



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

ESCUELA DE DERECHO

TEMA:

REGIMEN JURIDICO DEL SEGURO DE FIANZA Y SU APLICACIÓN

**TRABAJO DE GRADUACION PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO
DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

AUTOR:

Paul Jaramillo Barros

DIRECTOR

Dr. Antonio Martínez Borrero

CUENCA, ECUADOR
2010

Dedicatoria:

A mi mujer y mis hijas; fortalezas que la vida me ha dado y por las que siempre me
esmerare en superarme y ser una mejor persona: Goya, Dome, Romí y Paula.

Agradecimiento:

A Dios y a mi Madre, quien es mi orgullo y mi luz.

Índice de Contenidos

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice de Contenidos.....	iv
Índice de Anexos.....	viii
Resumen.....	ix
Abstract.....	x
Introducción.....	1

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES

- 1.1.- Origen y Evolución del Contrato de Seguro Privado de Fianzas.....7
- 1.2.- Impacto del Seguro Privado de Fianza en la Vida Moderna.....11
- 1.3.- Rol del Estado, la Superintendencia de Bancos y Seguros como Órgano de Control de la Actividad Aseguradora.....15

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA Y DEFINICION DEL SEGURO DE FIANZA

- 2.1.- Naturaleza Jurídica.....26

2.2.-	Análisis Comparativo con la Fianza Civil.....	30
2.3.-	Análisis Comparativo con la Fianza de Arrendamiento.....	32
2.4.-	Análisis Comparativo con la Fianza Penal.....	33
2.5.-	Definición de Seguro de Fianza.....	34

CAPITULO III

CARACTERISTICAS DEL SEGURO DE FIANZA

3.1.	Características Comunes a los demás ramos de seguros.....	38
3.1.1.-	Solemne.....	38
3.1.2.-	Bilateral.....	39
3.1.3.-	Conmutativo.....	40
3.1.4.-	Oneroso.....	41
3.1.5.-	De Buena Fe.....	41
3.1.6.-	De Tracto Sucesivo.....	42
3.2.	Características propias.....	42
3.2.1.-	Accesorio.....	42
3.2.2.-	Contragarantías.....	43

CAPITULO IV

ELEMENTOS PERSONALES Y REALES

4.1.-	Elementos Personales.....	45
4.1.1.-	El Asegurador, Concepto, Requisitos.....	46

4.1.2.- El Solicitante, Concepto.....	48
4.1.2.1.- El Seguro por cuenta Propia.....	48
4.1.2.2.- El Solicitante por cuenta ajena.....	50
4.1.3.- El Asegurado y/o Beneficiario, Concepto, Cesión de Derecho.....	52
4.2.- Elementos Reales.....	53
4.2.1.- El Interés Asegurable.....	53
4.2.2.- El Riesgo Asegurable.....	55
4.2.3.- El Monto Asegurable.....	57
4.2.4.- La Prima.....	58
4.2.5.- La Obligación del Asegurador del asegurador de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.....	59

CAPITULO V

ANALISIS DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA Y EL SEGURO DE FIANZA

5.1.- Contrato Administrativo y las Garantías.....	62
5.2.- Características de las Garantías Exigidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica.....	63
5.2.1.- Incondicionales.....	64
5.2.1.- Irrevocables.....	65
5.2.3.- De Cobro Inmediato.....	65
5.3.- Referencia al beneficio de Excusión u Orden.....	66

5.4.- Clases de Garantías Exigidas.....	67
5.4.1.- Garantía de Fiel Cumplimiento.....	69
5.4.2.- Garantía de Buen uso de Anticipo.....	69
5.4.3.- Garantía Técnica.....	70

CAPITULO VI

APLICACIÓN DEL SEGURO DE FIANZA Y NORMATIVA VIGENTE

6.1.- Oferta y Aceptación, Artículo 43 de la Ley General de Seguros.....	72
6.2.- Análisis del Artículo 44 de la Ley General de Seguros; Caso Practico...	77
6.3.- Análisis del Artículo 45 de la Ley General de Seguros.....	81
6.4.- Análisis del Artículo 46 de la Ley General de Seguros.....	84
6.5.- Análisis del Artículo 47 de la Ley General de Seguros.....	86

CONCLUSIONES.....	91
--------------------------	-----------

RECOMENDACIONES.....	96
-----------------------------	-----------

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	98
--	-----------

INDICE DE ANEXOS

Anexo 1.-	Resolución, Nro. 686-2002-RA, del Tribunal Constitucional.....	23
Anexo 2.-	Resolución, JB-2008-1068, de la Junta Bancaria.....	77

RESUMEN

El Seguro de Fianza; es de suma importancia en nuestro país, ya que cada día se hace indispensable la necesidad de priorizar actividades y estrategias de desarrollo socioeconómico, orientadas a mejorar la calidad de vida.

Dentro de esta tesis, me compete realizar un análisis de la aplicación práctica y del cumplimiento de los principios fundamentales del contrato de seguro, para demostrar que el seguro de fianza cumple con todos los elementos esenciales para ser considerado como seguro; y en base a esto realizar un planteamiento que armonice la vida de nuestra sociedad con la globalización económica y la integración política.

ABSTRACT

The Guarantee Insurance is of great importance in our country, given that every day it has made indispensable the need to prioritize activities and strategies for socioeconomic development aimed towards improving the quality of life.

Within this thesis, the aim is to achieve an analysis of the practical application and the fulfillment of the fundamental principles of insurance contracts in order to demonstrate that guarantee insurance contains all the essential elements necessary to be considered as insurance. On this basis, a plan is created that will harmonize the life of our society with economic globalization and political integration.



A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and strokes, located to the right of the stamp.

INTRODUCCION

Dentro de este trabajo doctoral me compete realizar un análisis de la aplicación práctica y del cumplimiento de los principios fundamentales del contrato de seguro, para demostrar que el seguro de fianza cumple con todos los elementos esenciales para ser considerado como seguro; y en base a esto realizar un planteamiento que armonice la vida de nuestra sociedad con la globalización económica y la integración política, para evitar que se den falencias tanto del asegurador como del asegurado así como del solicitante, desde un punto de vista legal y ético, ya que a mi parecer lo importante en el contrato de seguro de fianza como en todo contrato de seguro privado es la buena fe de las partes, lo cual debe estar consagrado en nuestra ley para lo cual es menester que se de una interpretación en la cual se busque mas la intención real de las partes que el sentido literal de las palabras, ya que la intención de las partes puede inferirse por la conducta seguidas por ella con posterioridad a la celebración del contrato del seguro.

La importancia del seguro de fianza en nuestro país es evidente ya que cada día se hace más indispensable la necesidad de priorizar actividades y estrategias de desarrollo socioeconómico, orientadas a mejorar la calidad de vida. La Industria Aseguradora ha experimentado un crecimiento extraordinario en los últimos años con el desarrollo y perfeccionamiento de la cultura del hombre, cultura que tiene su base en la mutualidad de cubrir existencias económicas que se pueden ver afectadas por riesgos similares, para poder soportar posibles necesidades futuras.

El régimen de fianzas otorgadas por compañías de seguros esta regulado por la Ley General de Seguros en el capitulo noveno del titulo II en cuatro artículos que van del articulo 43 al articulo 47. El seguro de fianza como lo vamos a llamar en nuestro estudio, tiene su existencia legal en el articulo 43 de la Ley General de Seguros, inciso primero que dispone: “La empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Bancos y Seguros, 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.”

Por lo cual la ley faculta a las compañías de seguros otorgar fianzas o garantías, por cierto que dichas garantías pueden ser muchísimas de acuerdo al artículo ibídem, se requiere como paso previo la autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros, fianzas que se otorgaran mediante la emisión de pólizas de seguros, por cuenta de terceros a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado.

La necesidad del seguro de fianza a favor de personas de derecho publico viene determinada por la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica en su Capitulo Tercero referente a las Garantías, Artículo 73 numeral 2 cuyo texto es el siguiente: “Formas de Garantía: En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías: 2. Fianza instrumentada en un póliza de seguros incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el País.” Como se puede observar se exige la presentación de una póliza de seguro que garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquellas personas físicas o jurídicas que contraten con la Administración lo referente a adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, con la exigencia de que las mismas sean irrevocables, incondicionales y de cobro inmediato.

El Tomador del Seguro será la persona física o jurídica que licite en un concurso convocado por la Administración, o que resulte adjudicataria del mismo. El Asegurado puede ser cualquier Organismo Público o Empresa Pública, dependientes de la Administración (estatal, autonómica o local).

Previamente a la emisión del seguro la Compañía deberá proceder a la calificación de riesgo del Contratista que lo solicite; esta calificación consiste en fijar una cantidad máxima de riesgo que la Compañía puede asumir respecto a un Contratista. La base principal considerada para el estudio del riesgo es la información financiera; para aquellos solicitantes que no dispongan de una estructura financiera sólida, a juicio de la Compañía, suficiente para que ésta pueda asumir el riesgo, se podrá contemplar la prestación de contragarantías, habitualmente de los accionistas o entidades vinculadas. Las personas o entidades firmantes de estas contragarantías asumen,

junto al Tomador del Seguro y frente a la Compañía, el deber de reembolso en caso de que ésta tuviera que proceder a indemnizar al Asegurado.

Si la calificación es autorizada, se emitirá una póliza global, sin coste para el Contratista (Tomador del Seguro), señalando en las condiciones particulares de la póliza el importe de la clasificación, el tipo de riesgo autorizado, las condiciones económicas y la forma de pago de la prima que por cierto siempre va a ser de contado, entre otros conceptos.

Las clasificaciones de riesgo deben ser renovadas, al menos, una vez al año, para lo que el Tomador del Seguro facilitará a la Compañía la correspondiente información financiera actualizada.

Una vez autorizada la calificación y firmada la póliza global, el Tomador del Seguro podrá comenzar a solicitar la emisión de pólizas particulares relativas a cada obra o contrato, indicando si se trata de seguro de cumplimiento de contrato o la clase de póliza según el caso.

El riesgo del seguro no podrá ser cancelado mientras que la Compañía no disponga del documento original de seguro devuelto.

También podrá ser cancelado el riesgo si la Compañía recibiese un escrito del Organismo beneficiario del seguro liberando a la Compañía de cualquier responsabilidad al respecto.

La póliza o seguro de fianza, en su diversas modalidades a saber: seriedad de oferta, cumplimiento de contrato, buen uso del anticipo, buena calidad de materiales, de arrendamiento, judicial, etc. Tiene un posicionamiento dentro del mundo del seguro de exclusiva importancia ya que sin el no fuera posible o mas bien dicho sin esta garantía, todas las obras que emprende el Estado así como los contratos que suscribe con los diversos contratistas no se finiquitarían, y mas aun si tomamos en cuenta que el costo y beneficio es menor que una garantía otorgada por una entidad bancaria.

Podemos manifestar que el seguro como institución, así como en todo país en desarrollo, en el Ecuador, es un complemento de toda actividad económica y que por

su importancia, es necesario que la estructura jurídica que regula el contrato de seguro privado de fianza y el control a las aseguradoras respondan a las necesidades del país y del mundo.

En el capítulo primero, trataremos de la historia de los seguros en general, para de a poco irnos adentrando en la historia referente al seguro de fianza desde su aparición como fianza civil en las civilizaciones más antiguas hasta el desarrollo que ha tenido en nuestros días; así mismo analizaremos el rol de la Superintendencia de Bancos y Seguros, ya que no solo ejerce el rol de control y vigilancia de acuerdo a la facultad establecida en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, sino actúa como órgano de dirimencia de las controversias entre aseguradores y asegurados de acuerdo al artículo 42 de la Ley General de Seguros.

Al ser el contrato de seguro privado de fianza un medio para el cumplimiento de una o varias obligaciones, resulta menester dar el enfoque que corresponde a dicho seguro en cuanto a su normatividad, tal enfoque es mercantil ya que el código civil en su artículo 2190 se refiere al contrato de seguro y su pertenencia al código de comercio, que en su artículo 3 # 7 lo califica como acto de comercio, nos compete entonces determinar si las fianzas otorgadas por las compañías de seguros cumplen con los requisitos para ser consideradas como contrato de seguro, lo cual lo vamos a demostrar en el segundo capítulo en base a un análisis comparativo con las diversas fianzas, como la civil, de arrendamiento, hasta llegar a establecer un concepto del seguro de fianza.

En el tercer capítulo lo dedicare, al análisis de las características de este contrato ya que tiene sus propios caracteres especialmente es accesorio, a diferencia de los demás contratos de seguro que siempre son principales es decir subsisten por si solos. Otro carácter fundamental es el de ser un contrato conmutativo, pues los estudiosos del seguro se inclinan en gran parte por esta característica.

El capítulo cuarto, esta dedicado al análisis de los elementos que intervienen en el seguro de fianza, tanto de los elementos personales que son el asegurador, el asegurado y el tomador o solicitante; así como de los elementos reales el interés

asegurable, la prima, el riesgo asegurable, la obligación del asegurado de efectuar el pago del seguro en todo o parte, según la extensión del siniestro, y el monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurado en caso de incumplimiento del afianzado. En base al cual demostraremos si el seguro de fianza cumple con los requisitos esenciales del contrato de seguros de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1147.

En el capítulo quinto nos ocuparemos de realizar un análisis de los artículos pertinentes a nuestro análisis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y una clasificación de las distintas fianzas emitidas por las compañías de seguros.

Finalmente el capítulo sexto, va a estar dirigido a un análisis de la celebración y duración del seguro de fianza determinando sus falencias y sus beneficios, en base a un análisis de la normativa vigente.

CAPITULO 1

CONSIDERACIONES GENERALES

- 1.1.- Origen y Evolución del Contrato de Seguro Privado de Fianzas
- 1.2.- Impacto del Seguro Privado de Fianza en la Vida Moderna
- 1.3.- Rol del Estado, la Superintendencia de Bancos y Seguros como Órgano de Control de la Actividad Aseguradora.

CAPITULO 1

1.1.-Origen y Evolución del Contrato de Seguro Privado de Fianza:

“El seguro en su estructura jurídica nace en el mundo mercantil a mediados del siglo XV, cuando se fijan las bases de la cobertura de los riesgos marítimos contenidas en las Ordenanzas de Barcelona de 1435, que se consideran como la más antigua regulación legal de la institución aseguradora comercial.”¹

El gran incendio de la ciudad de Londres en 1666, provoca el desarrollo del Seguro de Incendio, que había sido introducido por los Lombardos instalados en la capital inglesa. El desarrollo del seguro inglés, fue provocando la difusión mundial de muchos términos en dicho idioma, como “underwriter” o “all risk”, agregados a las denominaciones de origen itálico como “póliza” y “prima”.

“El origen del concepto de fianza es muy antiguo, en el libro de génesis, judá garantiza a su padre el desempeño de su hermano, también en la biblia, benjamín advierte a salomón que “aquel que de fianza por un extraño sufrirá por ello”. la fianza también se menciona en el código de hamurabi, en los escritos de herodoto, y en la carta magna. Quizás la referencia al afianzamiento más digna de mención es la que aparece en la obra “el mercader de Venecia”, de Shakespeare, en la que la trama se centra en el contrato de afianzamiento entre Antonio y Shylock, bajo lo que era esencialmente una fianza, Shylock tomaría una libra de la carne de Antonio si el amigo de Antonio, Bassanio, no pudiera pagar su obligación a Shylock en la fecha de su vencimiento, desde esa época, las sanciones por incumplimiento de un contrato de afianzamiento se han vuelto algo menos severas.”²

El seguro de fianza, es resultado del desarrollo y evolución de la organización de las sociedades en sus diversas etapas es así, que desde tiempos muy remotos muchas han sido las manifestaciones a lo largo de la historia, que han originado el nacimiento del seguro de Fianza hasta tomar forma como lo conocemos en nuestros días. Resulta

¹ ALVEAR J. Análisis Comentarios y Sugerencias sobre algunos aspectos del derecho de seguros en el ecuador.pag. 6

² Conferencia Latinoamericana de Gestión de Riesgos. Buenos Aires –Argentina. 28 de octubre de 1996

muy claro que desde las primeras organizaciones sociales, siempre estuvo presente el hecho de que las personas respondan por obligaciones ajenas comprometiéndose a cumplirlas en todo o parte si el deudor principal no lo hace. La simple promesa o palabra de un tercero no basta para sentir la confianza de que ha de dar cumplimiento a un compromiso que ha adquirido frente a nosotros, especialmente cuando el cumplimiento de dicho compromiso tiene repercusiones económicas más allá de las morales. Ni siquiera el compromiso formalizado jurídicamente, puede garantizar que el obligado cumpla, por lo que a medida que las sociedades humanas han evolucionado e incorporado cada vez con mayor frecuencia actividades económicas, se han buscado mecanismos efectivos de respaldar el cumplimiento de compromisos ligados sobre todo a actividades económicas; he allí el origen del contrato de fianza. Por ello, la fianza ha estado presente y ha evolucionado dentro de las sociedades humanas en forma paralela a las actividades económicas y comerciales.

“Entre los romanos, las garantías personales fueron organizadas muy pronto. La preferencia por ellas se explica por el estado de la sociedad romana durante los primeros siglos, ya que la mayoría de la población se componía de labradores y de pastores, frecuentemente arruinados por la guerra, que no poseían tierras ni inmuebles y que, cuando tenían necesidad de acudir a un préstamo, los utensilios y herramientas de trabajo no le representaban al acreedor una seguridad real adecuada, por lo que se solicitaba la intervención de amigos o parientes que se comprometían como **ad promissores**. En general se designa con el nombre de ad promissor-voz latina que significa garante- a quien se compromete accesoriamente con el deudor principal a garantizar frente al acreedor el riesgo de insolvencia o no pago. Se trata de una garantía personal por oposición a una garantía real, pues esta última consiste en la afectación de una cosa al pago de la deuda.”³

En el derecho romano se encuentra un contrato trascendental de esa época llamado “**Stipulatio**” (fianza estipulatoria), el cual es un contrato verbal de garantía. Se consideraba un contrato accesorio de garantía que requería de una obligación válida principal para existir. La fianza estipulatoria se definía como “un contrato mediante el cual una persona (fiador) se obliga a cumplir en el caso de que otra persona (fiado), sujeto pasivo de una obligación garantizada por la fianza, no cumpla”. Este

³ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 1

concepto de fianza es sorprendentemente avanzado para su época y parecido a lo que actualmente existe en nuestro Código Civil. En esta reglamentación se conocían tres tipos de garantías: la "**Sponsio**" que correspondía a una promesa con matices religiosos celebrada por personas dedicadas al culto; la "**Fideipromissio**" que es una evolución de la anterior y permite celebrar dicho contrato con extranjeros e incluye beneficios para el fiador; y la "**Fideiussi**", surgida gracias a Justiniano, quien introdujo otros beneficios a favor de los fiadores (**beneficium excusionis**), consistentes en que el fiador podía exigir que el acreedor persiguiera primero al deudor antes de dirigirse a él para el requerimiento de su obligación como garante.

