Y si este deudor no pagaba más que una parte de la deuda, la condición que suspendía la obligación del fiador se cumplía y el acreedor podía exigirle al fiador todo lo que no había podido obtener del deudor. Si, al contrario, el deudor había pagado todo lo que debía, la condición desaparecía y en consecuencia el fiador quedaba liberado.²³

Luis Benito de Lugo, tratadista español, nos explica que en Roma existían contratos, que si bien es cierto, no eran conocidos como seguros, los mismos amparaban “riesgos”. Y lo hacían, no como objeto del contrato, pero sí como condición del mismo, entre los que menciona a la “*fidejussio indemnitatis*”, figura mediante la cual, se realizaba un verdadero desplazamiento del riesgo, por el incumplimiento de una obligación.²⁴

²³ Así en lugar de preguntar el fiador en la forma ordinaria: *Idem dare fidejubes*, el acreedor decía: *Quanto minus a Titio consecutus fuero tacitum dare fidejubes?* ¿Prometes Pagarme lo que no haya podido obtener del deudor principal?

²⁴ BENTTEZ, Luis de Lugo Reymundo, Tratado de Seguros, Ed. v. I, edit. Reus, pág. 57.

Sin embargo, hay que destacar que la fianza, si bien es cierto, generalmente era considerada como un acto de ineficiencia, no obstaba que se pactara una remuneración al fiador por dar este servicio. Tal vez, la remuneración en los primeros tiempos no se la exigía pues tradicionalmente fue otorgada por familiares y amigos del deudor sin ánimo de lucro.²⁵

Otra forma de protección que tenían los fiadores, eran las contra-garantías para precaver el daño que podría sufrir el fiador en caso de que el deudor no cumpliera con su obligación.²⁶

En conclusión, es en Roma, donde nació la fianza, por medio de sus variadas formas de amparar obligaciones, como en efecto, fueron: “la accesoria, la autónoma y la de primer requerimiento”, al igual que todos los mecanismos jurídicos de protección al fiador como los beneficios de excusión y división hasta la acción de reembolso que trataron de equilibrar la relación contractual a favor de los fiadores.

Con el paso de los siglos, no se ve mayor avance, desde el punto de vista jurídico de creación de nuevas modalidades de fianzas y otras formas de garantía.

En los primeros siglos de la Edad Media, se eliminaron los formalismos propios de Roma, para constituir una fianza, tan solo se requería “dar la mano” a la persona a la que se aceptaba garantizar.

²⁵ Para el autor Bastin, el sistema de garantía personal tuvo su desarrollo en Roma pues para el ciudadano romano el hecho de ser solvente era una cuestión de honor. A diferencia de Grecia, en que da preferencia a la garantía real.

²⁶ El art. 43 de la Ley General de Seguros establece la obligación del afianzado de entregar. contragarantías.

Gracias a los estudios realizados por los jurisconsultos italianos, “la fianza profesional” adquirió relevancia por un Edicto de Luis XI en marzo de 1462, que creó la figura del “aval” de las letras cambiarias, que tuvo su origen en las ferias de Lyon para facilitar las transacciones comerciales de la época.

Tras el paso de las “Cruzadas”, por Bizancio, la fianza profesional llegó a Oriente Próximo. Hay que destacar la llamada “Orden de los Templarios”, que no era otra cosa que (un tipo de fianza) prestada por ellos, en beneficio del Rey San Luis de Francia, mediante la cual se garantizaba la ejecución de ciertas cláusulas de un tratado de paz firmado con Inglaterra.

En la era moderna, surgieron por toda Europa, textos legislativos que hacían alusión a la práctica del afianzamiento, y que representaron el primer reconocimiento legal de la actividad afianzadora, cuyos textos más famosos fueron: el "Guidon de la mer", las Ordenanzas de Sevilla en 1556; Ordenanzas de Burgos; de Colbert en 1681; de Seguros y Averías de Hamburgo en 1731; de Suecia en 1750 y de Bilbao en 1737.

En el año 1720, se constituyó en Londres la primera compañía de seguros, para amparar “actos deshonestos de empleados”, hasta que en el año 1840 se funda oficialmente una compañía de fianzas en dicha ciudad. En Estados Unidos de América, en el año 1851, se fundó una compañía cuyo objeto social era la emisión de pólizas de fidelidad²⁷

²⁷ GALINDO Hernando Cubiles, “El Seguro de Fianza”, Legis, 2005, Pág. 3

Lo cierto es que por los antecedentes históricos de la fianza antes mencionado, el progreso de la fianza como mecanismo de protección y seguridad del crédito, siempre ha sido motivo de una “lucha” constante entre fiadores y acreedores, de acuerdo a las necesidades de protección de los derechos de estos últimos. Lo que, dicho sea de paso, fue la causa que motivó a que el legislador de la época, creara mecanismos legales de protección a favor del fiador, para luego ser suprimidos por la presión de los acreedores.

En el Ecuador sucedió lo mismo, ante la insuficiencia de la fianza regulada en el Código Civil. Para proteger los derechos del Estado se necesitó legislar, incorporando nuevas formas de garantía, a fin de amparar los legítimos intereses de las instituciones públicas especialmente en la contratación estatal. En efecto, en Septiembre de 1928 se dictó por parte del Dr. Isidro Ayora, la primera Ley Orgánica de Hacienda, que estableció en forma definitiva la obligatoriedad de la celebración de contratos por parte del ejecutivo.

En Octubre 7 del año 1948, se expidió el primer reglamento de Licitaciones en el Ecuador por parte del Sr. Galo Plazo Lasso, quién estableció la obligatoriedad de la licitación por parte de los Departamentos de Estado (Ministerios) para los contratos de cualquier naturaleza que implicaren desembolso del erario nacional; así como la presentación de una garantía equivalente al 10% de la oferta, mediante cheque certificado o carta bancaria a la orden del Director del Tesoro; valor que la Junta de

Licitaciones debía determinar en el acta respectiva, con la clase y monto de la caución para garantizar el fiel cumplimiento del contrato.

Para el caso de adquisición de bienes que deberían importarse al país y se hubiere acordado como forma de pago la apertura de una carta de crédito, la Junta debía exigir una garantía equivalente¹³

El 12 de abril de 1949 mediante Decreto Ejecutivo 632 publicado en el R.O. No. 185, se expidió un nuevo reglamento de Licitaciones. El 10 de febrero de 1955, mediante Decreto Ley de Emergencia No. 04 publicado en el R.O. No. 742 se reforma el reglamento de Licitaciones en la base económica de la licitación.¹⁴

El 30 de Octubre de 1.964, se dicta por parte de un gobierno de facto, mediante Decreto No. 2.511, la primera Ley de Licitaciones en el Ecuador. Regulaba entre los aspectos más importantes, los siguientes:

1. La obligatoriedad de la licitación a instituciones de Derecho Público y de derecho privado con finalidad social o pública;

¹³ El 15 de Noviembre de 1947, la H. Comisión Legislativo aprobó la codificación de la Ley de Hacienda expedida en 1928 introduciendo reformas al Reglamento.

¹⁴ Posteriormente en Marzo 16 de 1.955 mediante decreto publicado en el Registro Oficial del 13 de Abril del mismo año se reforma el Reglamento de Licitaciones estipulando que todo contrato superior a cincuenta mil sucres se sujetara a Concurso de Ofertas.

En Marzo 30 de 1964 la junta militar de gobierno expidió el decreto supremo No. 667 publicado en el Registro Oficial No. 240 del 5 de Mayo del mismo año, contemplando el reajuste de precios de las obras. En Septiembre 11 de 1.964 este decreto supremo No. 2.116 publicado en el registro oficial No. 331 de la misma fecha, estableció una Ley Especial de Concursos de Oferta o Licitación para la provisión de equipos y materiales y para la realización de las obras de agua potable y alcantarillado financiadas con empréstitos del Banco Interamericano de Desarrollo.

2. Los contratos sujetos a licitación son los de ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios.
3. El proyecto del contrato elaborado por la entidad es el típico contrato de adhesión;
4. Las ofertas se presentarán en un sobre, que incluirá una garantía bancaria, por un plazo no menor de ciento ochenta días o cheque certificado a la orden del Tesorero de la Nación o de la institución licitante por un valor del 2% de la propuesta;
5. Al momento de la firma del contrato, igualmente se obligaba al adjudicatario a presentar una garantía bancaria o de valores fiduciarios, de acuerdo a la cotización del mercado o cheque certificado a la orden del Tesoro de la Nación o entidad licitante. La ley permitía la constitución de primera hipoteca o prenda industrial de maquinarias destinadas a la misma obra;
6. Se establece el fondo de garantía en materia de obras y suministros;
7. Los fondos retenidos y los intereses se devolverán al contratista una vez firmada el Acta de recepción definitiva.
8. Los contratos sujetos a licitación están exonerados de toda clase de impuestos.

El 17 de Diciembre de 1965, la misma Junta expide el Decreto- Ley No. 2755, publicado en el R.O. No. 656, que reforma parcialmente la Ley anterior. Entre los aspectos más importantes del mismo, tenemos:

1. Que el Contralor de la Nación o su delegado integraban los Comités de Licitaciones;
 2. Que se exonera de impuestos a los contratos sujetos a licitación, adicionales y complementarios del mismo;
-

3. Que la garantía de fiel cumplimiento es el 5% diferente a la anterior que exigía un monto de 10%; y,

4. Que los derechos del Fisco o la cantidad contratante relacionados con las garantías tendrán preferencia sobre otro crédito;

El 17 de Julio de 1968 durante el gobierno del Dr. Otto Arosemena G., se reformó el art. 15 de la Ley de Licitaciones, permitiendo exonerar a los contratos de adquisición de bienes del requisito de licitación, cuando el Presidente de la República lo estimara necesario. El 16 de Octubre de 1970, en la presidencia del Dr. José María Velasco Ibarra, mediante Decreto Ley No. 613 se rebajó el porcentaje del fondo de garantía del 10% al 5%. El 2 de Mayo de 1973, el General Guillermo Rodríguez Lara, mediante Decreto No. 477 exoneró del requisito de licitación a los contratos de fletamento para transporte marítimo y fluvial, luego el 30 de Enero de 1974, el mismo Presidente, dictó la Ley de Licitaciones.²⁸ En ella, se establece por primera vez, que un contratista podía presentar una póliza de seguros de una compañía domiciliada en el país, como forma de garantía previa a la apertura de una carta de crédito.

Posteriormente, el Gobierno Militar mediante Decreto Supremo No. 679 publicado en el R.O. 159 el 27 de Agosto de 1976, expidió una nueva Ley de Licitaciones, que en su art. 13 establecía a la póliza de seguro “incondicional, irrevocable y de cobro

²⁸ La Dra. Mercedes Bohórquez, en su libro sobre Las Garantías en la Contratación Pública sostiene que en la garantía de buen uso de carta de crédito no se especificaba sus características., pág. 144, Edino 1991.

inmediato” como garantía de fiel cumplimiento y que además, de conformidad con lo que disponía el art. 17 de dicha ley, podía ser rendida para amparar el buen uso de anticipo.

Finalmente, mediante una reforma a esta ley, el 18 de julio de 1977, se permitió que “la póliza de seguros” pudiera respaldar la seriedad de oferta y asegurar la firma del contrato.

Las leyes venideras como la Ley de Contratación Pública del año 1990,²⁹ sustituyeron poco a poco disposiciones de la Ley de Licitaciones e incorporaron otras como: la difusión de concursos y selección de ofertas, celebración de contratos complementarios, equilibrio en los pagos a los contratistas y solución de controversias. La Ley del año 1990, estableció en su art. 77, que en “los procedimientos precontractuales y en los contratos que celebre el Estado o las entidades del sector público, los oferentes o contratistas podrán rendir entre las formas de garantías a la póliza de seguro, incondicional, irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país “. ³⁰

²⁹ R.O. 501 del 16 de Agosto del año 1990

³⁰ Actual art. 73

La Ley de Consultoría del año 1.989, también se refirió a las pólizas de seguro como formas de garantía de cumplimiento y anticipo en los contratos que se celebraren bajo su tenor.³¹

Finalmente, la Ley General de Seguros del año 1.998, estableció por primera vez un régimen de fianzas otorgadas por compañías de seguros, destinando un capítulo para regular ciertos aspectos prácticos de la aplicación de una figura aunque no entró a definirla ni a delimitar sus características. **La reciente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, del año 1998, abolió la garantía de seriedad de oferta, subsistiendo la de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo. Pero precisó la denominación de la figura en estudio, con el nombre de “fianza instrumentada en una póliza de seguro, incondicional, e irrevocable y de cobro inmediato emitida por una compañía de seguros en el país”.**

Conforme a lo expuesto, nuestra legislación de contratación pública en general y la Ley General de Seguros, en particular, acogieron a las pólizas de seguro otorgadas por compañías de seguro como formas de garantías, pero de una forma muy imprecisa, a tal punto que por la misma denominación que hace el legislador en las distintas leyes de la figura jurídica de nuestro estudio, hace notar la confusión en la terminología usada.³²

Tal situación se produce también, en la redacción de las pólizas que existen en el mercado asegurador, que usan en las condiciones generales y particulares diversas

³¹ R.O. 136 del 28 de Febrero de 1989

³² El art. 44 de la Ley General de Seguros denomina obligaciones de afianzadores y afianzados y por otra parte el art. 47 ibidem. Nos habla de acciones de la aseguradora contra el afianzado y usa el término asegurado que es el acreedor de la obligación.

denominaciones para determinar a las partes contratantes que muchas veces causan confusión en la interpretación del contrato.³³

Problema que sin ser un consuelo existe igualmente en varios países por la peculiar naturaleza de las pólizas de seguro y su finalidad caucional que induce a confusiones incluso a los tribunales de justicia, por la imprecisión al redactarse los contratos y a la inexistencia de un régimen jurídico propio.³⁴

En la doctrina extranjera, el tema de la naturaleza jurídica del seguro de fianza ha llevado a encontrados debates a entendidos en la materia. Tomando dichos autores varias posiciones en defensa de diversas tesis. Por un lado, hay quienes sostienen que se trata de una fianza y por otra parte, los hay que defienden la tesis, que se trata de un contrato de seguros, hasta inclusive otros a afirmar que el seguro de fianza tiene una naturaleza mixta o “*híbrida*”.³⁵

³³ Así, se encuentran pólizas en los que se mencionan al “*afianzado*”, o al “*asegurado*”, “*contratista*”, “*fiado*”, “*suma asegurada*”, etc., que guardan relación a la posición de las partes contratantes en la póliza, pero se hacen menciones a elementos personales del contrato de seguro como al de la fianza civil.

³⁴ Bachiller señala que en la Argentina igualmente se produce estos problemas interpretativos del contrato que ahondan la problemática sobre la naturaleza del contrato, al no saber aplicarse las normas de la “*fianza*” o del “*seguro*” en muchos casos. Seguro de Caucción, edit. Aberredo, pág. 12.

³⁵ Francisco Javier Tirado Suárez, cita gran cantidad de autores, en la doctrina italiana. A favor de la configuración como fianza, Donati, Gasperoni, Fragali, Font, Gambino, Geri, Ravazzoni, Tamburrino, Meo, La Torre. A favor de su naturaleza asegurativa, Sacerdoti, Salemi, Stolfi, Russo. Mantienen posiciones híbridas, La Torre, Volpe Putzolu, Salvestroni, Marco y Sparano, Lipari, Giust, Scalfi, Donati y Volpe Putzolu., Laudissa y Russo. A nivel mundial, a favor de la postura de un seguro, señala a Bikelhaupt y Magee, Dikson, Ossa, Brehm, Carton de Tournal, Van der Meersch, Fointaine, Halperin, Parizeau. En España con posterioridad a la promulgación de la ley de contrato de seguro de 1980, se inclinan a favor del seguro, Olivencia, Garrigues, Uría, Del Caño, Sanchez Calero, Broseta Pont, Camacho de los Ríos, Barres Benlloch, Sanchez Calero Guilarte, Embid Erujo, Font Ribas, Alonso Soto R. Ley de Contrato de Seguro, Aranzadi, 2001, págs. 1114 y 1115.

2.3 ¿SEGURO O FIANZA?, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Como parte de nuestro estudio, hemos creído necesario analizar la naturaleza jurídica de este contrato, para desentrañar su naturaleza; razón por la cual fue necesario revisar las disposiciones que regulan en nuestro sistema jurídico la fianza civil.

Es evidente que la fianza tiene su naturaleza jurídica propia, normada en la legislación ecuatoriana tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio.

Nuestro Código Civil, establece que la fianza, es una especie de caución, definiéndola más por su función práctica, antes que por sus elementos propios, al expresar que: “Significa cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca”.³⁶

La fianza, es la primera especie de caución, a la que se puede considerar el prototipo, del cual se derivan las demás cauciones.³⁷

Comparativamente, la fianza al igual que nuestra figura, es una caución de índole personal, y que se confiere en seguridad de una obligación ajena (no propia).

El Código Civil en su artículo 2238, define a la fianza como: “Es una obligación accesoria en virtud de la cual uno o más personas responden de una obligación ajena comprometiéndose con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple”.

³⁶ Somarriva Manuel señala que jurídicamente hablando no son términos sinónimos garantía y caución, porque si bien toda caución tiene el carácter de garantía pueden existir garantías que no son cauciones como el derecho de retención, pág. 8 , Tratado de las cauciones, edit. Ediar-Conosur.

³⁷ Existen otras como lo señala Juan Larrea Holguin, como el juramento, la cláusula penal, la solidaridad, las arras, especiales prendas de comercio, agrícolas o industriales, los seguros de crédito o de cumplimiento de contrato, el aval, etc. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, T. IV pág. 257.

Es decir, que el fiador (al igual que el asegurador) contrae una obligación a favor del acreedor de la obligación, en beneficio del deudor, lo que constituye no solo una protección para el acreedor sino que constituye un beneficio para el propio deudor.

No hay duda que la fianza, es de suma utilidad para el deudor en la praxis para conseguir un crédito que sería imposible sin ella. Similar apreciación se podría hacer, en el caso de las garantías establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que ampara el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

En la fianza civil, el contrato es suscrito por una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, en la que dicha persona se obliga subsidiariamente al cumplimiento de una obligación “principal y ajena”. Por lo tanto, en la relación de fianza, hay siempre tres personas que intervienen en el contrato: **deudor, acreedor y fiador**, pudiendo cada parte ser una o varias personas naturales o jurídicas. Pese a la necesaria existencia de tres personas, la relación “caucional” se establece solo entre el acreedor y el fiador.

Nuestro Código Civil resalta otro tipo de características en la fianza: su carácter accesorio cuya finalidad es cumplir una prestación igual o inferior de la obligación del deudor principal, característica similar se presenta en las garantías que otorgan los aseguradores, en cuanto al límite de la suma asegurada.

Al referirnos a las características de la fianza Civil, nuestro Código Civil establece que la misma, puede ser remunerada por el servicio que el fiador le preste, pero en tal caso, la remuneración no afecta a la esencia de la fianza. En la explotación comercial de los riesgos que hacen los aseguradores, es imprescindible el pago de la prima para que el

asegurador pueda asumir tales riesgos. La prima es parte esencial del seguro, sin ella no existe contrato y peor actividad profesional aseguradora que es eminentemente onerosa. Otra característica de la fianza, es su carácter subsidiario que es exigible por incumplimiento de la obligación principal. Es decir, la del fiador se hace efectiva, únicamente cuando el deudor principal no cumple sus obligaciones.

El fiador civil goza del beneficio de excusión que consiste en exigir al acreedor que primero cobre a su deudor y en subsidio a él cuando los bienes del deudor no sean suficientes o no existan.

Si el fiador pacta solidaridad, renunciando al beneficio de excusión, la obligación puede ser demandada directamente por el acreedor. El asegurador en su caso, no podrá oponer el beneficio de excusión, ni el cumplimiento de su obligación en subsidio de que no responda el deudor principal, propios del fiador común.

El carácter de obligación subsidiaria, origina el beneficio de excusión, que faculta al fiador el exigir al acreedor que cobre primero al deudor principal, ejecute sus bienes y en caso de que no fuera posible realizarlos, o no fueran suficientes pagar al fiador con los suyos.³⁸

El fiador garantiza una obligación existente determinada; por lo tanto es necesario que exista la obligación. En el caso del seguro de fianza, igualmente debe existir la

³⁸ El carácter subsidiario distingue la fianza de la asunción de deuda ajena, como indica Puig Peña

obligación que ampara la póliza, que debe constar determinada en la cobertura otorgada por el asegurador.³⁹

El fiador no se obliga a cumplir la obligación por cuenta del deudor principal sino que garantiza el pago de la obligación mediante dinero o dimisión de bienes.⁴⁰ En la fianza el fiador no puede obligarse a más de la obligación principal.

La responsabilidad del fiador es limitada, aunque muy amplia. “El fiador es responsable hasta de la culpa leve en todas las prestaciones a que estuviere obligado”.

La fianza civil además es transmisible a los herederos del fiador y puede pactarse la indivisibilidad de la obligación.

En la póliza de seguro, en cambio, por tratarse de una obligación asumida por una compañía anónima sometida a la autorización de la Superintendencia de Bancos, el incumplimiento en su pago, puede acarrear la liquidación de la compañía.

³⁹ Lo que no sucede en el caso de las garantías autónomas en que siendo la obligación principal nula igualmente la garantía es válida.

⁴⁰ En la póliza se contrae igualmente una obligación de pago de dinero limitado a la suma asegurada.

CONCLUSIONES CAPÍTULO II

1. La fianza en la doctrina revisada, es considerada una especie de garantía, pues en términos amplios, las garantías constituyen los diversos medios que tiene el acreedor para protegerse de la insolvencia del deudor.⁴¹ En el caso de la fianza, es uno de estos medios de los que dispone el acreedor para reforzar su crédito ante un eventual incumplimiento.

2. La fianza civil se fundamenta, en el principio de la accesoriedad que regula situaciones jurídicas como la nulidad, pues si la obligación principal es nula lo será la fianza, es decir, ésta sigue la suerte de lo principal. Por ello, el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pues su obligación es limitada a la que accede. Siguiendo ese criterio, el art. 1485 del Código señala que:...” el contrato es accesorio cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de tal manera, que ésta no pueda subsistir sin ella.” Por eso es que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no solo en la cuantía, sino además por el tiempo, lugar, condición, modo de pago o pena impuesta

41 SOMARRIVA Manuel, sostiene que en términos amplios las garantías constituyen los diversos medios de que puede tener uso el acreedor para protegerse del incumplimiento de su deudor, obra citada, Pág. 8.

por la inexecución del contrato.⁴² Para interpretar la fianza en caso de duda, en cuanto a los términos en que fue otorgada, se debe estar a más conforme con las obligaciones principal y accesoria.