En Israel existen antecedentes de la fianza en el año 922 A.C.; en una de las parábolas del rey Salomón, se lee: "Cualquiera que se convierta en fiador de un extraño tendrá que arrepentirse". En el antiguo pueblo Egipcio por los años 2500 al 500 A.C., se tenía la tradición de garantizar al sepulturero el pago de su trabajo con el cadáver momificado de la persona fallecida y en caso de incumplimiento del pago este se privaba a los deudores de darle sepultura. Como podemos observar desde la antigüedad existió la desconfianza en el cumplimiento de las obligaciones, por lo que era necesario que siempre una tercera persona ajena al objeto del contrato asegure su cumplimiento. El antecedente más remoto de una fianza con que se cuenta es una inscripción descubierta en una tablilla de la biblioteca de Sargón I de Akkad, rey de Sumer y Akkad, que data aproximadamente de 2613-2568 A.C.

Es importante aclarar que en las Siete Partidas, se definió, a la fianza como: La obligación que uno hace para seguridad de que otro pague lo que debe o cumplirá las obligaciones de algún contrato, es una muestra evidente de que la fianza existió desde siempre, pero ahora nos compete saber cuando se dio la primera póliza de seguro de fianza.

Es hasta 1840 donde se funda la primera Compañía de Seguros de Garantía en Londres la misma que se denominó: The Guarantee Society of London, que fue la primera compañía en emitir pólizas de fianzas o manejo. Se sabe que en América, las actividades de fianza mercantil se iniciaron en 1872, con la aseguradora "The Guarantee Capital of North América" que expidió las primeras fianzas de fidelidad.

Desde entonces, las fianzas se han desarrollado en forma conjunta con los seguros, por lo que en muchos países, las operaciones de fianzas se realizan como parte de las operaciones de seguros.

“La póliza de seguro se introdujo, como garantía, en la legislación ecuatoriana, por medio del Art. 26 de la Ley No. 128 titulada Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, expedida mediante Decreto Supremo No. 128 de 30 de Enero de 1974, publicada en el registro oficial No. 486 de 4 de febrero del mismo año, cuyo texto es el siguiente: Si por la forma de pago establecida, el Ministerio o la Institución Licitante debiera abrir carta de crédito irrevocable, previamente a su apertura, el contratista deberá rendir una de las garantías contempladas en el Art. 25 o una póliza de seguros de una Compañía domiciliada en el país por el valor en sucres de la carta de crédito, que se cancelara una vez que se haya dado cumplimiento al contrato.”⁴

Hasta ese momento, el mercado de garantías requeridas para las contrataciones de obras, servicios y suministros, era atendido casi exclusivamente por las entidades bancarias.

“En el año 1984, ya en la revista No. 6 de la Asociación Ecuatoriana de Derecho de Seguros, publicada en el mes de Agosto, publico un trabajo denominado “ Aspectos jurídicos y prácticos de los seguros de Fianzas”, presentando algunas conclusiones que dan la pauta para el conocimiento de los problemas existentes en aquellos días. El mismo trabajo pedía que se aclaren los conceptos y procedimientos a fin de evitar abusos e incorrecciones y se pedía a las altas autoridades controladoras y representantes del Estado la elaboración de un instructivo que contemplase los siguientes principios:

1. El asegurado/beneficiario de los seguros de fianzas debe probar la ocurrencia del siniestro, acompañando a su reclamo los documentos que prueben el incumplimiento del contratista o la terminación intempestiva del contrato afianzado.

⁴ BOHORQUEZ DE SEVILLA, Mercedes. Las Garantías en la Contratación Pública. Edino. Guayaquil. Ecuador.1992. Pág. 144.

2. El asegurado/beneficiario debe efectuar una liquidación del perjuicio económico sufrido realmente, acreditando a la compañía los créditos que tenga a favor del contratista. Si fuere el caso realizando una compensación contable. Esta compensación esta prevista en la propia ley de licitaciones para el caso de terminación anticipada y unilateral del contrato principal.
3. Cuando de trate de sumas importantes debe darse a la compañía un plazo prudencial para que pueda recibir de sus reaseguradores la parte de la perdida que ellos deben asumir.”⁵

Las primeras normas de los Seguros de Fianzas o Garantías en nuestro país, se remontan hacia 1998 en que mediante modificaciones y adaptaciones a las normas vigentes, se habilita a las compañías de seguros a emitir fianzas instrumentadas técnica y económicamente como operaciones de seguros. A partir de la autorización otorgada por la Superintendencia de Bancos y Seguros a las entidades aseguradoras, dicho mercado fue absorbido por éstas, entre otras razones, por no afectar el crédito bancario y por su reducido costo. El seguro de fianza actualmente se encuentra regido por la Ley General de Seguros y por La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica, por lo que en este trabajo investigativo apuntaremos a esclarecer como debe estar normado este trascendental seguro, ya que el mismo a ayudado a la construcción de muchas obras de beneficio social mismas que no hubieran podido realizarse sin una fianza instrumentada en una póliza de seguro, por lo que resulta menester que sea estudiado y tratado como una institución propia diferente de los demás ramos de seguros, lo cual me permito exponer a lo largo de esta tesis doctoral.

1.2.-Impacto del Seguro Privado de Fianza en la Vida Moderna:

Hoy en día la fianza es un contrato de origen civil, que nació como consecuencia de la desconfianza del acreedor, de que su deudor caiga en insolvencia y por tal motivo no pueda cumplir con su obligación, quien para desvanecer su temor exigió e impuso como condición en la relación contractual, la presencia de un tercero ajeno y sin interés en la misma, con la finalidad de que asumiera la responsabilidad del deudor para cumplir con la obligación, en caso de que este no lo hiciera.

⁵ PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Edino. Guayaquil. Ecuador.2003. Pág. 416, 417.

El seguro de fianza como tal brinda para el acreedor (afianzado) la seguridad de cumplimiento por parte del deudor (fiado), ya que además de toda la solvencia y control a la que esta sujeta una compañía aseguradora, esta siempre como requisito para emitir una fianza solicita las contragarantías a su fiado las mismas que pueden ser reales o personales. Y se vuelve aun mas seguro el cumplimiento de la obligación por parte del fiado ya que las compañías de seguros a través de la distribución del riesgo ya sea por Coaseguro o Reaseguro el momento de la ocurrencia del siniestro responden solidariamente de acuerdo al porcentaje de prima retenido o cedido por cada una; evitando a través de estos mecanismos la insolvencia de las compañías o situaciones de enorme dificultad para realizar el pago, ya que el riesgo es transferido a otras compañías aseguradoras en el primer caso o a una compañía reaseguradora en el segundo caso, ya sea en todo o parte.

Antes de comenzar el análisis de los preceptos legales vigentes es indispensable que en la ley general de seguros se reforme la palabra “**empresa**” de seguros por el de compañía o sociedad anónima de seguros. Así como se introdujo la reforma a Superintendencia de Bancos por Superintendencia de Bancos y Seguros. Esto para evitar que cuando decimos: “la empresa tal o cual, jurídicamente nos estamos expresando mal, pues lo correcto es decir la sociedad tal o cual, sociedad o compañía que desarrolla sus actividades organizadamente, es decir, como empresa”.⁶

Cabe esta reforma por que si bien toda sociedad o compañía es empresa o mejor dicho el objeto social de las sociedades o compañías las convierten en empresas, no hay que dejar de lado las personas naturales que tienen empresas al reunir los requisitos de las mismas esto es la organización de factores de la producción para obtener bienes o servicios y distribuirlos en un determinado mercado. Es decir que lo importante en las personas naturales es el propósito o habitualidad de cierta actividad o destreza; mientras que en las sociedades o personas jurídicas es preciso referirse mas que al propósito el fin, es decir al objeto social que en el caso de las Compañías de Seguros no será otro que el que la ley les concede, celebrar contratos de seguros y reaseguros.

⁶ DAVILA TORRES, Cesar. Derecho Societario. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.Ecuador.1999.Págs. 33,34.

Realizada la aclaración pertinente, retomo el tema materia de estudio, el seguro de fianza ha sido elemental en el desarrollo de obras de infraestructura a través de los contratos de servicios que suscribe el Estado con los contratistas y que sin una póliza que garantice el cumplimiento por parte del contratista no fueren posibles realizarlos, cabe realizar una crítica, referente al hecho de que el régimen de fianzas debe ser un capítulo independiente y no estar contenida en la ley general de seguros, sino debe ser introducido dentro del Decreto Supremo 1147; y por otro lado me parece que las normas vigentes resultan muy pocas y no abarcan todos los aspectos que se dan en este tipo de seguros.

Como lo manifiesta con gran sabiduría el Dr. Eduardo Peña Triviño en su obra Manual de derecho de seguros “hay que tener en cuenta la composición de nuestros ex congresos donde los ex legisladores actuales asambleístas, con las necesarias excepciones, no son peritos en nada que valga la pena, cuyos enfoques generalmente están plenos de contenidos políticos y de conveniencias partidistas o personales, y en los que resulta peligroso introducir temas técnicos por que pueden ser maltratados pues no se conocen ni entienden bien. La ciencia del seguro, si bien no es esotérica, tampoco son muy conocidos y sus iniciados son una minoría en todos los países. Por tal razón, era arriesgado someter al congreso ecuatoriano dos proyectos ley sobre un mismo tema, refiriéndonos a la reforma a la Ley General de Seguros de 1998.

El uno que contenga la ley general de seguros, que finalmente fue aprobada con pocas modificaciones, pero las que se hicieron estuvieran teñidas con tintas demagógicas; el otro, que hubiera tenido que proponer cambios o introducir una nueva institución en la legislación sobre el contrato, y abierto la posibilidad que esta ley también sufriera reformas inadecuadas”.⁷

De lo expuesto, se puede justificar el hecho de que se introdujo el régimen de fianzas dentro de la ley general de seguros; pero la ciencia del derecho debe regular con justicia y eficacia todas las instituciones que tengan vida jurídica, por este hecho es

⁷ PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Edino 2003. Guayaquil. Ecuador.2003. Pág. 419

necesario que se cree una nueva institución referente al régimen de fianzas otorgado por las compañías de seguros, ya que tienen sus propios matices y características.

Actualmente podemos decir que el seguro de fianza se encuentra dividido desde dos puntos de vista uno público y uno de carácter privado, porque decimos uno público porque este se encuentra regulado dentro de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, dicha ley es la que se encarga de la regulación de este tipo de seguro y convierte las garantías de las pólizas *On Demand Bond*, esto es irrevocables, incondicionales y de cobro inmediato; lo cual se encuentra consagrado en el artículo 73 Numeral 2 de dicha ley que dice: “En los contratos a los que se refiere esta ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país.” A pesar que en el último inciso del artículo 44 de la Ley General de Seguros, le otorga al asegurador la posibilidad de gozar de los beneficios de excusión u orden: “En caso de que la ley, reglamentos o contratos lo permitan, podrá la empresa de seguros gozar de los beneficios de excusión u orden”, la situación es que el cumplimiento a dicha ley me refiero a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, significa que no asuman las aseguradoras la obligación en forma solidaria.

Pues bien, por lo que respecta a la subsidiariedad, nada impide que consideremos que si la subsidiariedad se concreta en el beneficio de excusión, es evidente que, en el seguro de fianza, lo único que sucede es que el garante compañía aseguradora renuncia expresamente al beneficio de excusión, renuncia que es plenamente válida si tenemos en cuenta que tal beneficio se configura como una excepción oponible frente a la reclamación del acreedor -asegurado. Por su parte, si consideramos que la subsidiariedad es un elemento esencial de la fianza que no se restringe al beneficio de excusión, podemos afirmar que la subsidiariedad aparece como elemento esencial dentro del seguro de fianza, en la medida en que la eficacia de la garantía que de él deriva está subordinada al éxito de la denuncia formal de incumplimiento ejercitada por el acreedor garantizado (asegurado).

Por todo lo expuesto, opino que la obligación que en virtud, del seguro de fianza asume el asegurador ha de calificarse como de fideiusoria, en la medida en que el seguro de fianza está destinado a proteger al asegurado frente al incumplimiento del tomador/deudor, y, más concretamente, a salvaguardar el interés económico de aquél en la obligación garantizada.

El régimen de Fianzas emitidas por compañías de seguros para que exista y para que a su vez genere derechos y obligaciones tiene como fundamento legal:

- Ley General de Seguros Art. 49 al 53
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 73 al 77
- Reglamento al Sistema Nacional de Contratación Pública
- Código Civil Art. 2238 al 2285
- Código de Comercio

Al ser una institución autónoma debe tener su propia reglamentación para su correcta aplicación.

1.3.- Rol del Estado, la Superintendencia de Bancos y Seguros como Órgano de Control en la Actividad Aseguradora.- Si bien el seguro es, sin duda alguna un negocio de derecho privado, la participación que ejerce el Estado es muy representativa, ya que la actividad aseguradora podemos considerarla como derecho público impropio, ya que esta regula una actividad de interés general, misma que la ejerce a través del ente de control que en nuestro caso es la Superintendencia de Bancos y Seguros.

La Superintendencia de Bancos y Seguros, es un organismo técnico con autonomía administrativa, económica y financiera de personería jurídica de derecho público, esta dirigida y representada por el Superintendente de Bancos y Seguros, en la orbita de su competencia. Tiene a su cargo la vigilancia y el control de las instituciones del sistema financiero público y privado, así como de las compañías de seguros y reaseguros, determinadas en la Constitución y en la ley.

Para iniciar el análisis del rol de la Superintendencia de Bancos y Seguros, debemos dividirlo desde dos puntos a analizar: a) Referente a la constitución, autorización y control que ejerce la superintendencia de bancos y seguros, sobre las personas que integran el sistema de seguro privado; y b) La potestad que le brinda el artículo 42 de la Ley General de Seguros, para actuar y resolver sobre situaciones de hecho y de derecho.

a) Como tanto el control y la vigilancia del desarrollo de la actividad aseguradora en nuestro país, esta a cargo de la Superintendencia de Bancos y Seguros, esto se consagra especialmente del artículo 1 de la Ley General de Seguros en el cual se hace constar el sometimiento del sistema de seguro privado a las leyes ecuatorianas y al control de la superintendencia de bancos y seguros.

Artículo 1 de la Ley General de Seguros, “Esta ley 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.” También podemos citar al artículo 1 inciso 2 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el cual nos dice que en lo relativo a la constitución, organización y funcionamiento, las compañías de seguros se rigen por su propia ley, lo atinente a la solvencia y prudencia financiera, al control y supervisión, de dichas compañías están bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, la cual aplicara las normas que contiene la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, sobre liquidación forzosa, cuando existan causales que así lo ameriten: Lo cual tiene total correspondencia con el artículo 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero citada en el inciso anterior.

En base a este artículo establecemos como rol principal de la Superintendencia de Bancos y Seguros, el control y vigilancia de las compañías de seguros; pero es necesario aclarar que la Superintendencia de Bancos y Seguros es el ente Estatal único que expide las autorizaciones correspondientes para que puedan operar las compañías de seguros en los distintos ramos, según el Art.10 de la Ley general de Seguros: “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 las personas jurídicas que integran el sistema de seguro privado, en base a los informes técnico, 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. En dichos informes se evaluará la solvencia, probidad y responsabilidad de los promotores, fundadores o solicitantes.

Una vez cumplidos los requisitos legales y efectuadas 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 y extenderá el certificado de autorización, que estará a la vista del público.”

En lo referente al tema en análisis aclaramos que el único rol de la Superintendencia de Bancos y Seguros no es el de vigilancia y control sino también el de autorizar a las compañías de seguros operar en los diferentes ramos. También es el ente encargado de aprobar los contenidos de las pólizas, previo a un estudio técnico entregado por la compañía aseguradora, dicho estudio debe estar basado en la técnica del riesgo, estadísticas de por lo menos 5 años de resultados para que sea valedero, y por supuesto indicando el mercado al que se enfocan o mas bien dicho la respectiva aplicación de la ley de los grandes números, para obtener una tarificación responsable, acorde al mercado y sobre todo liquidez para el pago de siniestros, que es donde prima el interés general, mucho mas tratándose de pólizas de Fianzas cuyo beneficiario en la mayor parte de casos es el Estado, todo esto lo realiza a través de resoluciones.

“Las empresas de seguros administran una fuerte masa de capital constituida por las primas recibidas por los contratos celebrados. Esos fondos que tienen como propósito el cumplimiento de una obligación convenida o con mayor exactitud el pago de una indemnización por el incumplimientos del solicitante o afianzado, en caso de ocurrencia del siniestro previsto, es preciso que no sean desviados de la función específica para la que se los reserva. En ese sentido se tiene resuelto que es

exigencia del control, el de contar con una administración eficaz que asegure el cumplimiento del asegurador de las obligaciones contraídas que se concreta en el pago de la indemnización comprometida mediante una liquidación leal y rápida.

De allí que sea obligación de las aseguradoras contar con registros claros y transparentes y prestar al ente de control la colaboración necesaria para despejar cualquier duda que pueda surgir de dichos registros, así como llevar su contabilidad en forma ordenada, de modo tal que posibilite el ejercicio del órgano de control en resguardo de la veracidad de las operaciones asentadas y de la solvencia económica financiera de las empresas del ramo.”⁸

Lo expresado en las líneas anteriores se encuentra consagrado en nuestra legislación en el Capítulo Quinto de la Ley General de Seguros, que trata de la Vigilancia, Control e Información del Sistema de Seguro Privado, que básicamente persigue que las compañías de seguros tengan la posibilidad de cumplir en cualquier momento con sus obligaciones y que los intereses de los asegurados estén suficientemente protegidos.