3. Normalmente la fianza civil es unilateral; el fiador garantiza el cumplimiento del deudor pues solo se generan obligaciones para la parte fiadora y generalmente la fianza es gratuita; sin embargo el fiador de acuerdo al artículo 2268 del Código Civil, puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le presta, estableciendo en este caso un contrato bilateral, pues se obligan recíprocamente; el uno a pagar por el servicio a cambio de la garantía del otro. En el seguro de fianza, “la función caucional” de carácter unilateral entre el asegurador y el asegurado es evidente como lo veremos más adelante, pues define en nuestro criterio su naturaleza jurídica.
4. En general, el fiador puede exigir que de proceder el acreedor contra él, se persiga la deuda en los bienes del deudor, lo que la doctrina ha denominado como el carácter subsidiario que tiene la fianza, al gozar el fiador del

⁴² Si excede de esas limitaciones impuestas por la ley deberá reducirse en los términos de la obligación principal. En la figura jurídica de nuestro estudio la fianza otorgada para garantizar anticipos se reduce en la medida que se vaya devengando por el modo de cumplimiento de la obligación principal.

beneficio de excusión. Sin embargo, para gozar de este beneficio, son necesarias varias condiciones señaladas en el Código Civil⁴³.

5. En el caso de las garantías emitidas por las aseguradoras, es ⁴⁴ posible oponer la excusión en los casos en que la ley, reglamentos o contratos lo permitan. Sin embargo, en caso de estas fianzas en los pactos o cláusulas señaladas en las condiciones generales, se excluye tal posibilidad, pues las mismas son otorgadas en la mayoría de los casos en forma “incondicional, irrevocables y de pago inmediato”. Igual acontece con la fianza mercantil, pues tampoco el fiador puede invocar este beneficio, por así prohibirlo el Código de Comercio.⁴⁵ Además en el caso que intervengan varios fiadores, estos pueden invocar contra el acreedor el beneficio de división de la deuda.

6. En cuanto a la responsabilidad del fiador, éste es responsable hasta por culpa leve en todas las prestaciones a que estuviere obligado, que es aquella diligencia que ordinariamente deben emplear las personas en sus negocios propios o ajenos.

⁴³ art. 2284

⁴⁴ art. 44 de Ley General de Seguros

⁴⁵ art. 603

7. Las normas de nuestro Código Civil también se refieren a la fuente de su nacimiento, que pueden ser la ley, el contrato o una decisión judicial.⁴⁶ Particular relevancia para nuestro análisis, tienen aquellas que son otorgadas a favor de instituciones públicas para la celebración de contratos, en donde las fianzas no solo que excluyen la posibilidad de “excepcionarse” al fiador, en estos casos compañías aseguradoras o bancos, con el beneficio de “excusión” sino también que invierten la “carga de la prueba” sobre la causa del incumplimiento. En todo caso, hay varios factores que analizar, que no solo implican la solvencia del fiador, sino como lo sostiene Somarriva existe además un factor subjetivo; la confianza. Es “la confianza que tiene el acreedor en la persona del fiador o codeudor”⁴⁷
8. Comparativamente con la figura de nuestro estudio existen similitudes y diferencias que las podemos resaltar. Así por ejemplo, igual que en la fianza civil, la garantía de la aseguradora es de pago de dinero aunque las obligaciones del contrato principal sean de dar o hacer una obra.⁴⁸

⁴⁶ art. 2239

⁴⁷ Manuel Somarriva, obra citada, pág. 9

⁴⁸ Si hay incumplimiento el asegurador al igual que el fiador cumplirá con su obligación de pago mediante una suma de dinero.

9. En la relación de la fianza civil entre las partes, el deudor no es considerado como parte, a tal punto que le puede ignorar y hasta imponerle la fianza. En cambio, en las garantías otorgadas por aseguradores, el afianzado sí es parte de la contratación pues siempre será necesaria la suscripción de la póliza y adicionalmente es quién paga la prima, aunque éste no sea causa de exoneración de la responsabilidad del asegurador en caso de que no estuviera cancelada. Es fundamental en la fianza, que exista una deuda cuya seguridad se cauciona, porque no existiría fianza sino hay obligación principal. La póliza de seguro de fianza, depende de un contrato o la ejecución de obligaciones, excepcionalmente las garantías llamadas “autónomas o abstractas” dependen de la voluntad del ejecutante.

La obligación personal que surge de la fianza, al igual que en las garantías de los aseguradores, exigen en ambas el compromiso personal de pagar la obligación de un tercero:

Al igual que en la póliza de seguros de fianza, objeto de nuestro análisis, en la fianza contemplada en el código civil es necesario estipular las obligaciones a las que accede e indicar las que se excluye como por ejemplo el pago de intereses, indemnizaciones, etc.

La fianza civil no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. Así se pacte “solidaridad” será siempre garante y no deudor. Si hay cesión del crédito también se produce en la fianza, por ser accesoria. Lo que no sucede con nuestra póliza de fianza que requerirá siempre el consentimiento del asegurador. Si hay cambio de deudor, la fianza civil se extingue, mientras en nuestra figura termina la cobertura y se excluye expresamente en las condiciones generales de la póliza.

La fianza civil puede ser constituida de forma anterior, simultánea o posteriormente a la obligación principal. En cambio en la garantía emitida por el asegurador solo en el sector privado podría otorgarse en esa forma, en el sector público la ley de la materia exige la presentación de las garantías antes de la suscripción del contrato o de la recepción recibir del anticipo. Finalmente, el límite de la responsabilidad del fiador está dado por la propia obligación principal como por la suma asegurada en el caso de la garantía de nuestro estudio.

La fianza mercantil, que se encuentra regulada en el Código de Comercio, es de naturaleza accesoria, debe perfeccionarse por escrito, destacándose la finalidad “cauencial” que existe entre el fiador y el acreedor, pudiendo las partes, pactar retribución por el servicio que da el fiador. Además, la responsabilidad del fiador es solidaria, es decir que el garante no podrá “excepcionarse”, alegando los beneficios de excusión y división. Sin embargo, el fiador, aunque no sea comerciante, puede otorgar

su fianza con tal que la obligación principal sea mercantil.⁴⁹ **En el seguro de fianza, la intervención del afianzador profesional así como el intervencionismo estatal en la actividad aseguradora en la regulación y control de la normativa que rige el contrato, lo distancia de la fianza mercantil.**

⁴⁹ Art. 602. - La fianza es mercantil, aún cuando el fiador no sea comerciante, si tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil.

Art. 603.- Debe celebrarse necesariamente por escrito, cualquiera que sea su importe.

Art. 604.- El fiador puede estipular una retribución por la responsabilidad que toma sobre sí.

Art. 605.- El fiador mercantil responde solidariamente, como el deudor principal. Por consiguiente, no puede invocar el beneficio de excusión ni el de división.

CAPÍTULO III

LA PÓLIZA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y BUEN USO DE ANTICIPO DE CONTRATO:

ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE FIANZAS EN EL ECUADOR

El día Lunes 4 de Agosto del 2008 en el Suplemento del Registro Oficial No 395 se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ley con la cual se derogó íntegramente la anteriormente llamada “Ley de Contratación Pública” expedida en el año 1990 y codificada en el año 2001.

3.1 ASPECTOS GENERALES DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA:

1. La ley establece los principios de “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional”.⁵⁰
2. Se regulan, en una sola ley, los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

⁵⁰ Al igual que la Ley de Contratación del Sector Público de España del 2007.

3. Se regulan los contratos de adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría que realicen todos los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado, los Organismos Electorales, Organismos de Control y Regulación, entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo, personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos, corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) Estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades y en general por instituciones del Estado; o, b) Que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, etc.⁵¹
4. Se excluyeron y sometieron a la normativa específica, que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, necesarias para la seguridad interna y externa del Estado; ejecución de una obra artística literaria o científica transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, los que

⁵¹ Quedaban sometidas todas las entidades públicas en general a la ley. Eliminandose los diversos anexos que se exigían a las empresas aseguradoras ecuatorianas, para la emisión de las garantías con textos con cláusulas sometidas a la presentación de una simple carta del representante de la entidad y excluyendo inclusive a las normas de la propia ley.

celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las Entidades Contratantes, los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios, etc. Igualmente el reglamento excluyó los contratos de compra entre empresas eléctricas, de combustible de Petroecuador, leasing, factoring, fiducias, mandatos.⁵²

5. Se creó el INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA (INCOP) como entidad rectora del SNCP, responsable de las políticas, gestión y administración desconcentrada. Para el cumplimiento de sus fines tiene autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria.⁵³
6. Se regula la conformación de asociaciones, que antes no era contemplada.
7. Se crean nuevas formas de contratación directa llamados procedimientos dinámicos, mediante convenios marco llevado a efecto por el INCP, mediante catálogo electrónico. En caso de que no estén en dicho catálogo, (la ley la llama no normalizada) se procederá mediante subasta inversa.

⁵² La nueva ley incluía nuevos tipos de contratos sometidos a su regulación y excluye expresamente otros como los de empresas eléctricas, combustibles o de naturaleza financieras que están excluidos de las coberturas de los reaseguros, por lo que en nada afecta a las operaciones de la compañía

⁵³ El proveedor debía registrarse en el RUP y las entidades contratantes se registrarán en el Portal

8. Se crea la contratación por lista corta, ferias inclusivas para contrataciones menores.

3.2 GARANTÍAS

La Ley también regula las garantías para los contratos públicos, las que se resumen en los siguientes aspectos:

El artículo 73. Se establece entre las formas de garantías en el numeral 2 a la Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país.⁵⁴

Desaparece la garantía de seriedad de propuesta, la de buen uso y calidad de materiales, que el Ejecutivo promotor de la nueva ley, consideraba en el primer caso como un costo inútil para el contratista y en el segundo como riesgo que debe incorporarse en una sola póliza, la de fiel cumplimiento. Hoy regulada en el artículo 74 de la Ley. En cuanto a la garantía de fiel cumplimiento se mantiene su porcentaje, el cinco por ciento (5%), pero se crean nuevas coberturas, como lo son: a) Garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros; b) Asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, garantizando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de

⁵⁴ En ese aspecto se daba una denominación más precisa al tipo de garantía que emiten las aseguradoras en concordancia con lo dispuesto en la Ley General de Seguros, que hace referencia a fianzas que otorgan las aseguradoras y no al de póliza de seguro que mencionaba la anterior ley.

construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor; c) Efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

- A esta garantía es imputable el valor de las multas del contratista, nuevo riesgo que no estaba expresamente regulado en la ley anterior. Esta garantía es reajutable de acuerdo al porcentaje de la oferta, en tanto sea inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez por ciento(10%) de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte por ciento (20%) de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato
 - La de anticipo se mantiene igual a la anterior. Igualmente se establece la garantía técnica para ciertos bienes permitiéndose la posibilidad que el contratista, en caso de no presentarla, pueda sustituirla con otra de acuerdo a lo previsto en la Ley.
 - La devolución de la garantía deberá darse en el momento de la entrega de la recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.
-

Adicionalmente la nueva ley dispone de nuevas prerrogativas, que pueden gozar los beneficiarios de las garantías, como son:

1. El carácter de derecho preferente para hacer efectiva la garantía, tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo, y el título en que se funde su pretensión.
2. El requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria, sin trámite administrativo previo para su ejecución.⁵⁵

3.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA QUE OTORGAN LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS. CONTEXTO INTERNACIONAL Y DOCTRINA.