De lo cual concluimos que la Superintendencia de Bancos y Seguros es la entidad gubernamental encargada no solo del control y supervisión de las compañías de seguros y de reaseguro, sino de todos los integrantes que realizan esta actividad, como lo son los asesores productores de seguros, los peritos de seguros, los intermediarios de reaseguros; inclusive las personas naturales que realicen actividad de seguros.

b) Una vez expuesto este primer punto, nos corresponde analizar lo que prescribe la Ley General de Seguros en su Art. 42 referente al Reclamo Administrativo ya que se le esta facultando a la Superintendencia de Bancos y Seguros a mas de su función de vigilancia y control la de resolver controversias como si fuera un juez de primera instancia, entre los asegurados y las aseguradoras. , nos dice: “Toda empresa (sociedad anonima) de seguros tiene la obligación de pagar el seguro contratado o la

⁸ STIGLITZ. Rubén. Derecho de Seguros Tomo 1. Fondo Editorial de Derecho y Economía 4 edición. Buenos Aires. 2005. Pág. 43

parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquel en que el asegurado o el beneficiario le presenten por escrito la correspondiente reclamación aparejada de los documentos que, según la póliza, sean necesarios, a menos que la empresa de seguros formule objeciones fundamentadas a tal reclamo, las mismas que deberán ser llevadas inmediatamente a conocimiento del Superintendente de Bancos y Seguros.

Si el asegurado o el beneficiario se allana a las objeciones, la entidad de seguros pagará inmediatamente la indemnización acordada.

Si en este caso o en el que se venciere el plazo de cuarenta y cinco días fijado en el inciso primero, la empresa de seguros no efectuare el pago, el asegurado o el beneficiario pondrá este hecho en conocimiento del Superintendente de Bancos y Seguros, quien, de verificar esta situación, ordenará el pago dentro de un plazo no mayor de quince días, junto con los intereses calculados a partir de los cuarenta y cinco días antes indicados, al tipo máximo convencional fijado de acuerdo con la ley.

De no pagar dentro del plazo concedido dispondrá la liquidación forzosa de la empresa de seguros.

Si la empresa de seguros formule objeciones al reclamo y no se llegare a un acuerdo con el asegurado o beneficiario, la Superintendencia de Bancos y Seguros comprobará la existencia de los fundamentos de dichas objeciones y de no haberlos ordenará el pago, caso contrario lo rechazará.

El asegurado o beneficiario podrá acudir en juicio verbal sumario ante los jueces competentes o someter al arbitraje comercial o mediación, según sea el caso.

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 emitirlos 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 (48) horas 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.”

Es decir que una vez ocurrido el siniestro se dan cualquiera de las siguientes situaciones:

A) Que se de el pago del siniestro por parte de la aseguradora; es decir se produjo el incumplimiento por parte del solicitante y el asegurado notifica a la aseguradora del hecho de acuerdo al Art. 44 inciso 6 de la Ley General de Seguros, esto es, “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 tramite. Se adjuntaran los documentos que acrediten el incumplimiento en lo que se refiere a la obligación afianzada, así como a la naturaleza y monto del reclamo.”

Cumplido con esto la Compañía aseguradora realiza el pago para posteriormente ejecutar las respectivas contragarantías. Pero dicho pago debe hacerlo dentro del plazo establecido en la ley, esto 45 días desde que el asegurado le presentan la documentación que según la póliza es necesaria presentarla en caso de la ocurrencia de un siniestro, y dando cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 22 del decreto 1147 referente al Contrato de Seguros, correspondiéndole al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la indemnización.

Ocurre una contradicción entre el mencionado artículo en el inciso anterior (44), y lo establecido en el Art. 42 de la Ley General de Seguros, inciso 6,7 y 8: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 (48) horas 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.”

Comento al respecto, que si la Asamblea Constituyente de Montecristi del año pasado, se dio el trabajo de realizar reformas y leyes para lo cual no se los eligió, por lo menos eran que las hagan bien, de una manera de lógica, ya que la técnica de seguros es muy reducida en nuestro actual Congreso.

En conclusión, hay que tomar en cuenta que cuando se emitan pólizas de seguro de fianza para entidades del sector público la manera de indemnizar el siniestro será de acuerdo a lo establecido en el art 42 inciso 6,7 y 8, es más se deja sin efecto el inciso primero de dicho artículo ya que la compañía de seguros no podrá objetar el reclamo; al contrario cuando se traten de indemnizaciones de siniestros de pólizas cuyo asegurado sea una persona natural o jurídica de derecho privado, se liquidará de acuerdo a lo previsto en el art 44 en correspondencia con el art 42 inciso primero.

B) La segunda posibilidad, es que se de la negativa del siniestro pura y simple sin existencia de fundamentos para las objeciones del asegurador. O que dentro del plazo de 45 días a que refiere el Art. 42 de la mencionada ley y en cumplimiento con la documentación exigida en el Art. 44 inciso 6 de la Ley General de Seguros, no se pronuncie la compañía. En este caso no cabe duda de la potestad otorgada a la Superintendencia de Bancos y Seguros para que actué como un colegislador.

Ahora cabe analizar si es de competencia de la SBS la de resolver cuestiones de derecho. La Superintendencia de Bancos y Seguros ante la negativa de pago de la compañía de seguros, tiene que comprobar solamente que dicha negativa u objeción de pago tenga fundamento, es decir que el asegurador tiene razones que respaldan su decisión, pero no puede calificar nada mas que la existencia de los fundamentos. No puede ni debe entrar analizar los fundamentos en si, a opinar o resolver si tales fundamentos son o no apegados a derecho o si son o no son certeros o razonables, porque de hacerlo la Superintendencia de Bancos y Seguros estaría invadiendo el campo de la función jurisdiccional.

“Entonces de que manera la autoridad administrativa comprueba que existen fundamentos? Parecería que la forma lógica es verificar si el asegurador invoco alguna causa –de la ley o del contrato- por lo cual se inhibe de pagar la indemnización. Pero si fuera solo eso, entonces cualquier razón expuesta por el asegurador para negar la indemnización, desde que conste en el contrato o en sus anexos, y haya sido expuesta por el asegurador para negar la indemnización, seria suficiente por que ese solo hecho ya existe. Si fuera así, cualquier reclamo administrativo debería ser negado, a menos que realmente, y ello parece muy improbable, el asegurador simplemente no pague sin aducir nada.

Para que la autoridad administrativa resuelva si hay o no fundamento, debería enfrentar el presupuesto factico, con el argumento esgrimido para no pagar, pues no tendría sentido que únicamente verifique si en el contrato esta prevista tal o cual exclusión, citada por el asegurador para negar el pago, y no revise si en efecto, al caso particular le es aplicable la exclusión o causa de no pago. Además no proceder

de esta manera, implicaría atentar contra el precepto constitucional que indica que toda resolución de los poderes públicos, y la resolución de la Superintendencia es una de ellas, debe ser motivada.”⁹

No hay duda que entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial existan semejanzas ya que parten de un mismo tronco, pero fundamentalmente existen diferencias entre ambos; ya que el proceso tiene por finalidad la búsqueda de la verdad y satisfacer las pretensiones de la partes mediante la decisión de un juez o tribunal. A diferencia del procedimiento administrativo, ya que este constituye una garantía para el cumplimiento de los derechos de los administrados, siendo su finalidad asegurar por parte del Estado la pronta satisfacción del interés general.

El actual artículo 42 de la Ley General de Seguros, deja mucha libertad para aplicación de criterios subjetivos, tanto por parte de los aseguradores como de los asegurados.

“Para aclarar el tema de análisis, me refiero al pronunciamiento del Tribunal Constitucional “CASO: 680-2002-RA.” (**ANEXO 1**). Con el cual se crea jurisprudencia en materia de seguros en lo referente al papel de la Superintendencia de Bancos al actuar como Juez de primera instancia, este Tribunal considera que no existe acto ilegítimo de autoridad pública ni se han violado derechos constitucionales en contra del accionante, por lo que no corresponde realizar más análisis al presente caso; y en uso de sus atribuciones legales, Resuelve:

1.-Revocar la acción subida de grado y en consecuencia negar la acción de amparo constitucional(actual acción de protección) propuesta por el señor, en su calidad de Gerente y Representante Legal de ADB, por ser improcedente;

2.-Dejar a salvo los derechos de los que se crean asistidas las partes, para hacerlas valer en las instancias que consideren convenientes y;

⁹ UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA.Derecho de Seguros Texto Guía.Editorial UTPL.Loja.Ecuador.2004.Pág. 85

3.- Devolver el expediente al inferior para los fines consiguientes.-

Esta resolución que nos aclara la función de la Superintendencia de Bancos y Seguros, como órgano de dirimencia en materia de seguros y sienta Jurisprudencia en la materia fue aprobada con siete votos a favor y dos votos salvados, en sesión de miércoles veinticinco de junio del dos mil tres.”

Lo ideal sería la creación de una Superintendencia de Seguros y Fianzas, que cuente con personal altamente capacitado y con experiencia técnica y real en el área de seguros.

Todo lo expuesto se encuentra consagrado y establecido en la Constitución Política, en virtud de lo dispuesto en el artículo 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.”

CAPÍTULO 2

NATURALEZA JURIDICA Y DEFINICION DEL SEGURO DE FIANZA

- 2.1.- Naturaleza Jurídica.-**
- 2.2.- Análisis Comparativo con la Fianza Civil.-**
- 2.3.- Análisis Comparativo con la Fianza de Arrendamiento.-**
- 2.4.- Análisis Comparativo con la Fianza Penal.-**
- 2.5.- Definición de Seguro de Fianza**

CAPÍTULO 2

NATURALEZA JURIDICA DEL SEGURO DE FIANZA

2.1.- Naturaleza jurídica.- Muchos son los criterios que se han realizado sobre las pólizas de seguros de fianzas, emitidas por las compañías de seguros a través del tiempo, algunos de los expertos en derecho de seguros se han referido a el como si se tratara de un seguro de responsabilidad civil contractual ya que este tipo de seguros tienen su origen en la ley publica, a diferencia de los seguros de responsabilidad civil extracontractual que tienen su origen en un contrato; recordemos al respecto que los seguros de fianzas tienen su origen en un contrato o para llamarlo con mayor propiedad en una obligación principal la misma que puede tener su origen en el sector público o privado. Algunos han cuestionado el carácter de seguro, por no cumplir con todos los elementos esenciales que se encuentran en el artículo 2 del Decreto 1147.

Dentro de la Ley General de Seguros en el capítulo noveno del Título II, se encuentra cinco artículos que regulan el régimen de fianzas otorgadas por compañías de seguros en nuestro país. Las cuales si bien se refieren al contrato de seguro de fianza no abarcan todo lo referente a este contrato, el cual tiene sus caracteres propios y su autonomía como ente jurídico, por lo cual debe tener su propia ley y reglamentó.

Respecto a la naturaleza jurídica del seguro de fianza, comprenderemos que por las especiales características que rodean a éste, la doctrina de diversos países se haya preguntado sobre el encuadramiento de esta figura. Es esta una tarea ardua ya que a diferencia de los demás seguros, el tipo ahora estudiado conlleva la particularidad de que el titular del interés asegurado no es quien contrata con el seguro, sino que el obligado a contratarlo va a ser el que debe cumplir con el interés del anterior.

El seguro de fianza es considerado por la doctrina, de forma prácticamente unánime, como seguro de daños pudiendo deducirse tal consideración de la colocación del seguro de fianza junto al resto de los seguros de daños. Pues dentro del artículo 3 de la Ley General de Seguros indica que existen dos tipos de compañías de seguros las de Seguros Generales y las de Seguros de Vida, y en inciso tercero dice: “Las de seguros generales.- Son aquellas que aseguren los riesgos causados por afecciones, pérdidas o daños de la salud, de los bienes o del patrimonio y los riesgos de fianza o garantías.” Tal calificación va a llevar aparejadas importantes consecuencias de orden práctico, ya que, en la medida en que los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio, habrá que cuestionarse si también el seguro de fianza indemniza un daño.

“El seguro de fianza cubre los daños producidos como consecuencia de la inobservancia de obligaciones derivadas de determinadas relaciones jurídicas que comportan un derecho de crédito. El seguro de fianza es, además, un seguro por cuenta ajena, como ha mantenido la unanimidad de la doctrina ya que cuando el tomador -deudor en la relación subyacente- concierne el seguro, el interés que se protege no es el suyo propio sino el del asegurado-acreedor, lo cual significa que el tomador y el asegurado son dos personas distintas. De este modo los sujetos que encontramos en este contrato de seguro de fianza son por un lado el asegurador, que por Ley debe de ser una compañía anónima de seguros, el tomador o solicitante del seguro que es el deudor de la obligación subyacente, y el asegurado, que es el acreedor de dicha obligación.

Conviene analizar no solo la naturaleza de la obligación asumida por el asegurador, que será objeto de estudio en los capítulos posteriores, sino también la naturaleza contractual de la póliza de fianza. Sobre este problema han sido muchas y muy variadas las posiciones doctrinales, si bien todas admiten y se mueven en torno a la concurrencia de elementos típicos de la fianza civil y el seguro. Se tienden a buscar por tanto las características del seguro de fianza, y así y en primer lugar se ha calificado al seguro de fianza como un contrato preparatorio o precontrato. Es decir, podría pensarse que el seguro de fianza, concluido entre deudor y asegurador, tiene por objeto regular las relaciones entre ambos (pago de la prima, duración,

delimitación de la garantía, etc.) y que sólo una vez que el acreedor ha aceptado, aparece ya el verdadero contrato de fianza. Para otro sector doctrinal el seguro de fianza sería una fianza construida sobre la base del negocio a favor de tercero. Así, y por lo que respecta a la legislación ecuatoriana ha entendido que el contrato celebrado ante el que nos encontramos es de fianza, fianza construida sobre la estructura negocial del contrato a favor de tercero. De este modo, el deudor-tomador ocuparía la posición jurídica de estipulante, el asegurador la de promitente y el asegurado la de tercero en cuyo favor se realiza el contrato.

Por tanto desde el momento en que el seguro de fianza es aceptado por el beneficiario da lugar a una obligación fideiusoria a cargo del asegurador, encontrándose el asegurado directamente relacionado con este, a pesar de no ser parte en el contrato, de manera que puede exigir la indemnización en caso de siniestro e incluso pesan sobre él determinados deberes de información.

Tanto la teoría del contrato preparatorio como la teoría del contrato a favor de tercero parten de la consideración de que el seguro de fianza es un contrato de fianza.”¹⁰

Algunos autores han tratado de explicar el esquema contractual del seguro de fianza reconduciéndolo al de un negocio indirecto, en la medida en que las partes concluyen un contrato de seguro cuando lo que realmente persiguen es la constitución de una fianza. Debido a que en el seguro de fianza aparecen elementos comunes al contrato de fianza y al contrato de seguro, se ha desarrollado la teoría de que al seguro de fianza ha de otorgársele naturaleza compleja o mixta, pero tal figura no puede ser aplicada al seguro de fianza puesto que en él existe sólo una causa, que es la de garantía.

En íntima relación con la teoría anterior, se ha calificado al seguro de fianza como un contrato de garantía personal de naturaleza atípica. La atipicidad vendría dada por la inclusión de modificaciones parciales al negocio de la fianza, modificaciones que la convierten en un "subtipo innominado de fianza", habiendo tenido esta doctrina una

¹⁰http://www.hispacolex.com/seguro_de_caucion.html?phpMyAdmin=FgrSdeZCUYgQDnKWXc%2CphHGD2p0

gran acogida en nuestra legislación. Esta teoría ha sido acogida muy favorablemente, considerando que nos encontramos ante un negocio de fianza en el que se han insertado cláusulas atípicas respecto del mismo, correspondientes al contrato de seguro.

Dado la complejidad del tema, nuestro legisladores que redactaron la Ley General de Seguros en el año de 1998, no se preocuparon de que en el artículo 3 de dicha ley se indique: Las compañías de seguros son: de seguros generales, de seguros de vida, y debieron completar con la frase de seguros de fianza, y las que operaban al 3 de abril de 1998 en conjunto en las tres actividades. Las empresas de seguros que se constituyeron a partir del 3 de abril de 1998, sólo podrán operar en seguros generales o en seguros de vida o en seguros de fianza.

Las de seguros generales.- Son aquellas que aseguren los riesgos causados por afecciones, pérdidas o daños de la salud, de los bienes o del patrimonio.

Las de seguros de vida.- Son aquellas que cubren los riesgos de las personas o que garanticen a éstas dentro o al término de un plazo, un capital o una renta periódica para el asegurado y sus beneficiarios. Las empresas de seguros de vida, tendrán objeto exclusivo y deberán constituirse con capital, administración y contabilidad propias.

Las de seguros de fianza.- Son aquellas que garantizaran las obligaciones de terceros, frente al asegurado,. Las empresas de seguros de fianzas, tendrán objeto exclusivo y deberán constituirse con capital, administración y contabilidad propias.

Las compañías de seguros, que operen conjuntamente en los ramos de seguros generales, en el ramo de seguro de vida y en el ramo de seguro de fianzas, cumplirán lo siguiente:

- a) las dos primeras continuaran manteniendo contabilidades separadas,
- b) con respecto a las que operaban con anterioridad en seguros generales y seguros de fianza, se debe separar las contabilidades para cada ramo,

c) al igual para las compañías que operaban en seguros de vida y seguros de fianza, o en los tres ramos conjuntamente.

Ahora nos compete establecer las diferencias entre el seguro de fianza y las diversas modalidades de fianzas, que nos va servir en el transcurso de este estudio para tener un concepto claro de en que consiste el seguro de Fianza emitida por las compañías anónimas de seguros y que no se preste a confusión con las demás figuras que adopta esta garantía personal; partiremos de aquí para llegar a un planteamiento armonico, a continuacion la vamos a analizar con los más importantes contratos de fianza:

2.2.- Análisis Comparativo con la Fianza Civil.- La clave para determinar cuando una fianza es de seguros privado o cuando una fianza es civil, resulta claro y preciso establecerlo, no hay punto de duda, ya que dependerá primeramente de que la fianza sea emitida por una compañía de seguros, o que para que la fianza sea civil sea una o mas personas quien la otorgue.

De acuerdo al articulo 2262 del código civil ecuatoriano la fianza: es una obligación accesoria en virtud de la cual una o mas personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse, no solo a favor del deudor principal, sino de otro fiador. A diferencia de la fianza emitida por las empresas de seguros a las cuales según el articulo 43 de la ley general de seguros se les faculta otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho publico o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no este prohibido por ley. Es decir que el seguro de fianza puede ser emitido para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación ya sea esta de naturaleza civil, de arrendamiento, penal, de propiedad intelectual, tributaria o contenciosa administrativa.

a) La primera diferenciación que cabe acotar entonces es la de carácter general que tiene el seguro de fianza ya que esta puede afianzar cualquiera que fuere la naturaleza jurídica de la obligación principal, mientras que la civil como lo anotamos en los incisos anteriores dependerá en ultima instancia siempre de la

obligación que las creo es decir solo si la obligación principal es civil la fianza tendrá carácter civil.

b) La segunda diferencia y la mas importante es que la fianza civil goza siempre del beneficio de excusión o división a favor obviamente del fiador, siempre y cuando este no renuncie expresamente a este beneficio. Mientras que en el seguro de fianza siempre se encuentra inmersa expresamente en la póliza que se renuncia a dichos beneficios justificado por el hecho de la obligación que tiene el afianzado de entregar las contragarantías a favor de la compañía de seguros. Digo que en el seguro de fianza siempre se renuncia a este beneficio por que en la práctica ninguna póliza es emitida sino se renuncia expresamente a ellos, sobre todo para las pólizas emitidas para el sector publico.

c) La tercera diferencia a la que nos referiremos es al hecho de que la fianza civil es un contrato gratuito, ya que si por el servicio de garantía prestado al acreedor se cobrara una remuneración este seria atípico, bilateral y oneroso características propias del seguro de fianza, a diferencia de lo civil donde la fianza se da por lazos de amistad en la mayoría de casos, por lo que podemos concluir que esto escapa del derecho civil y pertenece al comercial.

Para poder enfocar con una mayor claridad la diferencia entre el contrato de seguro de fianza y el de la fianza civil, creo que es necesario apuntar las principales características de este último contrato.

Dice el artículo 2262 que por la fianza se obliga una o mas personas a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste. De aquí destaca el carácter subsidiario de la obligación del fiador y su subordinación al hecho de que el deudor afianzado no pague y tenga que hacerlo él en su lugar (no así cuando la fianza es solidaria como en el caso del seguro de fianza). Pero la obligación del fiador no es condicional, es decir, comienza a existir en el momento en el que se formaliza el contrato en sí, la falta de pago del deudor lo único que hace es activar la acción que el acreedor tiene contra el fiador.

La segunda característica principal es su carácter accesorio, si la fianza supone una garantía para el acreedor, es preciso que sea de verdad el acreedor. Por lo tanto la

condición de acreedor vendrá de una relación jurídica anteriormente producida, la obligación principal. Siguiendo nuestro breve iter sobre las principales características de este contrato, debemos señalar que la actual doctrina es prácticamente unánime al señalar que el fiador debe y responde, es decir, que en ningún caso nos encontramos ante una responsabilidad sin deuda, como si opinaba anteriormente parte de la doctrina. La última característica que define nuestro contrato de fianza es la subsidiariedad, que no tiene en nuestro derecho otra representación que la del beneficio de excusión o de orden concedido al fiador por el art. 2283 del C. Civil.

2.3.- Análisis Comparativo con la Fianza de Arrendamiento.-

Como todo contrato, el de arrendamiento genera obligaciones y derechos para las partes contratantes, dichas obligaciones no nacen de un préstamo o contrato de mutuo, ni consta en un pagare o en una letra para referirnos a una obligación eminentemente crediticia, a pesar de que lo común en nuestra sociedad es el otorgar una letra de cambio como garantía para el arrendador; o mas aun la entrega de una garantía bancaria consiste en un cheque que representa un canon.

Por lo que la póliza de seguro de fianza de arrendamiento va a cubrir el incumplimiento de las diferentes obligaciones que adquiere el arrendatario frente a su arrendador.

El objeto de la fianza de arrendamiento es indemnizar al arrendador la pérdida del alquiler por el no cumplimiento de las obligaciones por parte del arrendatario, así como los desperfectos o daños en el inmueble, cubiertos previamente por el depósito

La fianza de arrendamiento cubre el riesgo en el pago de cánones dentro del período de vigencia del contrato de arrendamiento garantizado y la sustitución del depósito; en el caso de locales amoblados, el contrato deberá especificar un inventario y avalúo de los bienes, dichos bienes deberán restituirse al finalizar el arrendamiento conforme lo indica el contrato garantizado.

La suma asegurada se disminuye a medida que los cánones sean cancelados por el arrendatario. El pago de la póliza se efectuará el momento en el que el arrendador presente la demanda por falta de pago a los jueces competentes de Inquilinato con la

documentación probatoria. No se pueden otorgar fianzas de arrendamiento a contratos de Leasing Financiero y arrendamientos mercantiles.

Con el Seguro de Fianza de Arrendamiento, se va a lograr mayor seguridad para el cobro del arrendatario, en caso de incumplimiento de su arrendador, y sobre todo se va a recuperar el valor real de los daños o canones no percibidos, ya que con las otras formas de garantía como el cheque no se sabe el valor exacto que puede darse en caso de un incumplimiento del arrendatario, por lo que podría verse perjudicado el arrendador; o en el caso, de una letra de cambio el perjuicio puede ser para el arrendador ya que puede existir una daño menor y la letra puede ser llenada por un valor mucho mayor.

2.4.- Análisis Comparativo con la Fianza Penal:

El artículo 174 del código de procedimiento penal dice literalmente, que se suspenderán los efectos del auto de prisión preventiva “ o de la detención en firme “ cuando el imputado rindiere caución a satisfacción del juez competente, caución que podrá consistir en dinero, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera. Del texto citado concluimos que se puede otorgar una fianza en los casos que la ley no lo prohíba y como las compañías de seguros están facultas a otorgar fianzas que no estén prohibidas por ley de acuerdo con el artículo 43 de la Ley General de Seguros podrían emitir un seguro de fianza para suspender los efectos del auto de prisión preventiva.

La caución procede cuando la infracción cometida es de aquella que merece únicamente pena de prisión. El juez para determinar esta procedencia entenderá al mérito de los autos ante todo a la prueba material. El reconocimiento médico en el delito contra las personas es la mejor pauta; la denuncia, los documentos aparejados etc. El juez calificará los hechos sin que ello signifique una anticipación de criterio. Las clases de caución pueden consistir en fianza otorgada por una o más personas para responder los resultados del juicio si se cumplen las prescripciones procesales, como la presentación del acusado cuando el juez lo ordene. La fianza debe constar de escritura pública por el valor fijado por el juez y se señalará domicilio en el lugar del

juicio, es decir que la póliza de fianza deberá ser autenticada ante un notario público para que tenga validez procesal.

De acuerdo al artículo 177 del código de procedimiento penal son obligaciones del garante: El garante se obliga a presentar al imputado cuando el juez lo ordene o a pagar el valor total de la caución, por ende la compañía de seguros al ser el garante debería encargarse de que se presente el imputado el momento que lo requiera el Juez ya que caso contrario se ejecutoriará el seguro de fianza. Para la imposición de estas obligaciones al garante bastará que transcurra el tiempo señalado por el juez para la presentación del imputado, plazo que no podrá exceder de diez días. Hecha efectiva la caución, su monto corresponderá en un cincuenta por ciento a la Función Judicial y, en un porcentaje igual, al Ministerio Público, excluyendo los valores estimados en el numeral 4 del artículo 176 de este Código, que servirán para pagar daños y perjuicios si los hubieren.

Nos compete analizar los casos en que no procediera la fianza que de acuerdo al Art. 175 del código de procedimiento penal son los siguientes:

- a). En delitos sancionados con reclusión.
- b). En caso de reincidencia específica.
- C. Al encausado que por cualquier motivo ocasionó la efectivización de la fianza no se le admitirá otra en el mismo proceso.
- d). Siempre que la Ley niegue la aceptación de la fianza, como en el caso de violación de la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes.

Como podemos darnos cuenta es posible rendir una póliza de seguro de fianza en materia penal, pero en la práctica yo sí veo muy complicada su aplicación.

2.5.-Definición.-

Podemos indicar que el seguro de fianza es una materia nueva dentro del Derecho Mercantil en relación con el Contrato de Seguros que ya este se conoció desde comienzos del siglo XX en nuestro país, mientras que el seguro de fianza si bien se lo ha venido otorgando, recién en el año de 1998 se lo norma de alguna manera. Por lo cual debemos recurrir a la legislación y doctrina extranjera para fundamentar un

concepto adecuado, y tomando en cuenta para lo cual citamos los conceptos de seguro de fianza de los siguientes autores:

El Dr. Hernando Galindo Cubides define al seguro de fianza como: “Un contrato por el cual una aseguradora, mediante el cobro de una prima, protege al asegurado contra el incumplimiento de una obligación específica a cargo del deudor principal o del fiado.” Autor que concluye indicando que por ende el seguro de fianza tiene sus caracteres propios y su autonomía como ente jurídico.

De acuerdo con el artículo 68 de la Ley de España, “por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”. El tratadista español Francisco Vicent Chulia, indica “en el seguro de caución el asegurador está obligado a indemnizar ante el mero incumplimiento de la obligación por el deudor-tomador”; aclarando que debería decir “no cumplimiento”, con el fin de no confundir el riesgo peculiar de este seguro con el incumplimiento jurídico, que no existe si el deudor prueba fuerza mayor o caso fortuito.

En la Argentina, el seguro de caución beneficia a toda empresa que mantenga una relación contractual con sus proveedores, ya que actúa como garantía de sus principales contratos (hasta la finalización total de las obligaciones del contratista).

También este seguro aporta un beneficio sumamente importante a todos aquellos proveedores del estado ó de Empresas privadas, ya que ofrece soluciones rápidas ante los requerimientos del Estado ó de la Empresa Privada, con relación a las fianzas ó garantías solicitadas en cada tipo de contrato (pliegos de Licitaciones, órdenes de compra, anticipos, etc.)

El seguro de fianza cubre aquellas obligaciones:

De Hacer (Ej. una construcción industrial)

De Dar (Ej.: provisión de mercadería)

De Pagar (Ej.: pago de canon en una concesión).

Según el artículo 1 letra w, de la Ley de Seguros y Fianzas de República Dominicana, se entiende por: Contrato de fianza: Es aquel de carácter accesorio por el cual una de las partes (afianzador), mediante el cobro de una suma estipulada (honorarios) se hace responsable frente a un tercero (beneficiario) por el incumplimiento de una obligación o actuación de la segunda parte (afianzado) según las condiciones previstas en el contrato suscrito entre las partes;

De lo expuesto concluyo que para poder dar un concepto del seguro de fianza unánime debo generalizar las fianzas públicas y las privadas, y en base a este criterio manifestar el siguiente concepto:

“El Seguro de Fianza, es un contrato accesorio de seguro, por el cual una compañía de seguros mediante el cobro de una prima se compromete con el asegurado/beneficiario, a responder por el cumplimiento del objeto de la póliza de un tercero o deudor principal llamado afianzado/tomador”.

CAPITULO 3

CARACTERISITICAS DEL SEGURO DE FIANZA

- 3.1.- Características Comunes a los demás ramos de seguros.-**
- 3.1.1.- Solemne.-**
- 3.1.2.- Bilateral**
- 3.1.3.- Conmutativo.-**
- 3.1.4.- Oneroso.-**
- 3.1.5.- De Buena Fe.-**
- 3.1.6.- De Tracto Sucesivo**
- 3.2.- Características propias.-**
- 3.2.1.- Accesorio.-**
- 3.2.2.- Contragarantías.-**

CAPITULO 3

CARACTERISTICAS DEL SEGURO DE FIANZA

El seguro de fianza, es un contrato de seguro sui generis ya que no cumple con las características normales de todo contrato de seguro privado, y sobre todo por que tiene características propias, lo cual lo analizamos a continuación.

3.1.- Características Comunes a los demás Ramos de Seguros.-

3.1.1.- Solemne.- El seguro de fianza es solemne ya que si atendemos a lo expresado en el artículo 1486 del código civil encontramos que dentro de la clasificación de los contratos de acuerdo a la forma como se perfeccionan estos pueden ser reales, solemnes y consensuales; para que un contrato sea solemne tiene que cumplir ciertas formalidades esenciales, tanto para su perfeccionamiento como para su validez jurídica.

Citemos el Art. 6 del Decreto 1147 que dice: El contrato de seguros se perfecciona y prueba por medio del documento privado que se extenderá por duplicado y en el que se harán constar los elementos esenciales. Dichos documentos se llaman pólizas. Deben redactarse en Castellano y firmadas por los contratantes.

De acuerdo con el Art. 6 del decreto 1147 el contrato de seguro debe celebrarse en un documento privado llamado póliza, tanto la póliza, como los anexos, endosos y demás documentos emitidos por las aseguradoras deben previamente obtener la respectiva resolución de aprobación de la Superintendencia de Bancos y Seguros de acuerdo a lo establecido en el artículo 25, y 43 de la Ley General De Seguros, y además deben ser redactadas en Castellano y ser firmada por los contratantes, por lo cual el contrato es solemne.

Al respecto de lo comentado en el inciso anterior sobre la póliza, anexos, endosos, me estoy refiriendo al hecho de que el transcurso de la vigencia de la póliza esta puede sufrir modificaciones, ya sean estas solicitadas por el asegurado, por el

asegurador, o por el solicitante o contratante, así como por hechos ajenos a la voluntad de estos.

Casi en todos los casos, por no decir en todos, el seguro de fianza es exigido y requiere de ciertas formalidades para su existencia jurídica. Es pertinente precisar que el seguro de fianza tiene que ser emitido a través de una póliza.

Las entidades estatales exigen tal requisito por lo cual sin cumplir esta formalidad el seguro de fianza no puede existir jurídicamente.

Como por ejemplo, si un contratista celebra un contrato con un municipio para la construcción de un puente en un plazo de 280 días, y luego de emitida la póliza se cambia dicho plazo de común acuerdo entre las partes a un plazo a 380 días deberá emitirse un anexo aclaratorio, para que la póliza cubra dicho tiempo restante de 100 días, este anexo debe contener todos los requisitos antes mencionados para su validez.

3.1.2- Bilateral.- El Seguro de Fianza como todo contrato de seguro privado cumple esta característica ya que existen obligaciones recíprocas para las partes contratantes. El artículo 1482 del código civil señala: el contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente. No se debe entender que una vez pagada la prima por parte del solicitante, las obligaciones recaen para la aseguradora de pagar el siniestro, porque sería un contrato unilateral desvirtuando la esencia del contrato de seguro privado, sino al contrario el artículo 16 del Decreto 1147 expresa entre las obligaciones del asegurado o solicitante, la de mantener el estado del riesgo o a su vez notificar cualquier modificación del riesgo a la compañía aseguradora con 10 días de antelación si el asegurado o solicitante conociera de dicha modificación caso contrario es decir de no haber conocido de dicha modificación sino hasta después de realizada tiene que máximo en 3 días notificar a la compañía de seguros, la cual puede aceptar el riesgo con el respectivo pago de prima adicional, o no aceptarlo y dar por terminado el contrato reteniendo la prima devengada.

El contrato de seguro de fianza, se encasilla en la bilateralidad,

3.1.3.- Conmutativo.- Esta característica no es la más aceptada por los distintos tratadistas del contrato de seguro en general, mucho menos del seguro de fianza, debido a que en la mayoría de cuerpos legales se refieren a el como aleatorio.

Fundamento mi teoría respecto a la conmutabilidad del seguro de fianza, en dos aspectos principales el primero de ellos citado por el Dr. José Alvear Icaza, quien manifiesta “ que la aleatoriedad del contrato de seguros dejó de existir desde el momento que desapareció el Asegurador individual para dar paso a la empresa Aseguradora y a través de un estudio técnico a base de la estadística y el calculo de las probabilidades asume los riesgos que amenazan un conjunto de economías análogas. En el instante que el asegurador individual cede ante la presencia de la empresa aseguradora, la aleatoriedad del contrato pierde su justificación y esta se transforma en conmutativo. Para que un contrato sea aleatorio, debe serlo para ambas partes contratantes. La perspectiva de ganancias para una de ellas constituye ciertamente una posibilidad de perdida para la otra, por que la ganancia se realiza a sus expensas.”¹¹

En el seguro de fianza la conmutatividad es evidente ya que la prima de seguro que cobra la empresa Aseguradora, ciertamente no es calculada al azar puesto que previamente hubo un estudio de la siniestralidad y se formulan en base a la experiencia, además el análisis previo que realizan las Afianzadoras del seguro propuesto se deduce que las obligaciones asumidas por el afianzado son posibles de cumplir con los precios y con las condiciones y plazo previsto.

El segundo punto tiene como punto de partida; que si bien es cierto que la ocurrencia de un siniestro puede tener como efecto una perdida para la compañía con respecto a la prima pagada por el contratante, esta se va a compensar, en primer lugar con la utilidad de los otros ramos de seguros, (esto de acuerdo a nuestra actual legislación, ya que como indiqué en el capítulo pasado, debería no confundirse a este ramo con los demás). Y en segundo lugar por que la empresa Afianzadora goza de las contra-garantías, que los afianzados están obligados por Ley a entregar a sus aseguradores

¹¹ ALVEAR J. Análisis Comentarios y Sugerencias sobre algunos aspectos del derecho de seguros en el Ecuador.pag. 21 y 22.

ya sean personales o quirografarias, garantías reales o simplemente en los casos de los seguros de fianza de buen uso del anticipo suele en algunas ocasiones cuando el monto lo amerita administrarse conjuntamente el anticipo.

Como vemos se encuentra justificado la compensación que existe entre el pago de la prima por parte del afianzado a cambio de la póliza que le garantiza el cumplimiento de sus obligaciones y que es indispensable para que pueda realizar su obligación principal, así como con la expectativa del asegurado de recibir una indemnización en caso de ocurrir un siniestro.

3.1.4.- Oneroso.- Al ser el seguro de fianza un contrato comercial no puede ser gratuito ya que todos los contratos mercantiles siempre persiguen o tienen como finalidad el lucro; esto por mandato de ley y por su naturaleza estudiada en el capítulo anterior, lo cual tiene total concordancia con el artículo 1 del Decreto 1147 y con el artículo 2483 del código civil. No produce efecto alguno un seguro de fianza en el que no se estipule una prima o un precio por ausencia de uno de los elementos esenciales la prima de seguro, y la existencia de un tercer beneficiario no arguye en contra de esta conclusión, porque la existencia de una bilateralidad entre asegurado y beneficiario, no implica que esta existía en las relaciones con el asegurado.

3.1.5.- Contrato de Buena Fe.- La Buena Fe es un principio básico y característico de todos los contratos que obliga a las partes a actuar entre sí con la máxima honestidad, no interpretando arbitrariamente el sentido de los términos acordados.

La Buena Fe, en el contrato de seguro tiene trascendental importancia, en cuanto al asegurado le obliga a describir total y claramente la naturaleza del riesgo a ser asegurado para que el asegurador tenga la información completa que le permita aceptar o no el riesgo, y en el primer caso, determinar la prima aplicable, asimismo el asegurado debe procurar evitar la ocurrencia del siniestro o aminorar su impacto.