El debate sobre la naturaleza jurídica de la fianza en el contexto internacional ha llevado, por ejemplo, en el caso de la doctrina, a tomar diversas posiciones que destacan principalmente la función del seguro de caución. Se señala que es una figura creada para superar los inconvenientes propios de la constitución de las garantías reales, en especial con relación al tiempo para su perfeccionamiento y la pérdida de liquidez que sufriría el afianzado al entregar dinero o valores. Este fue el motivo principal por el cual

⁵⁵ En el caso de las garantías otorgadas por bancos y las pólizas de seguros que no podrá alegarse el pronunciamiento previo de alguna autoridad sobre la ejecución de la garantía que en el caso específico de las pólizas de seguro la ley General de Seguros establece una trámite previo ante el Superintendente de Bancos para su ejecución,(artículo 42) el mismo que mereció el pronunciamiento del Procurador General del Estado años atrás con la finalidad de declararlo no aplicable para el caso del cobro de garantías otorgadas a favor del sector público, que en la actual ley es tácitamente y parcialmente eliminado en este artículo y expresamente derogado en su último inciso más adelante en la disposición final primera

las leyes de licitación pública introdujeron la póliza de seguro y la garantía bancaria como formas de garantías en los contratos públicos.⁵⁶

Entre las características de este tipo de garantías se señalan las siguientes:⁵⁷

- a) El siniestro se produce con el requerimiento de pago efectuado por el beneficiario.
- b) El asegurador queda facultado a pagar sin pedir documentación del siniestro y sin examinar si el requerimiento es justificado o no.
- c) El asegurador no puede oponer excepciones al asegurado.
- d) El asegurador queda facultado a pagar al primer requerimiento.
- e) El asegurador queda facultado a pagar aun en contra de la voluntad del afianzado, pues este casi siempre se va a “oponer al pago”; pero su cumplimiento no puede quedar a criterio del afianzado.

⁵⁶ En el plano del derecho comercial argentino, Carlos Gilberto Villegas sostiene que el origen de las garantías “a primer requerimiento” fue el comercio internacional, en donde al vendedor de bienes o servicios o licitante se le requería presentar una garantía que consistía en la entrega de títulos o dinero, lo cual encarecía significativamente los préstamos, especialmente de obras públicas. La necesidad motivó la creación de garantías tan efectivas como el dinero, pero separadas de la obligación principal, creando un título “abstracto” desvinculado del contrato “base”. Indica el autor que la finalidad de estas garantías era “evitar que los eventuales incumplimientos o los vicios del contrato fundamental pudieran reflejarse en el pago”.

⁵⁷ En una conferencia sobre el seguro de caución y las tendencias actuales de las garantías celebrada en la Universidad de Granada, patrocinada por la Asociación Panamericana de Fianzas y la Fundación MAPFRE, el doctor Javier Bergamín explicó que el seguro de caución, de acuerdo con la ley española de contrato de seguro, es una modalidad autónoma de garantía en la que “el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado o beneficiario por daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del tomador del seguro”.

3.3.1. El caso de Ecuador:

En el caso de Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública asimila la garantía bancaria a la póliza de seguro, en el aspecto formal. El artículo 73 de la mencionada ley dispone que la garantía debe ser “incondicional, irrevocable y de cobro inmediato”, y otorgada por un banco o por una compañía financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos. Asimismo la fianza, cuando es emitida por una compañía de seguros establecida en el país, debe ser “incondicional e irrevocable”

3.4 ANTECEDENTES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN

La ley traía una novedad, pues en ella se obligaba a las aseguradoras que otorgaban las garantías (en caso de declararse la terminación unilateral del contrato) “debe pagar el valor del seguro contratado dentro del término de cuarenta y ocho horas” siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución”. Con ello, si existían dudas acerca de la naturaleza jurídica de las garantías emitidas en Ecuador para amparar contratos públicos, por cuanto eran consideradas “garantías a primer requerimiento”,⁵⁸ éstas se confirmaban con la nueva ley. La anterior establecía un trámite administrativo previo, que debía efectuar la entidad pública beneficiaria de

⁵⁸ Autores como Javier San Juan Crucelaegui (Garantías a Primera Demanda Contratación Internacional e Interna, Civitas, 2004) y Aída Kemelmajer (Títulos Negociables, Las garantías a primera demanda, pág. 7) distinguen varios tipos de garantías: 1. Garantías condicionadas a prueba del incumpliendo del deudor o garantías accesorias. 2. Garantías documentarias, para su ejecución se apoyan en documentos, 3. Garantías, “a primera demanda justificada o motivada”, con cláusulas que subordinan el pago a la presentación de documentos expedidos por un tercero (declaración de la Cámara de Comercio o laudo arbitral). y, 4. Garantías a simple declaración de voluntad del beneficiario o garantías automáticas o a primera demanda. Estas dos últimas pueden considerarse de segunda y tercera categoría de abstracción. Estos autores consideran que abstracción y autonomía admiten graduaciones.

las garantías para poder ejecutarlas; incluso dicha declaración debía fundamentarse en los informes técnicos, económicos y financieros del contrato, cuyo cumplimiento era exigido por las aseguradoras, antes de honrarse las garantías del sector público. Por esa razón, se sostenía que eran “a primer requerimiento, condicionado”.⁵⁹

Si bien es cierto que la ley actual repetía en gran parte el texto de la anterior, se incorporó una disposición que faculta a la entidad pública garantizada a requerir el cumplimiento del pago de las garantías en un término de cuarenta y ocho horas. En caso de ser desobedecido el plazo, podía llegarse a la suspensión de las actividades de la aseguradora. Con la última ley, se reafirmaba el criterio de que en Ecuador las garantías no solo son “a primer requerimiento”, sino que son de pago “inmediato”.

Con dicha reforma, las condiciones para acceder a la emisión de tales garantías no solo las encarecerían, sino que su otorgamiento se dificultaría debido a la brevedad del término impuesto por la ley para su ejecución. Esta condición tornará mucho más rígidas las exigencias de contragarantías para los solicitantes de las pólizas de seguros, y se volverá casi imposible su cumplimiento, sobre todo para los contratistas pequeños, que constituyen la gran masa de profesionales de la construcción, consultoría y provisión de bienes y servicios.

⁵⁹ Art. 105.- NOTIFICACIÓN Y TRÁMITE.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación prevista en el contrato, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico, económico y jurídico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista y le advertirá que, de no remediarlo en el plazo señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

3.5. LA SOLUCIÓN NORMATIVA

Finalmente, la solución fue dada por la expedición del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del 12 de mayo de 2009,⁶⁰ que estableció que la entidad pública está obligada a notificar la terminación unilateral del contrato que da origen a la ejecución de las garantías, dentro del término legal señalado, a los bancos o instituciones financieras o aseguradoras que hubieren otorgado las garantías. A esos efectos, junto con la notificación **deberá remitir copias certificadas de los informes técnico y económico referentes a las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.**

La declaración de terminación unilateral deberá realizarse mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la entidad, que igualmente deberá comunicarse al

⁶⁰ ”Artículo 146.- Notificación de terminación unilateral del contrato.- La notificación prevista en el artículo 95 de la Ley se realizará también, dentro del término legal señalado, a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

La declaración de terminación unilateral del contrato se realizará mediante resolución motivada emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito al INCOP, al contratista; y al garante en el caso de los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley.

La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP. En la resolución de terminación unilateral del contrato se establecerá el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato; requiriéndose que dentro del término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de terminación unilateral, el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de terminación del contrato conforme a la liquidación practicada y en la que se incluya, si fuera del caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado. En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago”.

garante. También se establece que la mencionada resolución de terminación deberá establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato, para que dentro del término de diez días el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados. En el caso de no hacerlo, surge el derecho de la entidad contratante de pedir al garante que, dentro del plazo de 48 horas, pague las garantías otorgadas.

Es decir, el mencionado reglamento estableció un procedimiento para la terminación unilateral del contrato, que, como todo acto administrativo, debe cumplir todos los requisitos que la ley establece para que sea válido y eficaz, respetando los derechos constitucionales y legales del administrado y del garante, entre ellos, el derecho al debido proceso, que en materia administrativa tiene por finalidad que las actuaciones administrativas sean justas y no lesionen a los ciudadanos.^{61 62}

Si bien es cierto que, al final de cuentas, no se pudo cambiar el texto de la ley, se reguló en gran medida el procedimiento para la ejecución de las garantías, gracias a una gestión oportuna (lobbying) por parte del sector afianzador del país, que en la praxis da a la aseguradora el tiempo necesario para que se provea de los fondos respectivos de sus

⁶¹ Considero que se violaba el derecho al debido proceso, pues la ley no prevé la notificación al garante, lo cual lo dejaba en estado de indefensión, porque se limitaba el ejercicio de sus derechos de defensa, especialmente del derecho a ser oído, ya que el legislador consideraba que el garante solo debía ser requerido para el pago de la garantía y solo tenía un derecho de reembolso contra el contratista.

⁶² 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

reaseguradores y ejerza sus acciones de repetición, y, sobre todo, no quede en estado de suspensión de actividades.

3.6 CARACTERÍSTICAS Y PECULIARIDADES DE LA FIANZA QUE OTORGAN LAS ASEGURADORAS MEDIANTE PÓLIZA DE SEGURO EN EL ECUADOR

3.6.1 .La especialidad de la actividad aseguradora.

Conjuntamente con el sometimiento a la Superintendencia de Bancos como organismo de control en el art. 43 de la ley que dice que “ La empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Bancos, para otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por ley”. Como la obligación del afianzado de entregar contragarantías.

La irrevocabilidad de la póliza de seguro

Al indicar la ley que: “La falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía.” También podrá convenir que en caso de que los beneficiarios del sector público, ordenen la renovación de las garantías, las primas correspondientes sean pagadas por éstos, con cargo a los valores que tengan retenidos a sus contratistas.

La empresa de seguros podrá convenir que el pago de la prima por la emisión o renovación de la póliza, lo realice el solicitante, el afianzado o el asegurado.

3.6.3 El recibo o factura de prima

Debidamente certificado por la empresa de seguros, constituye título ejecutivo. Tal vez el legislador con buen sentido de alguna forma quiso equilibrar la irrevocabilidad del seguro, robusteciendo a las facturas que se emiten por las pólizas y sus renovaciones como títulos de ejecución que permitan al asegurador una pronta recuperación del precio del seguro como contraprestación del riesgo asumido.

En conclusión fruto de la naturaleza accesoria de la póliza de seguros, el afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas. Es decir, se encuentra ligado a la vigencia de la póliza con la obligación a la que ampara para impedir en todo momento que la misma quede sin cobertura con excepción como se verá más adelante, en el caso de que no haya sido solicitada su renovación dentro de la vigencia de la cobertura como lo dispone el art. 45 de la ley.