El asegurador, por su parte, está obligado por la Buena Fe a informar sobre el real alcance de las coberturas y de las exclusiones, de manera que el asegurado sepa concienzudamente las condiciones contractuales.

El Art. 1589 del Código Civil se refiere en los siguientes términos: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

3.1.6.- De Tracto Sucesivo.- El seguro de Fianza es de tracto sucesivo debido a que sus obligaciones se van desarrollando durante su vigencia, por el mismo hecho de cumplir con las obligaciones pactadas en la póliza.

3.2.- Características Propias del Seguro de Fianza.-

3.2.1.- Accesorio.- El seguro de fianza es Accesorio ya que su existencia esta subordinada a una obligación principal, siendo el elemento jurídico que más lo distingue de los otros seguros reales o personales.

Para mayor claridad citaremos un ejemplo del libro del Dr. Eduardo Peña Treviño; para otorgar un seguro de fianza de cumplimiento que asegure a un contratista cuya obligación principal es construir una carretera, este ha debido previamente celebrar un contrato con alguna institución publica o privada que le ha encargado dicha construcción, y que le pide una garantía que cumplirá con su trabajo dentro de los plazos estipulados, realizando las obras pactadas y poniendo los materiales que se han previsto en el contrato principal. Si no se hubiese celebrado el contrato de construcción del puente, no podría la aseguradora emitir la póliza de garantía ya que no existe el necesario antecedente y el que le da vida al seguro de fianza.

“El que la fianza sea un contrato accesorio-a diferencia del contrato de seguro que por lo general es principal-no significa que el termino “seguro de fianza” este mal empleado, porque precisamente se trata de una cobertura encaminada a cubrir determinada prestación a cargo del fiado y son las compañías de seguros las que, con sus pólizas, responden por el cumplimiento de obligaciones ajenas y por tanto,- valga repetirlo- se requiere de la existencia de un primer contrato u obligación principal; de lo contrario, no se podría ni siquiera mencionar la palabra fianza, como tampoco

hablar de seguro en el evento de que fuera otorgada por una persona o entidad distinta a una aseguradora. Dicho de la manera mas sencilla, el contrato de seguro pierde su carácter de principal cuando tiene por objeto amparar o garantizar el cumplimiento de cualquier obligación.”¹²

3.2.2.- Contragarantías.- El solicitante de un seguro de fianza esta obligado a rendir o prestar a la compañía de seguros las contragarantías, previo a la emisión de una póliza, como respaldo de la aseguradora en caso de incumplimiento del asegurado.

Dichas contragarantías pueden ser personales o reales. Con mas profundidad será analizada esta característica, cuando estudiemos la aplicación del seguro de fianza, en el capitulo final.

¹² GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 57.

CAPITULO 4

ELEMENTOS PERSONALES Y REALES

- 4.1.- Elementos Personales.-**
- 4.1.1.- El Asegurador, Concepto, Requisitos.-**
- 4.1.2.- El Solicitante, Concepto.-**
- 4.1.2.1.- El Seguro por cuenta Propia.-**
- 4.1.2.2.- El Solicitante por cuenta ajena.-**
- 4.1.3.- El Asegurado y/o Beneficiario, Concepto, Cesión de Derecho.-**
- 4.2.- Elementos Reales.-**
- 4.2.1.- El Interés Asegurable.-**
- 4.2.2.- El Riesgo Asegurable.-**
- 4.2.3.- El Monto Asegurable.-**
- 4.2.4.- La Prima.-**
- 4.2.5.- La Obligación del Asegurador del asegurador de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.-**

CAPITULO 4

ELEMENTOS PERSONALES Y REALES

Este capitulo, nos va a servir para esclarecer que no existe ninguna duda respecto de la naturaleza jurídica de las pólizas de fianzas para ser consideradas como contratos de seguros, ya que el contrato de seguro privado de fianza cumple con los elementos establecidos, en el Art. 2 del Decreto 1147:

Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1. El asegurador;
2. El solicitante;
3. El interés asegurable;
4. El riesgo asegurable;
5. El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso;
6. La prima o precio del seguro; y,
7. La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.

A falta de uno o más de estos elementos el contrato de seguro es absolutamente nulo. Estudiemos entonces si el seguro de fianza puede ser considerado como un contrato de seguro valido y por ende que genere derechos y obligaciones para las partes intervinientes; de acuerdo a la legislación vigente en nuestro país y sobre todo a la legislación que regula el contrato de seguro.

4.1.- Elementos Personales del Contrato de Seguro Privado de Fianza.- “ La conexión entre los contratos de fianza y seguro, requiere de la intervención de tres sujetos: a) el tomador o proponente, es decir el deudor quien solicita la emisión de una póliza para garantizar a su acreedor el pago de la deuda, b) el asegurado, es decir el acreedor a cuyo favor se ha emitir la póliza, c) el asegurador o sea el garante o

fiador que emite una póliza en garantía del cumplimiento de la obligación del tomador frente al asegurado.”

El seguro de fianza, es el único contrato de seguro donde juega un papel clave e imprescindible las personas intervinientes, ya que siempre y a diferencia de los seguros de daño como vengo insistiendo en líneas anteriores, el solicitante es una persona diferente del asegurado o beneficiario, es decir: “La póliza de seguro de Fianza no regula la relación entre asegurador y asegurado o beneficiario, las cláusulas de la póliza tan sólo rigen en las relaciones entre asegurador y tomador o contratante. La relación entre asegurador y asegurado o beneficiario queda regulada por un certificado individual de seguro de caución, donde el asegurador garantiza al asegurado que el tomador del seguro va a cumplir sus obligaciones contractuales.”¹³

4.1.1.- El Asegurador, Concepto, Requisitos Formales para operar como Asegurador en el Ecuador.- De acuerdo a la legislación vigente en nuestro país, esto es el Art. 2 y 3 del Decreto Supremo 1147 al hablar de los elementos personales del contrato de seguro establece que uno de ellos es el asegurador, persona jurídica legalmente autorizada para operar en el Ecuador, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro; esto en total concordancia con lo establecido en la Ley General de Seguros, Art. 1, 2 y 3, al señalarse que asegurador es: La persona Jurídica legalmente autorizada para operar en el Ecuador, se esta limitando la facultad de ser asegurador, no puede serlo cualquier persona, debe ser una persona jurídica, es decir una empresa cuyas constitución, organización, actividades y extinción están reguladas y vigiladas por la Superintendencia de Bancos, para que una persona jurídica constituida bajo el sistema de anónima opere como compañía de seguros de fianzas debe cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, para lo cual se debe seguir el tramite establecido en el Art. 10 de la Ley General de Seguros: “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 las personas jurídicas que integran el sistema de seguro privado,

¹³ www.5campus.com

en base a los informes técnico, 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. En dichos informes se evaluará la solvencia, probidad y responsabilidad de los promotores, fundadores o solicitantes.

Una vez cumplidos los requisitos legales y efectuadas 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 y extenderá el certificado de autorización, que estará a la vista del público.” Del texto transcrito, observamos que la autorización para operar como Asegurador en nuestro medio obedece primero a un trámite especial ordenado por la Ley General de Seguros y segundo a un análisis exhaustivo que determina la factibilidad de la creación de una compañía de seguros en la jurisdicción territorial en la cual pretende operar.

b) Cumplir con el capital pagado mínimo de constitución establecido en el Art. 14 de la Ley General de Seguros, esto es cuatrocientos sesenta mil cincuenta y siete con 50/100 dólares de los Estados Unidos de América. Ya que si bien el inciso segundo del artículo ibidem se refiere a las compañías que van a operar en un solo ramo dicho capital debe ser inferior, al respecto debo manifestar que las fianzas en sus diversas modalidades a saber tienen muchos ramos, como lo son Cumplimiento de Contrato, Buen Uso de Anticipo, Garantía Aduanera, Seguro de Crédito, Garantía de Arrendamiento, Garantía Judicial, entre las más importantes, por lo que debe cumplirse con lo estipulado en el artículo 14 inciso primero, no tendría cabida el inciso segundo a este respecto.

c) Una vez cumplido con los requisitos legales y obtenida la respectiva autorización, esta por sí no habilita a la Compañía a otorgar coberturas, sino se debe obtener la credencial por cada ramo específico en el que se vaya a operar, previa presentación de los respectivos contratos de reaseguros. Así mismo se concede un plazo de seis meses para el inicio de las operaciones.

Cabe precisar, que de acuerdo con el Art. 3 de la Ley General de Seguros, son empresas que realizan operaciones de seguros las compañías Anonimas constituidas en el territorio nacional y las sucursales de empresas extranjeras, establecidas en el país, en concordancia con lo dispuesto en la presente Ley y cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas. Las empresas de seguros podrán desarrollar otras actividades afines o complementarias con el giro normal de sus negocios, excepto aquellas que tengan relación con los asesores productores de seguros, intermediarios de seguros y peritos de seguros con previa autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Notese la limitación existente para ser asegurador, no puede ser asegurador cualquier persona, ni siquiera una persona jurídica o una compañía limitada; es decir que la primera condición es que el fiador sea una entidad aseguradora.

4.1.2.- El Solicitante, Concepto.- El solicitante es la persona natural o jurídica que contrata el seguro, sea por cuenta propia o por la de un tercero determinado o determinable que traslada los riesgos al asegurador. Como observamos nuestra ley prevé dos formas de solicitar una póliza de seguro, la primera cuando perfeccionado el contrato de seguro con la aceptación del riesgo por parte del asegurador y firmado el contrato, el Solicitante se convierte en Asegurado-Beneficiario; y la segunda cuando el Solicitante se convierte en contratante o tomador, lo cual acarrea como resultado que tenga diferentes derechos y obligaciones el solicitante según su condición, lo importante en este estudio es definir cual es el solicitante y en que condición actúa como elemento esencial para la celebración de un contrato de seguro de fianza.

4.1.2.1.- El seguro por cuenta propia.- Lo toma el titular del interés, es decir que la persona que contrata el seguro será la asegurada o beneficiaria; “titular de un interés asegurable es aquel para quien la producción de un siniestro daña directamente un bien que integra su patrimonio como unidad (daños patrimoniales) o que afecta su integridad corporal o la vida (propia o ajena) con la que se halla en relación.”¹⁴

¹⁴ STIGLITZ. Rubén. Derecho de Seguros Tomo 1. Fondo Editorial de Derecho y Economía 4 edición. Buenos Aires. 2005. Pág. 188.

Y es la ley general para los seguros de daños, ejemplo: cuando una persona asegura su casa contra el riesgo de robo y ocurre un siniestro le roban la televisión y la computadora, el beneficiario de la indemnización será el mismo, ya que lo que asegura es el perjuicio que el pueda sufrir por un robo de sus bienes, reúne la calidad de solicitante y asegurado-beneficiario. Concepto que relacionado a un seguro de fianza no es aplicable ya que el solicitante de este tipo de póliza siempre va a ser diferente al asegurado-beneficiario, por ejemplo: Juan ha celebrado un contrato para construcción de una urbanización con el Banco Solidez, el cual ha indicado que uno de los requisitos para la entrega del anticipo para la ejecución de dicha obra es la presentación de una póliza de seguro de fianza de buen uso del anticipo, al momento que la compañía de Seguros Fianzas S.A. acepta el riesgo y emite la póliza, en la misma se indica que en caso de siniestro el asegurado-beneficiario será el Banco Solidez, por que es la esencia de la póliza de fianza garantizar el riesgo de incumplimiento del contrato principal.

Lo contrario sería aceptar, “que el solicitante en los seguros de fianza no puede ser nadie distinto al asegurado-beneficiario-contratante, ósea, aquel cuyo patrimonio puede resultar afectado por un siniestro, aquel que se precave contra la eventualidad prevista en el contrato.”¹⁵

Lo expresado significa que el valor de la póliza de fianza se pacte con anterioridad y se lo estipule en el contrato principal, lo cual se sale de la técnica del seguro por que no nos olvidemos que cada riesgo en materia de seguro de fianzas es distinto, y a sabiendas que las compañías de seguros que se han liquidado forzosamente en nuestro país han sido por la ejecución de una póliza de seguro de fianza, casi en su totalidad por una mala medición o contratación del riesgo, y lo mas importante no obtener las contragarantías necesarias.

Si bien es cierto que la modalidad Banca-Seguros, cada día esta más ligada en sus “pactos” o negocios comunes donde el cliente al solicitar un crédito a un banco o

¹⁵ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 67

institución financiera esta le imponga siempre el seguro a elección de ellos debido a estas relaciones comerciales, claro está que los bancos también brindan este servicio a través de las garantías bancarias; por lo que resultaría no muy prudente realizar ese tipo de negocios.

Otro punto vital es la solicitud o calificación que realiza el afianzado por una póliza de seguro de fianza, que como ya lo estudiaremos en el capítulo final, debe cumplir una serie de requisitos pero el principal es la entrega de contragarantías; de acuerdo a lo establecido en el Art. 43 de la Ley General de Seguros.

La principal obligación del solicitante por cuenta propia es la de mantener el estado del riesgo lo cual resultara imposible si se aplicara para las pólizas de seguros de fianzas, ya que el solicitante por cuenta propia en este caso no tiene como mantener el estado de riesgo ya que la ejecución del mismo está a cargo del afianzado.

4.1.2.2.- El solicitante por cuenta ajena.- “Genéricamente podemos afirmar que existe seguro por cuenta ajena cuando no coinciden la persona del tomador y la que resulta ser, finalmente, titular del interés asegurable.”¹⁶

En el seguro por cuenta ajena como es el caso del seguro de fianza, el solicitante es el sujeto que está obligado a cumplir con la prestación que recibe la compañía de seguros por asumir los riesgos a los que está expuesto el asegurado, en nuestro caso al incumplimiento de este; así como a cumplir con las demás cargas y obligaciones que se dan durante la vigencia del contrato y de sus renovaciones.

El solicitante por cuenta ajena de acuerdo a nuestra legislación presenta dos posibilidades: por tercero determinado o por tercero determinable.

a) Por Tercero Determinado, cuando el solicitante sabe quien será el titular del interés al momento de producirse un siniestro, es decir que el solicitante contrata en nombre propio, pero en interés ajeno. Al referirme a interés ajeno me estoy refiriendo

¹⁶ STIGLITZ. Rubén. Derecho de Seguros Tomo 1. Fondo Editorial de Derecho y Economía 4 edición. Buenos Aires. 2005. Pág. 189.

al interés asegurable, que es la materia de nuestro estudio; ya que por supuesto el solicitante tiene interés en contratar la póliza para cumplir con el requisito exigido por el contratante.

Es importante señalar lo establecido en el artículo 43 de la Ley General de Seguros, donde la Superintendencia de Bancos y Seguros, autoriza a las compañías de seguros mediante la emisión pólizas “por cuenta de terceros” otorgar seguros de fianzas o garantías que no estén prohibidas por la Ley.

Esta es la situación del afianzado, por lo cual está obligado a cumplir con lo dispuesto en el Art. 12 y siguientes del Decreto Supremo 1147: Art. 12.- Si el solicitante celebra un contrato de seguro a nombre ajeno sin tener poder o facultad legal para ello, el interesado puede ratificar el contrato aún después de la verificación del siniestro. Va a resultar en la práctica muy complicado este caso ya que resultara que el afianzado-solicitante, primero haya celebrado un contrato de cumplimiento para un amigo de él que suscribió dicho contrato con una empresa para desarrollar por ejemplo un software.

El Art. 13 dice: El solicitante deberá cumplir todas las obligaciones derivadas del contrato hasta el momento que se produzca la ratificación o la impugnación por parte del tercero.

Si el seguro se estipula por cuenta ajena, el solicitante tiene que cumplir con las obligaciones emanadas del contrato, salvo aquellas que por su naturaleza no pueden ser cumplidas sino por el asegurado.

Art. 14.- El solicitante del seguro está obligado a declarar objetivamente el estado de riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador.

b) Por Tercero Determinable, cuando el solicitante no sabe o ignora quien es el asegurado-beneficiario, es decir el titular del derecho, incluso pudiendo serlo él. A su

vez este tipo de seguro por cuenta ajena puede serlo por tercero indeterminado y por cuenta de quien corresponda. Al respecto cabe citar lo anotado por Rubén S. Stiglitz: “El seguro por cuenta de tercero indeterminado o por cuenta de quien corresponda pone en evidencia la posibilidad de que cuando el titular del interés no sea determinado al tiempo del perfeccionamiento del contrato, pueda ser determinable en un momento contractual ulterior (en etapa funcional o de ejecución).”¹⁷

El primero tiene aplicación, cuando el titular del interés asegurable o asegurado-beneficiario no puede ser o más bien dicho no va a ser en ningún caso el solicitante. Y el segundo caso se da cuando el titular del interés asegurado puede ser cualquier persona natural o jurídica incluso el mismo solicitante, por lo que en este caso se transformaría en un tercero determinado y desde ese momento le competen las mismas cargas y obligaciones que para un tercero determinado.

En el caso de los seguros de fianzas, siempre va a ser el solicitante por cuenta ajena de un tercero determinado; es decir sabemos siempre quien va a ser el asegurado/beneficiario de la póliza; y este nunca va a coincidir con la persona del solicitante.

4.3.- El Asegurado y/o Beneficiario, Concepto, Cesión del Derecho.- En sentido estricto, es la persona que en si misma o en sus bienes o intereses económicos esta expuesta al riesgo.

El Asegurado es la persona natural o jurídica interesada en que los riesgos que le amenazan a ella sean trasladados al asegurador ya que ella es la titular del interés asegurable, en nuestra materia de estudio siempre va a ser el contratante del contrato principal, es decir, el que contrata con el afianzado la ejecución, desarrollo, elaboración, de algún bien o servicio; ya que esa es la esencia del seguro de fianza.

¹⁷ STIGLITZ. Rubén. Derecho de Seguros Tomo 1. Fondo Editorial de Derecho y Economía 4 edición. Buenos Aires. 2005. Págs.191 y 192.

Por ende según nuestra legislación, es la persona obligada a mantener el estado del riesgo asegurado y a observar cargas y obligaciones que surgen del contrato, de acuerdo a lo establecido en los artículos 14 del Decreto Supremo 1147, en el cual su inciso segundo impone la notificación en un plazo no mayor a 10 días en caso de modificación del riesgo si esta depende de su propio arbitrio, pero esto no se va a aplicar en los seguros de fianzas, ya que como estudiamos en líneas anteriores estas obligaciones van a estar a cargo del solicitante por cuenta ajena de un tercero determinado.