3.6.4 El límite de la responsabilidad del asegurador

En el mismo artículo se indica: “La responsabilidad de la empresa de seguros no excederá de la suma máxima asegurada indicada en la póliza o sus anexos”. Y, que “en ningún caso la empresa de seguros podrá obligarse a más de lo que deba el afianzado.” De igual manera, el riesgo asegurado deberá constar en forma clara y determinada sin que pueda extenderse la cobertura a otras obligaciones que por ley o contrato tenga el afianzado.

3.6.5 Demostración del Siniestro

En los casos establecidos en la Ley o el contrato”, “para el cobro de la fianza, el asegurado deberá proceder de acuerdo con lo que la ley, la obligación principal y la póliza establezcan en lo pertinente a notificación y trámite. Es decir, la ley obliga al beneficiario a demostrar el siniestro mediante la presentación de prueba documentaria, por lo que nuestro legislador no se alejó del principio de accesoriadad sino más bien lo reconoció conforme a los siguientes términos “...Se adjuntarán los documentos que acrediten el incumplimiento en lo que se refiera a la obligación afianzada, así como a la naturaleza y monto del reclamo”.

3.6.6. La terminación del contrato

Tanto en la parte probatoria de la extinción como hechos que dan lugar a dicha terminación, como causas extintivas de la “responsabilidad de la empresa, “así como lo expresa el Art. 45” , la responsabilidad de la empresa de seguros termina: Por la suscripción del acta que declare extinguidas las obligaciones del afianzado o contratista; o por el vencimiento del plazo previsto en el contrato principal. Por la devolución del original de la póliza y sus anexos, por el pago de la fianza. Por la extinción de la obligación afianzada; por no haberse solicitado la renovación de la póliza o la ejecución de las fianzas, dentro de su vigencia; y por las causales señaladas en la ley.

3.6.7. La presentación de excepciones

Tal como lo dispone el art. 46 “ La empresa de seguros podrá oponer como excepciones todas aquellas que por ley y los contratos pueda plantear el afianzado “

3.6.8. La concesión del legislador del derecho de reembolso

De naturaleza muy similar al derecho de reembolso, contemplado en el art. 2272 del Código Civil ⁶³ pero con efectos más amplios que el derecho del asegurador en la legislación sobre el contrato de seguro. En el caso del seguro de fianza, el legislador no se limitó a la acción subrogatoria, como en los demás seguros, sino que le otorgó el carácter de título ejecutivo a la póliza, en el caso de una indemnización del contrato de seguro de fianza, dotándole ejecutividad al título como a la obligación y permitiendo que el ejercicio de la acción de reembolso se tramite en la vía “ejecutiva”.

Así lo reconoce el Art. 47 de Ley General de Seguros, en los siguientes términos “El asegurador tendrá acción contra el afianzado para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aun cuando dicho pago haya sido ignorado o rechazado por éste. Para este efecto, la póliza en la que conste haberse efectuado el pago o el recibo de indemnización, constituirá título ejecutivo”.

Es decir, como lo hemos visto, el legislador no solo que destinó un capítulo en la ley, al seguro de fianza, sino que reguló ciertas características propias de su

⁶³ Juan Larrea H, señala que la doctrina ha distinguido dos acciones al fiador civil que ha pagado, la de reembolso, fundada en la equidad y la de subrogación de los derechos del acreedor, que en teoría se distinguen pero en la práctica no hay mayores diferencias, obra citada, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, t. IV, pág. 288.

naturaleza jurídica que lo diferencian substancialmente de los demás seguros, estableciendo así su propio régimen legal.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES CAPÍTULO III

De dicho régimen podemos establecer las siguientes conclusiones en cuanto a la especial naturaleza de la figura jurídica en cuestión.

1. Que se trata de una forma de Garantía de una deuda ajena.
 2. Especial atención merece la relación contractual entre el contratante del seguro de fianza, que es el afianzado dentro de la relación triangular que existe en esta figura, quien contrata la póliza de seguro para amparar a un tercero en el cumplimiento de sus obligaciones. Desde el punto de vista del asegurador, éste contrae una obligación para amparar el cumplimiento de otra obligación a cargo del afianzado. Esto fortalece la posición de cumplimiento del afianzado ante su acreedor que frente al asegurador le asiste una acción directa para ejecutar la póliza de seguro ante el incumplimiento culposo del afianzado, por lo menos en apariencia, por lo que se trata de una garantía que ampara deudas ajenas, en virtud de la función caucional de la póliza de seguro. El contrato no se extingue por falta de pago de la prima.
 3. En los seguros generales, el pago de la prima es una obligación del solicitante del seguro y su incumplimiento produce la terminación del contrato. En el
-

seguro de fianza, por la características propias de la irrevocabilidad, incluso la falta de pago de la prima no produce extinción del contrato, ni la responsabilidad de pago del aseguradora por lo que ésta no puede oponer como excepción la falta de pago de la prima por parte del afianzado para no atender el requerimiento de cobro del asegurado. ⁶⁴

4. En las pólizas del sector público, hay que señalar que debido a su carácter de irrevocable, es obligación del contratista mantener vigentes las garantías, por lo menos con cinco días de anticipación a la terminación de vigencia de la póliza originalmente emitida.

5. Ejecutividad de la Póliza y del Recibo de prima: El régimen de fianzas en nuestra legislación constituye como título ejecutivo a la póliza de seguro o al recibo de indemnización, que acredite el pago efectuado por el asegurador.⁶⁵ La anterior Ley de Contratación Pública, establecía que la certificación sobre el hecho de haberse honrado la garantía constituye título ejecutivo para que el

⁶⁴ Art. 17.- El solicitante del seguro está obligado al pago de la prima en el momento de la suscripción del contrato. En el seguro celebrado por cuenta de terceros, el solicitante debe pagar la prima, pero el asegurador podrá exigir su pago al asegurado, o al beneficiario, en caso de incumplimiento de aquel

⁶⁵ Título Ejecutivo el que trae aparejada ejecución, o sea, aquel en virtud del cual cabe proceder sumariamente al embargo y venta de bienes del deudor moroso, a fin de satisfacer el capital o principal debido, más los intereses y costas. Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, t. VIII, Pág. 105.

asegurador pueda repetir el pago contra el contratista incumplido. El régimen de fianzas extiende la ejecutividad del título a las pólizas del sector privado.⁶⁶

6. Es decir, conforme a lo expresado por el legislador, la acción de reembolso propia del asegurador de fianzas, se convierte en ejecutiva cuando se cumple con la certificación en la póliza o en el recibo de indemnización por el asegurado⁶⁷

7. Dentro de las singularidades propias de esta figura se destaca la ejecutividad del título y de la obligación del afianzado, cuando el asegurador ha honrado su garantía y cuando no se le han cancelado, por parte del afianzado, las primas, conforme lo dispone esta ley especial.⁶⁸

⁶⁶ Art. 47.- El asegurador tendrá acción contra el afianzado para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aún cuando dicho pago haya sido ignorado o rechazado por éste. Para este efecto la póliza en la que conste haberse efectuado el pago o el recibo de indemnización, constituirá título ejecutivo. Codificación 11, Registro Oficial Suplemento 58, 12/JUL/2005, Código de Procedimiento Civil.

⁶⁷ Art. 347.- En el juicio ejecutivo, son solemnidades sustanciales: 1. Haberse aparejado a la demanda título ejecutivo; y, 2. Sustanciar las excepciones que se propongan dentro del respectivo término. El hecho de no ser ejecutiva la obligación será materia de excepción y, consiguientemente, resuelta en la sentencia. Codificación 11, Registro Oficial Suplemento 58, 12/JUL/2005 Código de Procedimiento Civil.

⁶⁸ Art. 413.- Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos ante juez o notario público; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos. Codificación 11, Registro Oficial Suplemento 58, 12/JUL/2005, Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO IV

EJECUCIÓN DE LA PÓLIZA DE FIANZA EN EL SECTOR PÚBLICO

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece un trámite de terminación unilateral del contrato, que entre otros aspectos estipula un término de 10 días, luego de la notificación, para que el contratista justifique la mora o su incumplimiento. Con dicha notificación, se remitirán los informes técnicos y económicos, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista, que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato. De producirse aquello, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que deberá ser comunicado por escrito al contratista y se publicará en el Portal de Compras Públicas. Dicha resolución, como lo señala la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 95, no es impugnabile, ni podrá suspenderse por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso-administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora en el cumplimiento de sus obligaciones económicas, en el caso de que el anticipo que se les fuere entregado en virtud del contrato, no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la entidad contratante, cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

4.2 EFECTOS

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a:

1. Establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable.
 2. A ejecutar las garantías de fiel cumplimiento.
 3. Si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustado hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez días(10 días) para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no se efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.
-

4. Si bien es cierto, se debería notificar con la iniciación del proceso de terminación unilateral también al garante; la ley dispone que la resolución de terminación debe publicarse en el portal COMPRAS PÚBLICAS, que da mayor publicidad al procedimiento y puede ser conocido por la aseguradora, en el caso de que el contratista no comunique el inicio de la misma. Se establece en cierta forma un derecho subsidiario del garante, puesto que sólo deberá pagar en el evento de que el contratista incumplido no lo haga en diez días, para el caso de la garantía de buen uso.

4.3 REFORMA A LA LEY GENERAL DE SEGUROS:

Al final de la ley comentada, se incorpora una disposición general, que expresa que las pólizas de seguro deben ser “**incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato**”, pese a lo cual, la propia ley, por tratarse de una garantía “accesoria” al cumplimiento de un contrato público, para su ejecución, debe cumplirse con el procedimiento administrativo previo de terminación unilateral, el cual preveía la presentación de informes técnicos, económicos y jurídicos sobre el cumplimiento del contrato; inclusive en algún momento la presentación de la demanda del contratista podía suspenderlo, y permitían alegar la mora igualmente, con lo cual, en cierta forma se atemperaba el criterio doctrinario y del medio reasegurador, de que la garantía que se otorgaba en nuestro país era “GARANTIA DE PRIMER REQUERIMIENTO”.

La ley dispone el pago del “valor del seguro contratado dentro del término de cuarenta y ocho horas” siguientes al pedido de ejecución.

Textualmente la disposición dice lo siguiente: “PRIMERA.- El último inciso del artículo 42 de la Ley General de Seguros, dirá:

"Tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las empresas de seguros deben emitirlas cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del término de cuarenta y ocho horas (48horas) siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.

Queda prohibido a las compañías aseguradoras en el caso de las mencionadas pólizas giradas en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, exigir al asegurado, para el pago de la garantía, documentación adicional o el cumplimiento de trámite administrativo alguno. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar al establecimiento de las sanciones respectivas por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones".

Con esta reforma a la Ley General de Seguros, se causaba un enorme perjuicio, a criterio de las compañías aseguradoras, que emiten fianzas en el mercado ecuatoriano, a los contratistas que intervienen directamente en la Contratación Pública,

Las condiciones para acceder a la emisión de tales garantías no solo encarecerían las mismas, sino que se dificultaría su otorgamiento, por la brevedad del término impuesto por la ley para su ejecución, que pondrán mucho más rígidas las exigencias de contragarantías para su emisión para los solicitantes de las pólizas de seguros, tornándose casi imposible su cumplimiento, sobre todo para los contratistas pequeños que constituyen la gran masa de profesionales de la construcción, consultoría y provisión de bienes y servicios. Esta disposición establece un término para pagar las garantías en 48 horas siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario requieran la ejecución.

Por lo expuesto, la nueva ley traía nuevas reglas en materia de ejecución de garantías otorgadas por compañías de seguros, distintas a las que rigen la especial de la materia, es decir, la Ley General de Seguros expedida en el año 1998 y a la anterior Ley de

Contratación Pública, entre estos prácticos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tenemos los siguientes puntos:

- Sustitución del término de 48 horas, por un plazo de 45 días contados a partir del requerimiento de ejecución de la respectiva garantía.
 - Contemplar en la ley, una garantía de buena calidad y pago de multas independiente a la garantía de fiel cumplimiento, pues la concentración en una sola garantía de todos los riesgos encarecería enormemente los costos de primas para el contratista sin perjuicio de considerar que la mayoría de los reaseguradores por políticas de suscripción son adversos al criterio de unificar riesgos y particularmente asumir riesgos relacionados con multas y penalidades contractuales conjuntamente con las demás obligaciones contractuales.
 - Contemplar la notificación al garante (entendiéndose a los que emiten garantías al tenor de los numerales 1 y 2 del artículo 73) antes de proceder a la terminación unilateral prevista en el artículo 95 de la mencionada ley, con la finalidad de que las aseguradoras o los bancos tengan conocimiento de la situación del contrato que han garantizado cuando al tomar las medidas legales
-

necesarias contra el contratista que pudiere llegar a ser sancionado con la terminación anticipada del contrato.⁶⁹

En mi criterio dicha notificación es fundamental para el ejercicio de los derechos del garante, que debía conocer su situación procesal desde el momento mismo del inicio del procedimiento administrativo de terminación unilateral del contrato, que se debía iniciar contra el contratista incumplido previo el requerimiento de pago de las garantías.⁷⁰

4.4 EL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

Por su parte, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del 12 de Mayo del 2009, que en su artículo 146, regula el procedimiento de la notificación de la terminación unilateral del contrato,

⁶⁹ Según la actual Constitución de la República, el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, sometida a un nuevo paradigma constitucional, en el cual la Carta Magna deja de ser un programa político y se convierte en una norma jurídica directamente aplicable y constituye fuente de todo el ordenamiento jurídico, sin depender de la existencia de leyes para su aplicación.

Así, pues todo el ordenamiento deberá regularse desde la Constitución mediante la efectiva aplicación en forma directa ella, no solo para resolver problemas o conflictos de los poderes del Estado sino también para resolver los conflictos entre particulares.

La aplicación directa de la Constitución implica que los jueces y todos los operadores jurídicos deben tomarla como una regla de decisión tal como lo señala la Corte Constitucional. Esta nueva forma de Estado, dogmáticamente llamada "Neoconstitucionalismo" implica a breves rasgos: 1. El reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2. La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica y, 3. El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de Derecho.

procedimiento indispensable para ejecutar las garantías materia de nuestro estudio, textualmente dice lo siguiente:

“Artículo 146.- Notificación de terminación unilateral del contrato.- La notificación prevista en el artículo 95 de la Ley se realizará también, dentro del término legal señalado, a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

La declaración de terminación unilateral del contrato se realizará mediante resolución motivada emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito al INCOP, al contratista; y, al garante en el caso de los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley.

La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP. En la resolución de terminación unilateral del contrato se establecerá el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato; requiriéndose que dentro

del término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de terminación unilateral, el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de terminación del contrato conforme a la liquidación practicada y en la que se incluya, si fuera del caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado. En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del término de 48 horas contadas a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago”.

La disposición antes referida contempla la obligación, por parte de la entidad pública, de notificar la terminación unilateral del contrato, que da origen a la ejecución de las garantías, dentro del término legal señalado, a los bancos o instituciones financieras o aseguradoras, que hubieren otorgado las garantías. Para cuyo efecto, junto con la notificación se **deberá remitir copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes a las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.**

La declaración de terminación unilateral deberá realizarse mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la entidad que igualmente deberá comunicarse al

garante. El mencionado artículo, igualmente establece que la mencionada resolución de terminación deberá establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato, para que dentro del término de 10 días el contratista pague a la entidad contratante, los valores adeudados. En caso de no hacerlo, surge el derecho de la entidad contratante, para pedir al garante, que dentro del término de 48 horas, pague las garantías otorgadas. Es decir, el mencionado reglamento ha establecido un procedimiento para la terminación unilateral del contrato, que se origina en un acto administrativo, como es la terminación unilateral del contrato, que debe cumplir todos los requisitos que la ley establece para la validez y eficacia del mismo, respetando los derechos constitucionales y legales del administrado y del garante, entre ellos, el derecho al debido proceso, que en materia administrativa, tiene por finalidad que las actuaciones administrativas sean justas y no lesionen a los ciudadanos.⁷¹

Esta reforma fue también comunicada a la Superintendencia de Bancos y Seguros, organismo técnico de vigilancia y control de las actividades y servicios que las compañías aseguradoras en el Ecuador, para que aplique las garantías constitucionales, amparadas en la mencionada Carta Magna y no se vulneren los derechos constitucionales de los administrados por parte de las entidades públicas que irrespetan el procedimiento administrativo, contemplado en la Ley Orgánica de Contratación

Pública y su Reglamento General, ni se vulneren los derechos al debido proceso de las aseguradoras que emiten fianzas en el Ecuador; cuando no se cumplen por parte de las entidades públicas los requisitos mínimos que exige la ley para proceder a la ejecución de las mencionadas garantías, sin observar las garantías constitucionales y las referidas disposiciones legales.⁷²

⁷² Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. Las superintendencias serán dirigidas y representadas por las superintendentes o superintendentes. La ley determinará los requisitos que deban cumplir quienes aspiren a dirigir estas entidades. Las superintendentes o los superintendentes serán nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana.

CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO IV

Por lo expuesto, podemos concluir, que la actual ley aclaró los siguientes aspectos:

- Que las compañías de seguro que ejercen la actividad afianzadora deben someterse al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, a las normas que dicte este organismo como parte del intervencionismo estatal en las actividades relacionadas con seguros de tipo profesional y naturaleza mercantil.

- Quienes ejercen la actividad aseguradora y especialmente la relacionada con la emisión de fianzas, mediante pólizas de seguro deben observar normas de control como las señaladas en los artículos 21 y 22 de la Ley General de Seguros dentro del capítulo sobre las normas de prudencia técnica financiera señala que las empresas de seguros deben constituir reservas técnicas y tener un adecuado margen de solvencia que les permita operar, para lo cual la Superintendencia de Bancos deberá controlar el cumplimiento de estas disposiciones.⁷³

⁷³ SIGLITZ menciona por ejemplo que la empresa aseguradora es aquella que ejerce con carácter profesional una actividad científicamente organizada. Señalando además que esa actividad continúa debe ser efectiva, repetida y organizada. Sostiene que la referida actividad debe fundarse en criterios técnicos cuya eficacia se haya condicionada a la más amplia masa de riesgos, Derecho de Seguros T. I, pág. 28 Abeledo-Perrott, 3ra. Edición.

- Que es una actividad propia de las aseguradoras profesionalmente dedicadas a la suscripción de riesgos la que permite el desarrollo del seguro de fianza como contrato con sus peculiaridades propias que difieren con los demás seguros pues no hay que olvidar que desde el estudio del riesgo hasta el pago de la indemnización hacen de este contrato su especialidad.
 - El seguro de fianza es un contrato de garantía sujeto a las técnicas de suscripción propias y el manejo de la actividad hacen que las pólizas de seguro de fianza se vean influidas notoriamente por la técnica de los seguros generales. Dichas técnicas de suscripción están dirigidas al análisis objetivo y subjetivo del riesgo que se sustentan en varios principios como: El análisis de la persona del contratista en todo lo relativo a la honradez y eficacia del afianzado, generalmente empresas constructoras para lo cual se analiza memorias, balances empresariales y personales, cuentas de ganancias y pérdidas e informes de terceros. Así como la capacidad del contratista (es decir, la experiencia profesional) y los riesgos que se excluyen del riesgo corresponden a dos grupos: Riesgos de fuerza mayor, como inundación, terremoto, huracán, etc., y riesgos políticos, como guerra, guerra civil, revolución, rebelión, insurrección, huelga, etc.
-

En resumen, el texto de la ley establecía el pago de las garantías en el término de 48 horas, para lo cual es necesario cumplir con un procedimiento establecido en el Reglamento General, que establece los requisitos para la ejecución de las garantías, respetando el principio del debido proceso y que en la praxis da a la aseguradora el tiempo necesario para que se provea de los fondos respectivos de sus reaseguradores y ejerza sus acciones de repetición, y sobre todo no quede en estado de suspensión de actividades.

CASO PRÁCTICO. EJECUCION DE GARANTIAS EN EL ECUADOR

1.- ANTECEDENTES

El caso analizado es sobre una empresa contratista constituida en el Ecuador el 4 de diciembre 1998, para la prestación de servicios petroleros, con el soporte de una empresa dedicada a la exploración de petróleo y gas con sede en **Houston Texas**, el cual suministra los equipos requeridos por el beneficiario, comprometiéndose a transferir su tecnología, experiencia y conocimientos de operación para con ellos, dicha empresa presenta su oferta a Petroproducción, que es una empresa pública de petróleos, para la prestación de servicios integrados y perforación de pozos horizontales, direccionales y verticales con uno a tres equipos en el distrito amazónico por dos años, por el valor de \$ 30.117.099.33.

Para el mes de agosto se realiza la inspección en sitio del equipo en donde se manifiesta que el taladro de perforación Rig 800, cumple con lo solicitado en la invitación a cotizar, **y es así que el día 27 de agosto 2008 fue adjudicado el contrato.**

Con fecha 23 de Septiembre 2008 la empresa contratista firma el contrato No. **2008056 con Petroproducción**, para la prestación de servicios de perforación de pozos horizontales, direccionales y verticales con un equipo en el distrito amazónico, con una vigencia de 2 años por el valor de \$.30.090.734.01 habiendo presentando las respectivas garantías.

2.- DESCRIPCION DEL SINIESTRO:

En septiembre de 2008 el huracán IKE topa tierra por Galvenston ocasionando a más de la destrucción de esta ciudad costera, lluvias torrenciales y otros daños, este fenómeno provocó que las autoridades de Texas ordenaran la evacuación de algunos condados entre ellos Harris que es donde se encontraban los equipos de perforación para ser embarcados.

El 1 de octubre 2008, una vez que se puede acceder a los patios donde se encontraban los equipos, **el cliente** contrata una inspección de daños, el informe se obtuvo con fecha

18 de octubre del 2008, donde se indica que los equipos tenían avería, inmediatamente se ordena la reparación de los mismos.

El día 17 de noviembre 2008 la empresa contratista notifica a Petroproducción, haciéndole conocer el hecho de fuerza mayor acontecido y de los efectos causados por el mismo acompañando los documentos justificativos de inspección y evaluación de los daños contractuales.