4.2.- Elementos Reales del Contrato de Seguro de Fianzas.-

Con gran acierto la mayoría de doctrina sostiene, que los elementos reales del contrato de seguro son indispensables para diferenciarlo del juego o de la apuesta, ya que la presencia de uno de ellos necesariamente tiene que depender de la existencia de los demás.

4.2.1.- El Interés Asegurable en el Seguro de Fianza.- Si bien es cierto que no existe en nuestra legislación una definición de lo que es el Interés Asegurable, podemos desprender una del texto, del Art. 27 del Decreto Supremo 1147: “Puede ser objeto de contrato de seguro contra daños todo interés económico en que una persona tenga en que no se produzca un siniestro.”

Digo entonces que el Interés Asegurable, es una relación de tipo económico que tiene una persona sobre un bien. Ahora cabe recordar que el Art. 3 de la Ley General de Seguros, establece que las compañías de seguros son generales y de vida, por lo que con esta definición dada me refiero al interés asegurable de los seguros de daños.

El Art. 65 del Decreto Supremo 1147 que trata sobre los seguros de personas dice: “Toda persona tiene interés asegurable:

- a) En su propia vida;

- b) En la de las personas a quienes puedan reclamar alimentos de acuerdo con el artículo 360 del Código Civil; y,
- c) En la de aquéllas cuya muerte pueda aparejarle un perjuicio económico aunque esto no sea susceptible de una evaluación exacta.”

Y el Art. 66 del Decreto Supremo 1147, manifiesta: “En los seguros de personas el valor del interés asegurable no tiene otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes.” De lo cual podemos concluir que en los seguros de daños el interés asegurable esta vinculado con la pérdida real que sufre el asegurado, mientras que en los seguros de personas esta vinculado con el deseo de donar una renta a las personas sobre las cuales tenemos interés.

En el capítulo segundo mantuve que las compañías de seguros de fianzas deben tener su propio trato, por lo que ahora me compete definir el Interés Asegurable en los Seguros de Fianzas. “Se ha afirmado, en nuestra opinión equivocadamente, de que “el interés asegurable” al celebrarse el contrato (de seguro de fianza) no sería del asegurado (acreedor) sino del tomador (deudor), ya que esta cubriendo las consecuencias de su propia conducta y en su propio beneficio, o sea facilitar la contratación principal. Esta afirmación ha sido receptada por algunos fallos aunque sin extraer de tal premisa ninguna conclusión para la solución de las cuestiones que fueron sometidas en cada caso a decisión de los magistrados o simplemente aludiendo a un supuesto de inexistencia de un verdadero riesgo asegurable, y en otros en los cuales la existencia de un interés asegurable resultaba relevante tal el supuesto de extinción de la obligación principal la jurisprudencia ha ubicado el interés asegurable en cabeza del asegurado.”¹⁸

Por lo tanto puedo manifestar que el interés económico debe tener relación entre el titular del interés y el objeto sobre el que recae, es decir en los seguros de fianzas debemos distinguir quien es el asegurado; en este caso el asegurado es el beneficiario

¹⁸ Alberto Julio Silva Garretón. Publicado en www.eldial.com.ar sup. Ambiental 16-12-2008

de la garantía y no el tomador que es el afianzado. Entonces cual es el interés que tiene el asegurado-beneficiario, de que el afianzado o contratista le cumpla el contrato, le respete la oferta o haga un buen uso del anticipo que el beneficiario o contratante (por ejemplo el estado) le ha entregado, entonces cual es el interés asegurable, dependerá del tipo de garantía o fianza que entregue la compañía de seguros o fiador-garante.

En buen uso de anticipo, el interés asegurable es el patrimonio del beneficiario que corresponde al dinero entregado al contratista o afianzado para hacer la obra, lo que se indemniza es la reposición del dinero que ha sido mal utilizado por parte del contratista.

Deducimos entonces que el interés asegurable es un concepto subjetivo y como tal es el objeto del contrato de seguro de fianza, no es el contrato mismo previamente celebrado entre el afianzado-asegurado y el fiado-solicitante, sino la relación económica que vincula al titular del interés mismo. Isaac Halperin, sostiene, por su parte, que “el concepto de interés asegurable adquiere en el contrato de seguro una importancia extraordinaria, porque constituye el objeto del contrato; su existencia es esencial para legitimar el contrato e impedir que degenera en una apuesta.”

Por lo cual definimos al interés asegurable en los seguros de fianzas como todo interés económico, lícito y que sea valorable o cuantificable en dinero, que tiene una persona natural o jurídica, en que se de el cumplimiento de la obligación principal, es decir el que dio origen al seguro de fianza.

4.2.2.- El Riesgo Asegurable.- Según el artículo 4 del Decreto Supremo 1147 Riesgo es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni de la del asegurador y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgo y son, por tanto extraños al contrato de seguro.

“En este tipo de seguros los de Fianza, el riesgo asegurable es la conducta del deudor, es la eventualidad de un incumplimiento por parte de el; el no atender la obligación de hacer lo que se afianza; en ultimas, el riesgo radica en la persona ya que de ella depende si generan o no perjuicios para el contratante.”¹⁹

Decimos entonces que la ocurrencia de un riesgo en los seguros de fianza no tienen una total concordancia con el articulo precedente que regula al contrato de seguros, ya que la ocurrencia de un riesgo en muchas ocasiones o en la mayoría de ocasiones va a depender de la voluntad del solicitante, lo que caberia aclarar es que nunca va a depender de la voluntad del asegurado que como estudiábamos anteriormente al ser el titular del interés asegurable no va a querer nunca que no se lleve a cabo el cumplimiento o la ejecución del contrato principal o afianzado, a contrario sensu del solicitante quien por ejemplo puede utilizar el dinero que le fue entregado por anticipo para la ejecución de una determinada obra y darle un uso distinto es decir gastarlo en pagos de deudas o pagos de naturaleza distinta para la cual le fueron entregado y confiados.

Resumiendo un poco el análisis del riesgo asegurable en los seguros de fianzas podemos decir que el riesgo que se esta cubriendo en la capacidad moral y técnica de que el solicitante cumpla con el contrato; como podemos observar el seguro de fianza es un seguro con sus propios matices y características, por lo que resulta necesario que la regulación pertinente se refiera a el como venimos insistiendo de una manera particular y especifica.

El articulo 43 de la Ley General de Seguros manifiesta que las Compañías de Seguros pueden asumir los riesgos de terceros a través de la emisión de fianzas o garantías que no se encuentren prohibidas por ley; el articulo 10 del Decreto Supremo 1147 manifiesta en concordancia con el citado articulo que el asegurador

¹⁹ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 66

con las restricciones legales, puede asumir todos o algunos de los riesgos a que esta expuesta la cosa asegurada, el patrimonio o la persona asegurada pero debiendo precisar de una manera clara los riesgos excluidos de los riesgos cubiertos. Tomando en cuenta como manifiesta el doctor Jose Alvear Icaza: “El asegurador antes del riesgo asegurable analiza previamente su grado de frecuencia, dispersión e intensidad para tener un punto de referencia en el calculo de la prima que va a recibir como equivalente. Estos datos técnicos le van a permitir como decíamos anteriormente individualizar al riesgo y señalar los limites dentro de los cuales lo asume.”²⁰

Ahora bien en el caso de los seguros de fianzas, no se aplica como punto de partida los parámetros citados, ya que lo que se va a hacer es mas bien calificar o tener como punto de referencia para asumir un riesgo, una división del riesgo, en subjetivo y objetivo; donde las cualidades técnicas, morales y sobre todo el cumplimiento de trabajos en obras anteriores de similares características va a dar la pauta para la aceptación o no de un riesgo, ya que lo primordial como lo venimos manifestando va a ser la conducta adoptada por el solicitante, mas aun si tomamos en cuenta que este tipo de pólizas no tienen un deducible para evitar la reclamación de siniestros de frecuencia alta y de cuantía o perdidas menores ya que en caso de la ocurrencia de un siniestro se va a indemnizar o resarcir el valor total del daño a la fecha del requerimiento por parte del asegurado.

Concluyo indicando que el comportamiento del afianzado es el riesgo y no la del asegurado ya que la realización del riesgo se va a llevar a cabo por una persona ajena a la que tiene el interés asegurable es decir al asegurado o fiado, con lo cual va a existir armonía con nuestra legislación en los artículos referentes, pero insisto en que esto no se puede colegir sino debe estar consagrado en nuestra ley.

4.2.3.- El Monto Asegurado o Límite de Responsabilidad del Asegurador.- Al hablar de monto asegurado o limite de responsabilidad nos estamos refiriendo a la suma asegurada, que de acuerdo con el articulo 23 en concordancia con el articulo 34

²⁰ ALVEAR J. Análisis Comentarios y Sugerencias sobre algunos aspectos del derecho de seguros en el ecuador.pag. 77

del Decreto Supremo 1147, nos indican que esta debe ser precisado en la póliza y que en ningún caso el asegurador responderá mas o por encima del limite asegurado.

En los seguros de fianzas este tema no presente ninguna dificultad ya que siempre va a ser clara y precisa la forma de establecer la suma asegurada ya que esta dependiendo del tipo de contrato principal que se celebre siempre va a indicar el porcentaje en el cual debe ser tomado el riesgo en referencia a la suma del contrato principal o del valor del anticipo. Particular que lo vamos a estudiar con mas detenimiento e indicar los porcentajes aplicarse en los dos siguientes capítulos.

El articulo 44 de la Ley General de Seguros, en el segundo y tercer inciso, establece que la responsabilidad de las aseguradoras o afianzadoras no excederá de la suma máxima asegurada indicada en la póliza o sus anexos, y que en ningún caso la aseguradora podrá obligarse a mas de lo que deba el afianzado. Concluimos indicando que la póliza de seguros de fianzas cumple con este requisito esencial de todo contrato de seguros.

4.2.4.- La Prima.- O precio del seguro es otro de los elementos esenciales del contrato de seguro ya que sin ella estaríamos entrando en el campo de una fianza civil ya que esta seria gratuita.

Si bien es cierto que nuestra legislación sobre el contrato de seguro no nos da un definición de lo que es prima si hace referencia en los artículos 17 y 18 del Decreto Supremo 1147, a que el solicitante debe pagar la prima al momento de la suscripción del contrato y en domicilio del asegurador o a un representante o agente debidamente autorizado para el cobro. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española Prima es: El Precio que el asegurado paga al asegurador, de cuantía unas veces fija y otras proporcionales.

En los seguros de fianzas siempre la prima es pagadera al contado y contra-entrega de la póliza, porque es la única manera por parte de las compañías aseguradoras de no tener cartera vencida, y sobre todo porque una vez entregada la póliza al

solicitante y este a su vez la entregue al asegurado, el riesgo para la compañía de seguros ya esta en curso y luego no va a poder oponer que la prima no esta pagada; debido a que en el inciso cuarto del artículo 43 de la Ley General de Seguros, indica que la falta de prima no suspende ni termina los efectos de la garantía, por lo cual cabe realizarnos una pregunta ¿si mañana una aseguradora emite una póliza de seguros de fianzas y el solicitante no le paga la prima, y se reporta un siniestro después de 42 días, la compañía de seguros debe pagar el siniestro? La respuesta aparentemente es clara para el caso de una póliza de seguros generales, no se debe pagar el siniestro primero porque no se ha cumplido con uno de los elementos esenciales del contrato de seguro que es el pago de la prima en el momento de la suscripción por lo que dicho contrato o póliza de fianza será inexistente de acuerdo a nuestra legislación; segundo se estaría incumpliendo por parte del solicitante con una de las obligaciones del contrato de seguros por que se perdería el derecho a indemnización.

No obstante para el caso de los seguros de fianzas, el siniestro debe ser pagado, ya que nuestra legislación prevee esta situación y la regula en el artículo 43 inciso 4,5,6 y7, que como lo anotamos en líneas anteriores la falta de pago de prima no suspende los efectos de la fianza, mas aun acota que la compañía de seguros puede pactar con el asegurado a que este sea quien le pague las primas a cargo del solicitante de los valores que esta le tenga retenido o pendientes de pago, ya sean en emisiones o renovaciones de pólizas, esto en total concordancia con el artículo 17 del Decreto Supremo 1147. Indicando en su ultimo párrafo que la factura o recibo de prima debidamente certificado por las compañías de seguros constituye titulo ejecutivo.

4.2.5.- La Obligación del Asegurador de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.- “La principal obligación del asegurador es la de pagar la eventualidad prevista en el contrato; esta es una obligación condicional consagrada como elemento esencial del seguro que no puede faltar, so pena de ser ineficaz el contrato, toda vez que, no nace para el asegurador la obligación de indemnizarlo mientras no sobrevenga el siniestro y, en los seguros de fianza, presentado el incumplimiento, o sea, dada la *conditio juris* contemplada en el

respectivo contrato, la compañía indemnizara la pérdida dentro del plazo señalado en la ley o los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.”²¹

En nuestro caso el pago de una indemnización por un siniestro ocurrido en un seguro de fianzas podemos indicar que tienen diferente trato si el mismo es de un seguro de fianza, cuyo asegurado es una entidad pública o una entidad cuyo 50% de acciones o más pertenezca al Estado o sus dependencias, o si el asegurado es un particular ya sea, persona natural o jurídica. En el primer caso y de acuerdo al artículo 42 en sus 3 últimos incisos de la Ley General de Seguros, el pago se lo deberá realizar en 48 horas después de solicitada la ejecución y no se podrá requerir documentación adicional o trámite administrativo alguno, en el segundo caso por regla general se aplicara el artículo 42 y va a depender de cómo se hayan emitido las fianzas, para que varíen los plazos y trámites a seguirse para el pago del seguro de fianza.

De acuerdo a lo estudiado el contrato de seguro de fianza cumple con todos los requisitos esenciales para ser considerado un contrato de seguro según nuestra legislación vigente, los cuales son:

- 1.- El asegurador o Afianzador (Compañía de Seguros)
- 2.- El solicitante o afianzado; y el asegurado o beneficiario.
- 3.- El interés asegurable del asegurado sobre el objeto del contrato.
- 4.- El riesgo asegurable u objeto del contrato
- 5.- El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso;
- 6.- La prima o precio del seguro; y,
- 7.- La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.

²¹ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 70 y 71.

CAPITULO 5

ANALISIS DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA Y EL SEGURO DE FIANZA.-

- 5.1.- Contrato Administrativo y las Garantías.-**
- 5.2.- Características de las Garantías Exigidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica.-**
 - 5.2.1.- Incondicionales.-**
 - 5.2.1.- Irrevocables.-**
 - 5.2.3.- De Cobro Inmediato.-**
- 5.3.- Referencia al beneficio de Excusión u Orden.-**
- 5.4.- Clases de Garantías Exigidas.-**
 - 5.4.1.- Garantía de Fiel Cumplimiento.-**
 - 5.4.2.- Garantía de Buen uso de Anticipo.-**
 - 5.4.3.- Garantía Técnica.**

CAPITULO 5

ANALISIS DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA Y EL SEGURO DE FIANZA.-

El principal campo de aplicación del seguro de fianza tiene como base legal a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en ella se detallan todos los pasos concretos para que las instituciones del sector público contraten para las diferentes actividades, una de las exigencias es la presentación de una garantía previo a la suscripción de un contrato, y la ley faculta para que esa garantía pueda ser una póliza de seguro de fianzas.

5.1.- Contrato Administrativo y las Garantías.- Para tener mas claro este tema es necesario que demos una definición de lo que es un contrato administrativo, para Escola “son aquellos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que coloquen al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación respecto a este. La teoría de la cláusula exorbitante es la base jurídica en la cual se fundamentan las garantías, que afianzan los contratos celebrados por la contratación pública.

Según Lamprea, muchas son las posiciones que la doctrina y la jurisprudencia han adoptado para definir lo que se debe entender por exorbitante. Desde el punto de vista contractual, expone el mencionado tratadista.... Exorbitante es la cláusula unilateral que rompe la igualdad de las partes, al facultar exclusivamente, a la administración para tomar decisiones a su favor. La cláusula exorbitante rompe la igualdad que se mantiene constante en los contratos de derecho privado.”²²

“La Garantía es una institución muy particular del derecho administrativo. Ha sido definida por los administrativistas de variados modos.

²²BOHORQUEZ DE SEVILLA, Mercedes. Las Garantías en la Contratación Pública. Edino. Guayaquil. Ecuador.1992. Pág. 135 y 36.

Varela Méndez, dice al respecto: "Constituyen garantía en el contrato de obra pública, todas las cauciones que la administración pública exige a sus contratantes para asegurar el puntual y exacto cumplimiento de las obligaciones que éstos asumen por el contrato, teniendo en vista la finalidad superior de satisfacción de las necesidades de la comunidad a través de la obra cuya ejecución se trata".

Para Miguel Bercaitz, la cláusula de garantía es un elemento que integra la naturaleza de un contrato administrativo, en virtud de la completa generalidad con la que se la inserta en ellos. El Decreto 222 de la legislación colombiana, "por el cual se dictan normas sobre los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones" dispone en su Art.90: "Los respectivos contratos de garantía toman parte integrante de aquel que se garantiza". De estas nociones se puede colegir las características más sobresalientes de las garantías pactadas en los contratos administrativos: generalmente son un contrato accesorio, unilateral, gratuito, real o solemne y en ocasiones innominado.

Pero antes de analizar cada uno de los caracteres mencionados, conviene dejar establecida una consideración fundamental: la garantía es un contrato accesorio que se constituye mediante una variada gama de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la garantía bancaria, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito, etc., cada uno de los cuales considerado independientemente de su accesorialidad, tiene una fisonomía propia, muy diferente de aquella. En consecuencia, unas son las características de las garantías como contrato accesorio del principal al que acceden, y otras muy diferentes de las notas que conforman el perfil específico de la obligación que se utilizó como garantía.”²³

5.2.- Características de las Garantías Exigidas por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, en los procedimientos precontractuales y en los Contratos que celebre el Estado o las entidades del Sector Público, los oferentes o contratistas podrán rendir cualquiera de las garantías especificadas en el Art. 77 de la Ley referida, entre ellas el literal c) hace referencia a las pólizas de seguro

²³ BOHORQUEZ DE SEVILLA, Mercedes. www.lahora.com

incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, que podrán ser emitidas por una Compañía de Seguros establecida legalmente en el país.