Petroproducción comunica a la contratista que su solicitud de calificar como fuerza mayor por una serie de eventos acaecidos en Houston es improcedente, por cuanto la solicitud de fuerza mayor o caso fortuito debe presentarse en un tiempo no mayor de 30 días calendario de ocurrido el siniestro, de acuerdo a la cláusula contractual.

La contratista presentó, un recurso protección constitucional en contra del acto de terminación unilateral del contrato por considerar dicho acto no guarda conformidad con las previsiones de la Ley y por considerar que afecta derechos garantizados por la Constitución.⁷⁴

⁷⁴ El recurso ordinario de protección, Art. 88 CONSTITUCION.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación

RESOLUCION JUDICIAL

La Corte Superior, resuelve en apelación y en forma definitiva la acción de protección constitucional, dictando su fallo en resumen de la forma siguiente: ⁷⁵

1. Un hecho de fuerza mayor es un acontecimiento imprevisto, imposible de ser detenido o remediado, EL Art.30 del Código Civil que establece como similares al caso fortuito y a la fuerza mayor , manifiesta que es el imprevisto que no es posible resistir , como un naufragio o un terremoto y esto por más que la tecnología haya logrado progresos, pueden evitar sus consecuencias de manera muy limitada, pero no impedirse que acaezca , porque con tal concepto simplemente ya no existiera la fuerza mayor.

LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Capítulo III, Acción de protección, Art. 39.- Objeto.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

⁷⁵ CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES, en el Juicio Garantías Constitucionales No. 17112-2009-0394

Es verdad es que el contrato fue suscrito con posterioridad al hecho del inicio del huracán, pero sus consecuencias no podían prever ninguna de las dos partes suscriptoras del contrato. Por todo ello es que el Art.163 ibídem añade que el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora.

2. La cláusula décima segunda del contrato se refiere a multas y sanciones y en el numeral 2 establece que en el caso de que la contratista no inicie las operaciones por falta de equipos de perforación, partes del mismo, tramites de aduana, etc., será aplicada una multa equivalente a 35.000 dólares diarios. La cláusula 7.1C establece que para la terminación unilateral del contrato es causa suficiente que las multas lleguen al 20% del monto total del contrato, es decir el valor USD 30090.734,01 determinado en la cláusula novena del contrato. En consecuencia al imponerse la sanción administrativa de mayor gravedad se ha atentado contra el principio constitucional de la debida proporcionalidad ente las infracciones y las sanciones penales o administrativa consagrado el en Art.76 numeral 6, de la Constitución de la República.

3. Por otra parte al poner en duda un hecho de fuerza mayor conocida y reconocida, según el cual el deudor no es responsable en tales circunstancias, conforme a lo analizado anteriormente, se ha atentado contra el derecho a la seguridad jurídica, consagrando en el Art.82 de la Constitución de la República que se fundamenta en

la aplicación de normas previas, claras y publicas a ser aplicadas por las autoridades competentes.

4. Según la corriente del neo constitucionalismo vigente en la actualidad y consagrado entre otras normas en el Art.11 numeral 3 de la Constitución de la República, los derechos y garantías establecidos en la Constitución son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte.

Sobre el principio de aplicación directa con relación al neo constitucionalismo, Paolo Comanducci explica *“El neo constitucionalismo, como teoría del derecho, aspira describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neo constitucionalismo está caracterizado, además por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia de la Constitución de principios y reglas y por algunas peculiaridades de la interpretación y a la aplicación de la ley).*

5. Por lo demás, el título Noveno de la Constitución relacionado a la supremacía de la Constitución establece en el Art.424 que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra de ordenamiento jurídico. El Art.427 ibídem añade que las normas constitucionales se interpretan por el tenor literal que más se ajusta a la Constitución en su integral.

En caso de duda, se interpretaran en el sentido que más favorezcan a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete a la voluntad del constituyente. Por las consideraciones analizadas, tomando en cuenta que se han vulnerado derechos reconocidos en la Constitución de la República, se acepta el recurso de apelación formulado por el accionante, se revoca el fallo venido en grado y se acepta la demanda, en cuya virtud se declara sin efecto el acto administrativo y sus consecuencias.

CONCLUSIONES GENERALES:

Se puede concluir que el seguro de fianza es : una nueva modalidad de garantía que se desenvuelve dentro del marco de la actividad propia del asegurador, pero que se aleja de los principios generales de los demás seguros, particularmente por su función “caucional”, propia de las garantías, por las siguientes razones:

1. Por su antecedente histórico. Que lo encontramos en Roma, cuna de la fianza donde aparecieron en distintas épocas, variadas formas de garantías con la finalidad de satisfacer distintas necesidades y que son sin duda los antecedentes de las garantías modernas e incluso en muchos casos las que existen en la actualidad. En la antigua Roma existieron distintos tipos de fianzas como: la fianza simple, la fianza solidaria, el compromiso abstracto y
-

la garantía autónoma. Luego con el paso de los siglos, apareció el afianzador profesional que hizo de su actividad, mediante el cobro de una comisión, no solo onerosa y mercantil sino analítica y selectiva en cuanto a la naturaleza de los riesgos que ampara, mediante criterios universales de suscripción.

2. A su reconocimiento legal. Nuestra legislación reconoció al seguro de fianza mediante la expedición del Decreto Supremo No. 679 publicado en el R.O. 159 el 27 de Agosto de 1976 con la nueva Ley de Licitaciones, en su art. 13 establecía a la póliza de seguro “*incondicional, irrevocable y de cobro inmediato*” como garantía de fiel cumplimiento y que de conformidad con el art. 17 podía ser rendida para amparar el buen uso de anticipo, hasta que finalmente la Ley General de Seguros del año 1998 estableció por primera vez un régimen de fianzas otorgadas por compañías de seguros destinando un capítulo para regular ciertos aspectos prácticos de la aplicación de esta figura, constituyéndola como una nueva modalidad de garantía mediante póliza de seguro. Por lo tanto, en nuestro país, es una figura jurídica TÍPICA.

No hay duda que la fianza tradicional es de suma utilidad para el deudor en la praxis, para conseguir un crédito, que sería imposible sin la fianza. Similar apreciación se podría hacer, en el caso de la función del seguro de

fianza como una de las formas de garantía establecida en la Ley de Contratación Pública, que facilita al oferente y al contratista el cumplimiento de sus obligaciones por medio de un contrato de garantía: El Seguro de Fianza, está llamado a amparar obligaciones ajenas, a reforzar la contratación y a proteger el cumplimiento de las obligaciones; tiene una trascendencia y utilidad muy grande a favor de instituciones públicas y privadas

3. En la existencia del afianzador profesional, la empresa de seguros, es el sitio de desarrollo adecuado de carácter económico, financiero y jurídico del seguro de fianza, llamada a proteger o hacer efectiva la protección contra el incumplimiento de obligaciones, distintas a las que asumen riesgos de daños a bienes o patrimoniales, de allí el carácter de empresas especializadas, que matizan el fruto de dicha actividad, el contrato de fianza como MERCANTIL.

Hay que recalcar que en la explotación comercial de los riesgos que hacen los aseguradores, no existe, sino el pago de la prima para que puedan asumirse tales riesgos. La prima es parte esencial del seguro, sin ella no hay contrato y peor actividad profesional por medio del cual las partes contratantes, el afianzado y el asegurador obtienen mutuo beneficio. De allí su característica como contrato ONEROSO.

La relación entre el afianzador y el asegurador es UNILATERAL netamente caucional, pues éste se obliga a pagar la póliza de seguro ocurrido el siniestro proporcionalmente, en mayor obligación por parte del asegurado de presentar la póliza de seguro con ciertos documentos probatorios del mismo. Mientras que la relación del asegurador con el afianzado es BILATERAL en virtud de la relación riesgo-prima y de la naturaleza mercantil del contrato.

Considerando a que las prestaciones se miran como equivalentes y es posible calcular el valor de las mismas mediante la relación cumplimiento con la prima, teniendo en cuenta su análisis técnico por medio de una suscripción profesional especializada, hace del incumplimiento obligacional o contractual una posibilidad cada vez más remota, alejada del “ alea ”, tanto más que con la viabilidad de la acción de reembolso es posible subsanar las pérdidas ocasionadas por el pago del siniestro, por lo que se considera una actividad en la que técnicamente no deben haber “pérdidas”, hacen el contrato CONMUTATIVO.

Es fundamental que en la fianza exista una deuda cuya seguridad se cauciona y es básico porque no existiría tal, si no hubiera obligación principal que garantizar. Al igual que nuestra póliza que depende de un contrato o la

ejecución de obligaciones, (con excepción de las garantías llamadas autónomas o abstractas que dependen de la voluntad del ejecutante) es un contrato ACCESORIO.

Sin embargo, para la doctrina consultada; dicha accesoriedad puede ser graduada o atenuada; no en relación a la existencia de la obligación principal, sino en cuanto a la “*presunción*” de su incumplimiento en determinados casos por voluntad de las partes contratantes para favorecer la rapidez en el pago del siniestro, propio de los negocios en el comercio, frente a la lentitud del sistema judicial y al cumplimiento de formalidades procesales que implicaría demandar el cobro de la garantía, lo que tornaría poco práctica a la póliza de seguro frente a las demás formas de garantía.

Como todo contrato de seguro, el de fianza, es de Tracto Sucesivo o ejecución continuada, pues las obligaciones se ejecutan en el transcurso del tiempo, aunque se subdividan en periodos para facilitar el pago de la prima o por disposición de la ley.

La doctrina nacional señala, entre los atributos del contrato de seguros, el ser SOLEMNE, por cumplir ciertas formalidades esenciales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto, pues el seguro de fianza se perfecciona y

prueba mediante la póliza y ésta a su vez necesita ser aprobada por el organismo de control, como manifestación del intervencionismo estatal en determinadas actividades mercantiles como el seguro.

Por otro lado, no hay que olvidar que desde el punto de vista de su reconocimiento legal y debido a su particular naturaleza, la mayoría de las legislaciones no estipulan expresamente, pero reconocen como un tipo de seguro o una modalidad de fianza, por la necesidad de sustituir la entrega de dinero que ha surgido en el mundo comercial como nueva forma de garantía para reforzar el crédito conjuntamente con las cauciones típicas civiles y mercantiles. Frente a las figuras típicas tradicionales (especialmente la fianza) hoy se conocen nuevas formas, con la misma finalidad “*caucional*” pero con distintos mecanismos de ejecución; entre ellas, el seguro de fianza. En el caso de las garantías otorgadas por aseguradores correspondientes en el Ecuador, la ATIPICIDAD, fue superada por la ley del año 1998, de tal suerte que más que calificar a esta figura como seguro, hay que analizarla desde la perspectiva de que es una garantía NO TRADICIONAL o UNA NUEVA FORMA de garantía reconocida por nuestra legislación de seguros.

Otra situación se presenta con los llamados pactos de “*primer requerimiento*” que desnaturalizan la póliza de seguro transformándolas en

nuevas formas de garantías, éstas sí atípicas, porque no se encuentran regladas en nuestra legislación y peor definidas. Sin embargo, como anota la doctrina española “la existencia” en el mercado de fianzas que incorporan cláusulas a primer requerimiento, no implica que pierdan su carácter accesorio, siendo éstas un simple mecanismo de reclamación, o un indicio de la posible existencia de una garantía abstracta.

4. A la función caucional del contrato. No es otra que servir de garantía para amparar obligaciones y superar los inconvenientes prácticos de la entrega de una caución real, en dinero o valores, por lo costoso de la inmovilización del dinero o los valores entregados.

Dicha función tiene por finalidad eliminar la subsidiaridad del seguro de fianza y es su principal característica, pues permite definir su naturaleza jurídica, apartándolo de los seguros generales y acercándolo a las nuevas formas de garantía admitidas en el derecho mercantil. Por ello, la relación entre el asegurador y el asegurado es “*unilateral*” influenciada por la naturaleza propia del contrato de seguro que demanda del asegurado el cumplimiento de ciertas obligaciones relacionadas con la prueba del perjuicio como su valor.

5. Al origen del riesgo. Estimo que la distinción fundamental está en el origen del riesgo que se asume; mientras en el seguro general se amparan eventos que provienen de “*caso fortuito y de fuerza mayor*”, en el seguro de fianza, se ampara el daño que puede sufrir en su patrimonio el acreedor ante un incumplimiento de su deudor de alguna obligación que tiene su origen en la ley, el contrato o disposición judicial. Mientras en el primero, el caso fortuito y la fuerza mayor son fuente de protección, en el segundo por lo general, más bien se excluyen de los amparos. En el seguro de fianza se busca proteger ante un incumplimiento culposo del afianzado; el seguro general, de acuerdo a lo que dispone nuestra legislación, el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables. En cambio, por principio, en el contrato principal al que accede el seguro de fianza, las partes deben cumplirlo empleando la diligencia o cuidado de un buen padre de familia, caso contrario responden de culpa leve.

En tanto el seguro de fianza tiene por finalidad proteger al asegurado contra actos culposos del afianzado; el seguro general, en cambio, busca proteger al asegurado contra hechos de la naturaleza o accidentes producidos por el hombre, donde el factor “*alea*” es fundamental. En el seguro de fianza o las fianzas otorgadas por el asegurador, existe la finalidad no cubrir el “*alea*”, sino proteger el incumplimiento de normas o convenciones entre las partes, que comúnmente tienen su origen en la culpa leve, cuando se trata de

contratos y que también, por lo general, el caso fortuito y la fuerza mayor son causas eximentes de responsabilidad. Mientras en el seguro general se busca amparar el campo de lo “extracontractual”, la fianza del asegurador intenta amparar el campo de lo “contractual y lo normativo”. En ambas figuras, la finalidad es amparar riesgos que pueden causar daño en el patrimonio del protegido; pero el origen y la calidad de los mismos son distintos.

En el seguro general se excluyen los actos de la autoridad pública que pueden dar origen al siniestro. En la fianza del asegurador, en cambio, son los que configuran el siniestro (especialmente en las del sector público), pues será dicha autoridad que actuando en uso de sus facultades y investida por autoridad de la ley, la que mediante un acto administrativo declare incumplida la obligación amparada y ejecute la garantía.

Pero las diferencias de ambas figuras se dan, no solo en el origen del riesgo, sino también en su desenvolvimiento; así las modificaciones del mismo deben ser comunicadas por el asegurado al asegurador, pues no hacerlo sería una grave falta a las obligaciones del mismo y una exoneración a la responsabilidad del asegurador. De otro lado, la fianza del asegurador, cualquier modificación a la obligación principal amparada también trae consigo, una sanción contractual, salvo que se trate de alguna renovación por

el plazo de vigencia que normalmente se produce por la naturaleza de las obligaciones amparadas.

En consecuencia, nuestra figura jurídica excluye los riesgos naturales y políticos pues su ámbito de acción es lo normativo y contractual.

5. A su calidad de título ejecutivo. Dentro de las singularidades propias de esta figura, se destaca la ejecutividad del título y la obligación del afianzado, cuando el asegurador ha honrado su garantía y cuando no se le ha cancelado, por parte del afianzado, la prima, conforme lo dispone la ley, constituye una característica propia de la figura jurídica de nuestro estudio, en la parte
-

RECOMENDACIONES

2 **MERCADO ASEGURADOR.-** El mercado asegurador ecuatoriano a diciembre de 2010, de acuerdo a reportes de la Superintendencia de Bancos y Seguros, registra en su haber 49 compañías de seguros, lo que constituye una saturación del sector, pues en otros países como Colombia o Argentina que tienen un mercado de primas muy superior al ecuatoriano tienen proporcionalmente menos compañías que el nuestro, lo que da más estabilidad y solvencia al sistema. Se espera que con los nuevos mecanismos de administración de riesgos, de reservas técnicas y de capital adecuado, a la par que de la aplicación del artículo 312 de la Constitución que dispone que las instituciones del sistema financiero privado, sus directores y principales accionistas, no pueden ser titulares ni directa, ni indirectamente de acciones o participaciones en empresas ajenas a su actividad, tal es el caso de compañías de seguros, se produzca se robustezca el sector, con la venta de compañías vinculadas a este sector.

2.- FUNCION JURIDICA Y EMPRESARIAL DEL SEGURO DE FIANZA .-

En el plano jurídico corresponde al legislador tutelar los intereses confiados por el asegurado, en cuanto a la protección de su vida o de su patrimonio, para el asegurador, como “profesional del riesgo” debe preservar la confianza depositada por los actores del sistema, en este caso específico los asegurados, quienes participan en la denominada “inversión del ciclo de producción” como parte fundamental del sistema económico y social de un país. La empresa de seguros, es el sitio de desarrollo adecuado de carácter económico, financiero y jurídico del seguro de fianza, llamada a proteger o hacer efectiva la protección contra el incumplimiento de obligaciones, distintas a las que asumen riesgos de daños a bienes o patrimoniales, de allí el carácter de empresas especializadas, que matizan el fruto de dicha actividad, el contrato de fianza como MERCANTIL.

3.- FUNCIONAL CAUCIONAL DE LA POLIZA.- No hay que pasar por alto “*la función caucional*” del seguro de fianza, destacada por varios autores consultados, para explicar la finalidad de la póliza de seguro, que no es otra que servir de garantía para amparar obligaciones y superar los inconvenientes prácticos de la entrega de una caución real, en dinero o valores por lo costoso de la inmovilización del dinero o los valores entregados.

Dicha función apunta a eliminar la subsidiaridad del seguro de fianza y define su naturaleza jurídica apartándola de los seguros generales y más bien ubicándola como una forma de garantía admitida en el derecho mercantil, POR LO QUE RECOMIENDO SE INCLUYA ESTA FIGURA EN EL PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO o en un articulado especial de la LEGISLACIÓN SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO INCORPORADA AL MISMO.

4.- REFORMAS LEGALES.- Pese a que la Ley General de Seguros menciona que la póliza de seguro de fianza es un título ejecutivo, considero RECOMENDAR se incluya en el Código de Procedimiento Civil (artículo 413) y en Decreto Supremo 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 del 7-XII-1963 incorporado en el Código de Comercio, (artículo 9, crear numeral tercero), así como en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (artículo 146 último inciso), una especial mención:

“Que la póliza debidamente certificada por el beneficiario en el caso del seguro de fianza, constituye una especie de título ejecutivo”. Para destacar dentro de las singularidades propias de esta figura que hemos revisado en este trabajo, la ejecutividad del título y de la obligación del afianzado cuando el asegurador ha honrado su garantía contenida en la póliza de seguro de fianza”.

BIBLIOGRAFIA

1. BASTIN Jean, (1999) título original "Le paiement de la dette d' autrui" "El Pago de la deuda ajena", edit. PASA AFP,' pág. 25
 2. BENITEZ DE LUGO Reymundo (1955). Tratado de Seguros-Volumen I - Principios Generales e Historia del Seguro. Madrid: Instituto Editorial Reus. Pág.. 145.
 3. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, (2002) Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta.
 4. CASTELO MALTRAN, J., & GUARDIOLA LOZANO, A. (1992). Diccionario de MAPFRE de Seguros. Madrid: Editorial MAPFRE S.A.
 5. CASTRO REYES Jorge, (2006) "Manual de contratos civiles, comerciales, y empresariales. Editorial Jurista Editores, Lima Pág.. 547.
 6. CONFIANZA, (2010) Cía. de Seguros y Reaseguros. "Fichas técnicas de los productos carpeta de producto". Ecuador: propiedad y edición de confianza. Pág. 1
 7. CórDOVA Marcos. (2005) "Tratado de Buena Fe en el Derecho" jurisprudencia, Editorial FEDYE, Argentina, pág. 49.
-

8. DÍAZ- GRANADOS ORTIZ Juan Manuel (2006) "El Seguro de Responsabilidad" editorial Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. Pág. 377.
 9. GALINDO Hernando Cubiles,(2005) "El Seguro de Fianza", editorial Legis, Pág. 3
 10. GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, J.E (Madrid. 2007) Modalidades clásicas y modernas del seguro de vida. Los seguros Unit-Link. Ed. Fundación Mapfre Estudios.
 11. GONZÁLES BARRON, (2006)." El contrato de seguro " Jurista Editores, Bogotá.
 12. GUTIÉRRES Acuña Néstor (2007) "El contrato de Seguros" Parte General, Editorial Fundación de cultura Universitaria. Uruguay 2007. Pág.
 13. H. MAGEE, J. (1947). Seguros Generales - Tomo I. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
 14. HALPERIN, I. (1991). Seguros: Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091. Buenos Aires: Depalma.
 15. HALPERIN, Isaac, (2006) "Contrato de Seguro". Ediciones Depalma, Pág. 45, Buenos Aires,
 16. JARAMILLO, Carlos Ignacio, (1996) Estructura de la forma del contrato de seguros, editorial Temis, pág. 48.
 17. MANES, Teoría General del Seguro, Ed. Temis, pág 56
-

18. MOLINA BELLO Manuel, (1994) “la Fianza “Cómo garantizar sus obligaciones de terceros”. Editorial McGraw-Hill. México. Pág: 3, 25,26.
19. PALACIOS SANCHEZ Fernando, (2007)” Seguros Temas Esenciales” editorial ECOE, Bogotá 2007. Pág. 13.
20. PANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Derecho Civil, primera serie, v. 8, pág. 1114, editorial Oxford.
21. PEÑA TRIVIÑO Eduardo (2005) “Manual del Derecho de seguros”. (segunda edición, corregida, actualizada y aumentada Editorial Edino. 2005. Pág. 192.
22. RODRÍGUEZ Pastor, Carlos, (2006) " Derecho de Seguros y Reaseguros". Fundación MJ. Bustamante de la Fuente, Lima.
23. SANTOS BELADRO Rubén, (1998) “El derecho aplicable a los contratos internacionales”. Editorial Fundación de Cultura Universitaria” Pág.. 346.
24. VENEGAS FRANCO Alejandro. (1996)“Cuestiones de Seguros” editorial Colombo. Pág. 140.

MARCO LEGAL

- Código Civil Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones.
 - Código de Comercio del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
 - Constitución de la República del Ecuador 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones.
-

- Jurisprudencia
 - Ley para reprimir lavado de activos. RO. 30 diciembre de 2010. Corporación de Estudios y Publicaciones.
 - Ley orgánica del Sistema de Contratación pública. Año 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones.
 - Régimen legal de Seguros de la República del Ecuador actualizado a Julio del 2011. Corporación de Estudios y Publicaciones.
 - Reglamento General de la LOSCP. Registro Oficial del 12 Agosto del 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones.
-