Es decir que dentro de los contratos celebrados con el estado tiene validez la cláusula exorbitante, ya que de por medio está el interés general, es decir que aunque no se estipulen, pueden ser exigidos por la administración. Por ende las características de las garantías solicitadas en el artículo arriba citado, las analizamos a continuación:

5.2.1.- Incondicionales.- Consiste en la imposibilidad o inadmisibilidad de alegar un supuesto, causa o cualquier situación que niegue o sea una objeción para el pago de la garantía; simplemente bastará la notificación por escrito de la entidad pública indicando el incumplimiento y solicitando la ejecución de la garantía, y sin más la aseguradora debe realizar el pago de la garantía, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 42 de la Ley General De Seguros y en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en el literal 1 y 2 del presente artículo, 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.

“De acuerdo a nuestro Código Civil es obligación condicional la que depende de una condición, esto es de un suceso incierto que puede suceder o no. Las garantías, en realidad, no pueden ser incondicionales absolutas por su propia naturaleza, En efecto, como obligaciones accesorias que son, solo pueden hacerse efectivas frente al incumplimiento de la obligación principal, o sea por el incumplimiento del contratista, por falta de devolución del anticipo no devengado, por declaración de terminación unilateral y anticipada del contrato.”²⁴

²⁴ BOHORQUEZ DE SEVILLA, Mercedes. Las Garantías en la Contratación Pública. Edino. Guayaquil. Ecuador.1992. Pág. 42.

Es por ello que es necesario hacer hincapié en que esta característica se refiere a la forma de ejecución de la garantía, a la forma de efectivizarla, es por ello que las aseguradoras siempre precalifican a sus afianzados para poder emitir una fianza.

5.2.2.- Irrevocables.- Esta característica, se refiere al hecho de que la aseguradora no puede dejar sin efecto la póliza que garantiza el cumplimiento de algún contrato, la aseguradora no puede cancelar una póliza, inclusive como veíamos en el capítulo anterior que aun la falta de pago de prima no deja sin efecto la garantía.

“La irrevocabilidad debe entenderse como la imposibilidad del emisor de dejarla sin efecto por su propia voluntad, de tal manera que constituya un compromiso firme, el cual brinde la seguridad necesaria para garantizar los intereses del Estado. Por esta razón, es indispensable que las condiciones generales y especiales, que constan en los modelos de pólizas de seguros, utilizados para emitir las garantías, no contravengan la incondicionalidad exigida por las ley de Contratación Publica.”²⁵

5.2.3.- De Cobro Inmediato.- Esta característica, debe entenderse como el hecho de que una vez incumplido el contrato el pago de la garantía debe de ser inmediato dejando sin efecto lo establecido en el artículo 42 de la Ley General de Seguros, donde se indica que el pago de los siniestros los puede realizar la aseguradora luego de 45 días de presentada la documentación que según la póliza sea necesaria, aclarando que esto tiene aplicación para todos los demás ramos y pólizas, incluso para los seguros de fianzas privados; ya que si se trata de un seguro de fianza publico o emitido a favor de una entidad publica, se observara, en la ultima reforma a la Ley General de Seguros lo introducido en el Art. 42 en sus tres últimos incisos cuyo texto es el siguiente:

“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

²⁵ BOHORQUEZ DE SEVILLA, Mercedes. Las Garantías en la Contratación Publica. Edino. Guayaquil. Ecuador.1992. Pág. 43.

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 (48) horas 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.”

5.3.- Referencia al Beneficio de Excusión u Orden.- “Es evidente que al permitir la Ley que la empresa de seguros pueda gozar de beneficio de excusión, introduce una nueva condición en los seguros de fianzas, que por esta vía resultan afectados y casi inaplicables para aquellas pólizas cuyos beneficiarios son entidades del sector publico.

Esta posición es justa, pero sin duda enerva la garantía. Es justa, por que impide una especie de enriquecimiento ilícito del deudor principal o contratista, que puede quedarse con dineros ajenos y hacer pagar la fianza al asegurador, disfrutando de un bien mal habido. Mas, la entidad afianzada, principalmente cuando es del sector publico, vería burlado sus intereses, que son de la comunidad que representan, por el largo tramite que implica perseguir y ejecutar primero los bienes del ejecutor principal para luego cobrar al fiador.

El fundamento que subyace en las pólizas cuando son incondicionales, irrevocables y de pago inmediato, es que se debe precautelar primero los intereses de la comunidad, del Municipio, Estado, de la institución que brinda servicios a la mayoría de la población, y la acción protectora debe protegerse con garantías que permitan reparar

inmediatamente el daño causado cuando no se ejecuto la obra cuya construcción se garantizo, y que esta inconclusa, o que no fue iniciada, no se pudo recibir el servicio que se a pactado sin mayores dilaciones ni atrasos.”²⁶

5.4.- Clases de Garantías Exigidas:

Como punto de partida nos vamos a basar en el artículo publicado por el Abogado Juan Carlos Aguirre Márquez: “La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada y promulgada en Suplemento del Registro Oficial No. 395, del 4 de agosto del 2008, que derogó a la Codificación a la Ley de Contratación Pública y a la Ley de Consultoría, establece algunos cambios con relación a la forma y a los tipos de garantías; las cuales se presentan en las etapas precontractual y contractual de los contratos administrativos que se celebren con instituciones y entidades públicas, sujetas a la mencionada Ley.

No se exigirán las garantías establecidas por la presente ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley. La principal diferenciación con las formas establecidas en la Codificación a la Ley de Contratación Pública derogada es que, la actual Ley no prevé como forma de garantía el “Depósito en moneda de plena circulación en el país, en efectivo o en cheque certificado que se consignará en una cuenta especial a la orden de la entidad contratante, en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, cuyos intereses a la tasa pasiva fijada por el Directorio del Banco Central del Ecuador para las cuentas de ahorro en dicho banco, pertenecerán al oferente o al contratista”; y, en vez de esta, posibilita la presentación de “certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la entidad contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

Otra ventaja que establece la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación con la legislación anterior, sobre todo para las entidades públicas, es que las garantías o pólizas, no admitirán cláusula alguna de

²⁶ PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Edino. Guayaquil. Ecuador.2003. Pág. 447

trámite administrativo previo, por lo que el asegurado únicamente requerirá por escrito su ejecución; y, la aseguradora o entidad financiera inmediatamente la efectivizará.

Referente a los tipos de garantía, la legislación actual tiene algunos cambios con relación a la normativa derogada. Antes conjuntamente con la propuesta presentada por un oferente para cualquier procedimiento contractual, este tenía que presentar una garantía de seriedad de oferta, actualmente ya no.

Así mismo, para presentar un reclamo en la etapa precontractual de un proceso contractual, tenía que presentar una garantía de pertinencia de reclamo, por el 7%, y si la entidad juzgaba, que el reclamo era improcedente, se la efectivizaba, actualmente esta garantía fue derogada.

En el mismo sentido, también fue derogada la garantía que establecía el 5% por buena calidad de materiales, esta se presentaba para la celebración del contrato, y fue incorporada en el riesgo asegurado de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Otra incorporación que hace la actual Ley, referente a la garantía de fiel cumplimiento es que “en los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.”²⁷

Entonces de acuerdo a nuestra legislación actual las pólizas a presentarse cuando se contrate con instituciones del sector público o bajo la regulación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son las siguientes:

- a) Garantía de Fiel Cumplimiento que es equivalente al 5% del valor del contrato
- b) Garantía de Buen Uso de Anticipo, que es equivalente al 100% del valor recibido por Anticipo.

²⁷ Abg. Juan Carlos Aguirre Márquez

c) Garantía Técnica

5.4.1.- Garantía de Fiel Cumplimiento.- De acuerdo al citado artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que quienes contraten con el Estado deben presentar esta garantía, para asegurar el cumplimiento del contrato y la buena calidad de materiales, y dichas pólizas deben ser entregadas previo a la firma del contrato, por un valor equivalente al 5% del monto total del contrato.

“La póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato cubre los perjuicios causados a la entidad estatal con ocasión de incumplimientos imputables al contratista. Dentro de este amparo se incluyen los valores estipulados como cláusula penal y pago de multas que se hagan efectivos como consecuencia de las demoras o retrasos por parte del contratista.

Cuando se cobran multas o se cobra la cláusula penal pecuniaria en razón de incumplimientos parciales o totales, las entidades oficiales están exentas de acreditar el monto de los perjuicios, toda vez que estos han sido estimados anticipadamente al señalar en los contratos los valores de la cláusula penal y de las multas. Para perjuicios adicionales y que afecten otras coberturas o riesgos asumidos, obviamente se tendrá que probar la cuantía del daño o detrimento.”²⁸

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al 10% de este, la póliza de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al 20% de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

5.4.2.- Buen Uso de Anticipo.- Esta póliza se emite para garantizar el uso de los dineros entregados como anticipo, es decir que dicho anticipo se ha utilizado en la ejecución del contrato, el mismo que se va devengando de acuerdo a la entrega de planillas que justifican la debida utilización del mismo.

²⁸ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 188

“Dicho en otra forma, se garantiza el buen manejo y la correcta inversión de los dineros que inicialmente recibe el contratista para dar comienzo al contrato. Sabido es que en la casi totalidad de contratos que celebra la administración pública, al contratista se le entrega comúnmente una suma de dinero a título de anticipo y este tiene que ser invertido, en su totalidad en el respectivo contrato sin distraer o dedicar estos fondos a otros frentes.”²⁹

La garantía de buen uso de anticipo es exigida en todos los contratos, cuya forma de pago establezca la entrega de anticipos a favor del contratista, el monto por el que debe entregarse esta garantía es del 100% del valor a recibir y se debe realizar su entrega antes de recibir dicho anticipo.

El porcentaje que se entrega como anticipo para la realización de una obra o prestación de un servicio, puede variar, no existe una disposición legal que establezca el porcentaje a entregarse por anticipo; por lo tanto se lo otorga de acuerdo a lo convenido por la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.

Esta póliza permanece vigente hasta la entrega de la acta de recepción provisional, y su valor asegurado se va rebajando o ajustando conforme se vaya amortizando el anticipo.

5.4.3.- Garantía Técnica.- “En la Ley de Contratación Pública Art. 75 (actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 77), se incorpora en forma expresa, la garantía técnica para los contratos de adquisición o instalación de vehículos, maquinarias, equipos o de obras que lo requieran. Su finalidad es asegurar la buena calidad y el buen funcionamiento de los mismos y se denomina “garantía del fabricante”. El contratista podrá sustituirla por una de las previstas en el Art. 77, por igual valor del bien correspondiente.”³⁰

²⁹ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 189

³⁰ BOHORQUEZ DE SEVILLA, Mercedes. Las Garantías en la Contratación Pública. Edino. Guayaquil. Ecuador.1992. Pág. 87

CAPITULO 6

APLICACIÓN DEL SEGURO DE FIANZA Y NORMATIVA VIGENTE

- 6.1.- Oferta y Aceptación, Artículo 43 de la Ley General de Seguros.-**
- 6.2.- Análisis del Artículo 44 de la Ley General de Seguros; Caso Practico.-**
- 6.3.- Análisis del Artículo 45 de la Ley General de Seguros.-**
- 6.4.- Análisis del Artículo 46 de la Ley General de Seguros.-**
- 6.5.- Análisis del Artículo 47 de la Ley General de Seguros.-**

CAPITULO 6

APLICACIÓN DEL SEGURO DE FIANZA Y NORMATIVA VIGENTE

Dentro de este capítulo voy a realizar un análisis del funcionamiento de una póliza de seguro de fianza, correspondiéndome realizar un estudio desde el momento de las operaciones previas tales como la suscripción o calificación de un solicitante, pasando por la emisión de una póliza de fianza, la ejecución de una póliza es decir la ocurrencia de un siniestro y finalmente las maneras de cómo puede terminar el contrato de seguro de fianza, de acuerdo a la normativa vigente en nuestra legislación, para ir descubriendo las bondades y anomalías de dicho contrato.

6.1.- Oferta y Aceptación, Artículo 43 de la Ley General de Seguros.- Como ya lo hemos visto, el Art. 43 de la Ley General de Seguros en su primer párrafo, faculta a las compañías de seguros a otorgar pólizas de fianzas o garantías que no estén prohibidas por la ley, por cuenta de terceros a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado. De acuerdo a este artículo cualquier compañía que previamente ha obtenido el permiso correspondiente para otorgar este tipo de pólizas puede hacerlo, para que una compañía de seguros acepte emitir una póliza de seguro de fianza, debe tener una pequeña área de crédito dentro de una compañía de Seguros, por lo tanto tendremos que calificar a nuestro cliente para otorgarle un cupo para la emisión de pólizas, dicha precalificación se la realiza tomando en cuenta lo siguiente;

a) Personas Naturales

1. Solicitud y Compromiso de Emisión de Fianzas
2. Respaldo de Activos que garanticen la solvencia económica y moral de contratista y garante
3. Experiencia en contratos de similar complejidad al solicitado
4. Experiencia en contratación con Sector Público o Privado.
5. Referencias de contratos cumplidos a cabalidad.

6. Certificados de cumplimientos de obligaciones ante la Contraloría.
7. Referencias bancarias.

b) Personas Jurídicas

1. Solicitud y Compromiso de Emisión de Fianzas
2. Copia de las Escrituras de Constitución o Reforma al Estatuto
3. Copia del Nombramiento del Representante Legal
4. Estructura financiera y patrimonial de la empresa y su garante
5. Experiencia en contratos de similar complejidad al solicitado.
6. Experiencia en contratación con Sector Público y Privado.
7. Referencias de contratos cumplidos a cabalidad.
8. Certificados de cumplimientos de obligaciones ante la Contraloría.
9. Estados de Situación Financiera (Balances de los dos últimos años)
10. Pago del Impuesto a la Renta
11. Referencias bancarias.

Estos documentos le permitirán a la compañía de seguros conocer la experiencia del solicitante en la actividad que realiza, la seriedad, honestidad y responsabilidad que un contratista tiene frente a una obligación adquirida. En base a lo cual va a determinar si otorga o no una fianza. Este punto de partida es el primordial y vital ya que es al momento de la suscripción donde se pone en juego un verdadero análisis de riesgo, ya que los parámetros antes indicados nos van ayudar a establecer el tipo de riesgo que va a afianzar la compañía de seguros, así como el costo y el tipo de contragarantías solicitadas una vez calificado el solicitante.

Una vez que se otorga o se acepta la precalificación de un solicitante o contratista, de acuerdo a la capacidad de esta la compañía de seguros de otorga un cupo o un valor de garantía anual, es decir que el solicitante no tendrá que volver a precalificarse durante un año para la emisión de pólizas, lo que si va a jugar un papel importante y decisivo es el otorgamiento de las contragarantías.

En el inciso segundo del Art. 43 de la Ley General de Seguros, indica que el afianzado esta obligado a entregar a favor de la entidad de seguros las contragarantías personales o reales que respalden el riesgo asumido. Estas contragarantías van a depender en ultima instancia del tipo y del monto del contrato que se va a afianzar, Para efecto de una mejor cobertura de las pólizas, un mismo cliente puede tener varios tipos de contra garantías, es decir al mismo tiempo puede tener una prenda, hipoteca o certificado endosado, depende de la calificación que se realice al cliente, o si una contra garantía no alcanza para cubrir el monto de las pólizas emitidas, se pueden constituir varias.

Todas las contra garantías reales deben estar debidamente constituidas y registradas para poder emitir la póliza y entregarla al cliente. Por lo general también todos los gastos que esto demanda deben ser cancelados por el cliente.

Así por ejemplo:

Las prendas de vehículos y maquinarias deben estar registradas en el Registro Mercantil y en la Comisión Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre.

Las hipotecas sobre bienes inmuebles como casas, terrenos o departamentos, deben registrarse en el Registrador de la Propiedad.

Los certificados de depósito de bancos activos endosados a una institución en garantía, el endoso debe ser registrado o conocido por el Banco emisor, para que en el momento de hacer efectivo el cobro, el Banco pueda pagar sin contratiempos.

Las contra garantías otorgadas desde el exterior, deben recibirse a través de un banco local, que pueda validar el documento. Lo que si nos queda claro es que sin una contragarantía no se puede emitir una póliza de seguro de fianza.

Una vez calificado el solicitante y constituida la contragarantía se procede a la emisión de la póliza de seguro de fianza. “Las Garantías pueden tener momentos distintos para entrar en vigencia y constituirse en diferentes etapas según la clase de

contrato, sin que esto signifique de ninguna manera que las aseguradoras asuman riesgos con retroactividad. Los hechos que ya sucedieron no se pueden amparar porque no hay riesgo asegurable. La cobertura es para lo que pueda ocurrir, no para lo que ya paso.”³¹

Lo que significa que la vigencia de la póliza comienza con la aceptación del riesgo por parte de la aseguradora valorándolo en su real estado y percibiendo la prima correspondiente al riesgo asumido. Según el Dr. José Alvear Icaza, el contrato de seguros doctrinariamente reconoce tres fases: “de iniciación de su vigencia que pueden o no coincidir: formal, material o técnica. La formal que comienza con la celebración del contrato, la material que generalmente coincide con el formal depende corrientemente de cuando se pacta; podemos decir es el momento en que el asegurador asume el riesgo y el técnico, que es el momento que el asegurador percibe la prima.”³²

Los siguientes incisos del artículo en estudio se refieren al pago de la prima, para lo cual la Ley faculta al contratista la posibilidad de ceder a favor de la compañía de seguros los valores que el asegurado le deba al afianzado por concepto de anticipo incluso los valores que tenga pendiente de cobro al asegurado por concepto de otros trabajos. Exponiendo en el siguiente inciso que la falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de las garantías. En caso de renovaciones de pólizas del sector público se puede convenir que cuando se solicite una renovación estas sean pagaderas por la entidad pública solicitante obviamente con cargo a los valores pendientes de pago al contratista.

Bien al respecto, manifiesto que la forma de pago siempre que se otorgue un seguro de fianza va a ser al contado, la opción incluida por el legislador de que dicha póliza se pague por el asegurado o por el afianzado, debe de constar exclusivamente como condición particular dentro de la póliza ya sea conveniendo que el pago de las renovaciones lo pague la entidad beneficiaria con cargo a los valores que tiene

³¹ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 181

³² ALVEAR J. Análisis Comentarios y Sugerencias sobre algunos aspectos del derecho de seguros en el Ecuador, pag. 111 y 112.

pendiente de pago al afianzado, es decir que siempre va a pagarse dichas garantías con fondos del afianzado.

El inciso final del Art. 43, indica que el recibo o factura de prima, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituye título ejecutivo. “Este es un privilegio que el legislador ha considerado oportuno conceder a fin de que exista *sindéresis* con el cuarto inciso del mismo artículo, mediante el cual se dispone que “la falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía”, porque si la ley obliga a renovar los seguros sin que la compañía tenga recibida la prima, no obstante los pactos constantes en las condiciones particulares de la pólizas, es justo que dichas primas, al no ser solucionadas por el afianzado o asegurado/beneficiario, puedan ser exigidas o demandadas su pago mediante juicio ejecutivo, que siempre es mas rápido que el verbal sumario. La vía del juicio ejecutivo es sin duda alguna privilegiada, y con esta excepción respecto de las primas de los seguros de fianzas, son varios los casos en que el sistema de seguros privados puede demandar en juicio ejecutivo el cumplimiento de obligaciones. Las otras dos como se ha comentado, corresponden a los seguros ordinarios de vida, por los valores de rescate constantes en las pólizas o por la suma asegurada de los seguros dotales, una vez vencido el plazo o periodo total”.³³

Al respecto cabe realizar dos precisiones la primera referente a la reforma del artículo 43 de la Ley General de Seguros derogando el ultimo párrafo; o mas bien dicho reubicándolo y a su vez incluyéndole al final del Art. 9 del Decreto Supremo 1147, el numeral 3 que debe decir: “El recibo o factura de prima de la poliza de fianzas, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituyen título ejecutivo a contrario sensu contra el solicitante”.

Ahora el recibo o factura de prima, si cumple con los requisitos exigidos en el Código de Procedimiento Civil, para ser considerado como un título ejecutivo; es decir es: clara, determinada, líquida, pura y de plazo vencido. “El Art. 450 del Código de Procedimiento Civil, enumera no exhaustivamente los títulos ejecutivos y

³³ PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Edino. Guayaquil. Ecuador.2003. Pág. 431.

en su parte final dice que también son “los demás instrumentos a los que las leyes especiales dan al carácter de títulos ejecutivos”. Como la Ley General de Seguros es ley especial, los requisitos están completos”.³⁴

6.2.- Análisis del Artículo 44 de la Ley General de Seguros; Caso Practico.- A continuación para seguir con el análisis de la aplicación de los artículos pertinentes al seguro de fianza, me voy a basar en el análisis de un caso, mismo que esta signado con la Resolución JB-2008-1068 (**ANEXO 2**).

En fecha 5 de Agosto de 2004, La compañía de Seguros “O” emitió una póliza de Buen Uso del Anticipo, cuya vigencia fue desde el 4 de Agosto de 2004 hasta el 4 de Agosto de 2005, la suma asegurada fue de 1.270.000,00; el solicitante fue el Fideicomiso PTCL, y el asegurado beneficiario la CCYJAC, cuyo objeto fue: “Contrato de Cesión con Pacto de Retroventa y Ejecución de Obras de Montaje e Instalación del Teleférico de Quito”.

De acuerdo al Art. 44, que trata las obligaciones de las afianzados y afianzadores, en el inciso segundo se refiere a la responsabilidad máxima de la compañía de seguros indicando que la misma no podrá sobrepasar la suma asegurada indicada en la póliza o sus anexos, en el caso en referencia la suma asegurada se estableció en un millón doscientos setenta mil dólares, indicando en el párrafo tercero que en ningún caso la compañía de seguros podrá obligarse a mas de lo que deba el asegurado; debiendo constar el riesgo asegurado en forma clara y determinada sin que pueda extenderse la cobertura a otras obligaciones que por ley o contrato tenga el afianzado.

El riesgo asegurado en este caso de acuerdo a como consta en la póliza es: Contrato de Cesión con Pacto de Retroventa y Ejecución de Obras de Montaje e Instalación del Teleférico de Quito”. Es decir que se esta cubriendo el montaje y la instalación del teleférico en Quito, ya que el anticipo fue entregado para cumplir con ese objeto, ahora es cierto también que dentro del riesgo asegurado consta el contrato de Cesión con Pacto de Retroventa, como parte primera del contrato, entendemos entonces que

³⁴ PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Edino. Guayaquil. Ecuador.2003. Pág. 431.

existen dos riesgos asegurado en una sola póliza o que el riesgo cubierto se extiende primero a cubrir el montaje y ejecución del teleférico para Quito; y segundo una vez que se haya realizado dicho montaje la póliza se extiende a cubrir la obligación del afianzado de realizar la compra o el cumplimiento del contrato de retroventa; teniendo que la póliza extenderse a garantizar lo expresamente prohibido por el inciso tercero del artículo en estudio, es decir otras obligaciones que tiene el afianzado; que como ya lo anunciamos se encuentra expresamente prohibido.

Pero cabe realizar la pregunta por que la compañía de seguros al momento de la emisión de la póliza, o bien no emitió la misma o bien la emitió indicando que el riesgo asumido se refería a la segunda parte del objeto que consta como asegurado en la póliza, y la respuesta es fácil de encontrarla porque la compañía de seguros conoce como funciona legalmente el contrato de seguros, bueno casi todas las compañías porque nunca faltan las compañías que por ganar un poco de prima en un negocio, lo ultimo que hacen es darle importancia a la parte legal y técnica de dicho contrato; a diferencia de un particular que necesita contratar un seguro y mucho menos si se trata de un seguro de fianza. En el buen entender de las personas asumirían que lo garantizado son los dos puntos pero la norma al respecto es clara.

En este punto hago un pequeño paréntesis para indicar la importancia de los Intermediarios de Seguros, ya que ellos son los encargados de lograr cubrir la desigualdad existente entre la compañía de seguros que conoce y domina el contrato de seguro a diferencia del cliente quien no conoce ni menos aun va a dominar el contrato de seguros, claro esta que tampoco es su obligación, preciso al respecto la importancia de contratar las pólizas de cualquier ramo con la asesoría de un profesional en intermediación de seguros.

Continuando con el desarrollo del análisis del caso, es importante manifestar que en fecha 5 de octubre de 2005, se realiza la primera renovación de dicha póliza, por cinco meses y veinte y siete días, con vigencia desde el 4 de agosto de 2005 hasta el 31 de enero de 2006, tanto los contratantes como las condiciones particulares fueron las mismas que las inicialmente contratadas; la segunda renovación se la realizo en

fecha 23 de enero de 2006, con vigencia 31 de enero de 2006 hasta el 31 de julio de 2006, manteniéndose las mismas condiciones contradas inicialmente.

El inciso quinto del artículo 44 expresa que se entiende causado el siniestro en los casos establecidos en la ley o el contrato. En el caso en análisis y en cumplimiento con el citado inciso de la Ley general de Seguros, en la parte pertinente manifiesta lo siguiente: se consideran por tanto causales de ejecución de la garantía las siguientes: UNO: La no ejecución y operación del teleférico dentro de los plazos contractuales previstos en el contrato de concesión o sus reformas de existir. DOS: La no creación de las cuentas en el fideicomiso. TRES: La falta de creación a favor de la CCYJAC, de los valores correspondientes a la recuperación del anticipo devengado, según la tabla adjunta.

La primera causal para determinar la existencia del siniestro esta mal encajada ya que la misma se refiere a la póliza de cumplimiento de contrato, misma que no fue contratada, en referencia al punto dos las cuentas fueron creadas pero igual de no haberse dado así tampoco existía siniestro en la póliza de buen uso de anticipo, ya que estas se siguen refiriendo a cumplimiento de contrato y finalmente al punto tres se debe demostrar la no creación de dichas cuentas por consecuencia del mal uso o desvió del valor entregado como anticipo.

De acuerdo al inciso sexto del artículo 44, 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 tramite. Se acreditaran los documentos que acrediten el incumplimiento en lo que se refiere a la obligación afianzada, así como a la naturaleza y monto del reclamo. “Pero el inciso del Art. 44 que ahora comentamos, implica una nueva situación con respecto al pago inmediato, porque de no darse la hipótesis de que el asegurador pague la fianza sin mas tramite que el de recibir los documentos que justifiquen el siniestro, en la segunda hipótesis del reclamo administrativo o en una tercera de una demanda judicial, no se recibe efectivamente el pago inmediato, porque la orden de solucionar la póliza se expediría por el Superintendente de Bancos y Seguros o el juez competente, solamente una vez que se haya terminado el tramite administrativo previsto en el Art., 42 de la Ley

General de Seguros o la sentencia a firme del juez o la Corte que hubiere conocido la ultima instancia de un proceso judicial”.³⁵

En fecha 27 de julio de 2006, el Gerente Administrativo de la CCYJAC se dirigió a la compañía de seguros “O”, indicando que el solicitante/afianzado ha incumplido el contrato firmado mediante escritura publica de cesión de derecho de beneficiario con pacto de recompra y ejecución de obras, específicamente lo estipulado en el numeral TRES, que se refiere a la falta de acreditación a favor de CCYJAC de los valores correspondientes a la recuperación del anticipo devengado, razón por la cual solicita la efectivización de la póliza de Buen Uso del Anticipo por USD 1.270.000,00.

La compañía de seguros “O”, objeto el pago de la póliza de buen uso de anticipo argumentando principalmente lo siguiente: ...el anticipo entregado por su representada ha sido devengado en su totalidad, pues el mismo fue utilizado para el pago e importación de los equipos del teleférico, adquirido por el Fideicomiso PTCL el anticipo entregado según documentación adjunta es de 1 millón de dólares, ese dinero a su vez fue depositado en su totalidad por el Fideicomiso PTCL, mediante transferencia realizada al banco Internacional, a la empresa POMA S.A., encargada de realizar la fabricación de la Telecabina, como en efecto ocurrió, entregando la misma completamente terminada, mediante entrega de acta de recepción suscrita el 20 de abril del 2004, con Fideicomiso PTCL.

El representante legal de la CCYJAC, presento un reclamo administrativo a través del cual solicita ordenar y conminar a la compañía de seguros o apagar a la CCYJAC el valor de la póliza de seguros de buen uso de anticipo. El intendente nacional de seguro privado dispuso rechazar el reclamo administrativo presentado por el CCYJAC en contra de la compañía O; ante lo cual la CCYJAC interpuso un recurso de apelación ante la junta bancaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 70 de la ley general de seguros fundamentando, en lo principal, lo siguiente: ---Aun cuando se hubiese devengado el anticipo, no se ha extinguido la obligación de la póliza.

³⁵ PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Edino. Guayaquil. Ecuador.2003. Pág. 443.

Que como estudiamos en líneas anteriores y fundamentadas en el Art. 44 inciso 3 no tiene cobertura dicha pretensión. Lo cual fue correctamente interpretado por la Junta Bancaria quienes rechazaron la pretensión de la CCYJAC; fundamentados principalmente en lo siguiente:

“Las circunstancias descritas llevan a colegir que las obligaciones constantes en el contrato y al pacto de retroventa de los derechos de beneficiario de dicho fideicomiso, se hallan fuera de la garantía que por naturaleza ampara la póliza de Buen Uso de Anticipo, por cuanto la cobertura no puede extenderse a otras obligaciones del afianzado según lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 44 de la Ley General de Seguros, y en razón de que la póliza de buen uso de anticipo no tiene la característica de garantía financiera tal como se estipula en el contrato, dado que los recursos utilizados para la recompra de los derechos de beneficiario del fideicomiso son totalmente distintos a los entregados por concepto de anticipo, y sobre los cuales se ha convenido el reconocimiento del pago de una tasa de interés, todo lo cual se encuentra fuera del alcance y límites determinados en las condiciones generales y particulares de la póliza, así como de la citada disposición legal”.

6.3.- Análisis del Artículo 45 de la Ley General de Seguros.- De acuerdo al artículo 45 de la Ley General de Seguros, la responsabilidad de la compañía de seguros finaliza por una de las siguientes causas:

- a) 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;
- b) Por la devolución del original de la póliza y sus anexos;
- c) Por el pago de la fianza;
- d) Por la extinción de la obligación afianzada;
- e) Por no haberse solicitado la renovación de la póliza o la ejecución de las fianzas, dentro de su vigencia; y, (hasta las 12 de la noche del día de vencimiento)
- f) Por las causas señaladas en la ley.

La compañía de seguros no puede dar por terminado el contrato de seguro de fianza de manera unilateral a diferencia de los demás ramos de seguros de daños, lo dicho

requiere una reforma al artículo 19 del Decreto Supremo 1147 el cual debe decir: El contrato de seguro, exepcto el de vida y el de fianzas, puede ser resuelto unilateralmente por los contratantes.....

La primera forma para que termine la obligacion garantizada por la compañía de seguros va de la mano o la par con la segunda forma, la primera se da debido a que el afianzado cumplio con todas sus obligaciones y suscribio el acta de recepcion definitiva. “Cuando se suscribe el acta de recepcion definitiva de un contrato, generalmente se devuelve la poliza original y los anexos correspondientes. Es una operación que sigue inmediatamente a la otra. Devuelta la poliza a la compañía esta debe archivarla como documento que ya no tiene valor, pero es oportuno señalar que para la seguridad de la misma empresa aseguradora, la devolucion de la poliza debe haber sido un acto voluntario del afianzado o del beneficiario de la poliza, y debe constar por escrito la razon por la cual se devuelve el documento en que constaba la obligacion del fiador”.³⁶

La tercera causa de terminacion de responsabilidad de la compañía de seguros es el pago de la poliza del seguro de fianza. Cuando se presenta este supuesto nos encontramos frente a la realizacion de un riesgo, es decir que se incumplio por parte del afiansado lo que este tenia que llevar a cabo, configurandose la obligacion del asegurdor, para lo cual existio una etapa anterior por lo cual ya se debio probar la existencia del siniestro si se tratase de una poliza particular ya que la polixa publica es indispensable que la entidad estatal contratante produsca un acto administrativo, atravez del cual solicitan la ejecucion para el repectivo pago de la fianza:

“ El solo incumplimiento, por parte del obligado en seguros e fianza, no constituye siniestro “per se, a no ser que cause un perjuicio o daño de tipo economico al asegurado. Puede suceder, por ejemplo, que un empleo falsifique la firma de un cheque con el fin de estafar a su empleador, asegurado y al momento de querer hacer efectivo ese titulo o valor sea descubierto sin lograr su cometido. En este caso, se incurre en un delito, en un acto de infidelidaddel empleo, en un siniestro, pero

³⁶ PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Edino. Guayaquil. Ecuador.2003. Pág. 450.

no se materializa ningún perjuicio y, si no lo hubo, la compañía de seguros no tiene por que proceder al pago.....”³⁷

Con este ejemplo la idea es ilustrar que para que se cumpla la tercera forma de extinguir la responsabilidad del asegurador es necesario que se de el incumplimiento de parte del afianzado y que efectivamente la compañía de seguros pague el valor correspondiente a la indemnización del perjuicio.

En la práctica para que se una ejecución, o más bien dicho para que se pague una póliza de seguros de fianzas, se va a deber básicamente a que existió una mala suscripción o apreciación del negocio, debido a una falta por parte del asegurador en conocer la idoneidad del contratista para cumplir con todas las obligaciones y la tarea a él confiada.

La cuarta causa, para la terminación de la responsabilidad del asegurador, se debe a la extinción de la obligación principal, y lo cual resulta lógico debido a que acuerdo a nuestro código civil lo accesorio sigue la suerte de lo principal y si la obligación se extingue por cualquier razón el resultado inmediato es la que obligación accesorio se extinga también.

La quinta causa, para la terminación de la responsabilidad del asegurador, es por no haberse solicitado la renovación de la póliza antes de su vencimiento, en este supuesto si no hay póliza que garantice el cumplimiento del contratista termina la obligación de la compañía de seguros, por lo que las entidades gubernamentales y los particulares deben de estar siempre pendientes de los plazos de expiración de las diferentes pólizas de fianzas que manejan para poder solicitar de manera oportuna la renovación de las mismas, y de esta manera caer en una causal de terminación que sería similar a la causal cuarta, ya que la obligación se extingue el día la fecha y la hora expresadas en la póliza de fianzas.

³⁷ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 127.

La sexta y última causal que contempla nuestra ley se refiere a la llamadas “causas señaladas en la Ley”, las mismas que pueden ser de las más variadas formas así como adoptar diferentes figuras jurídicas, como la novación, la nulidad absoluta o relativa, entre las más utilizadas.

6.4.- Análisis del Artículo 46 de la Ley General de Seguros.- Cuyo texto es el siguiente: Si el asegurado al momento de ocurrir el siniestro fuere deudor del afianzado por cualquier concepto, se compensarán las obligaciones hasta el monto correspondiente. La empresa de seguros podrá oponer como excepciones todas aquellas que por ley y los contratos pueda plantear el afianzado.

Del texto transcrito de la Ley General de Seguros, , estamos frente a la figura de la Compensación de Créditos, por lo que se autoriza para que opere entre el asegurado y el afianzado una compensación de ambas deudas. Según el Art. 1672 del Código Civil, la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente en sus respectivos valores, para lo cual se debe reunir las siguientes calidades:

- a) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad;
- b) Que ambas deudas sean líquidas; y
- c) Que ambas sean actualmente exigibles.

Lo cual resulta lógico ya que si el asegurado al momento de la ocurrencia de un siniestro es deudor del afianzado, lo justo es que se de la respectiva compensación, lo cual resulta claro tratándose de pólizas de fianzas del sector privado, pero que pasa con las pólizas de fianzas emitidas para el sector público, que como vimos no permiten o más bien dicho no admiten trámite administrativo previo a la solicitud de la ejecución, es decir que la empresa de seguros para poder hacer valer su derecho o facultad consagrada en la Ley General de Seguros, tiene que confiar que al momento

de solicitarle la ejecución de una garantía se halla en dicha solicitud ya practicada la respectiva compensación de créditos u obligaciones.

“Por ello la compensación operada entre el deudor y el acreedor, repercute en la fianza produciendo su extinción. Esa extinción podrá ser total o parcial, según que la obligación afianzada sea mayor o menor que el crédito recíproco del deudor contra el acreedor.”³⁸

“Por otra parte, la disposición era solicitada para evitar que un contratista, deudor de alguna institución del sector público, además del perjuicio que consiste en no cumplir sus obligaciones, que lo sufren tanto la institución afianzada como el fiador, pudiera recibir como un premio a la ineficacia, y la injusticia la devolución de valores que tuviere a su favor en poder del asegurado/beneficiario. Esta era una de las razones por las cuales se pedía una norma como la comentada, y se insistía en que todo siniestro fuere aparejado con la correspondiente liquidación de obligaciones, de manera que se pagare el saldo neto de la pérdida, con más los informes jurídicos, económicos y técnicos que demostrasen el incumplimiento de un contratista. Me refiero a los reclamos presentados por las entidades del sector público, porque son la mayoría y en las que han producido mayores abusos en contra de los aseguradores. Las fianzas convenidas con el sector privado se manejan de manera diferente y, por lo general, no son garantías incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.”³⁹

En lo referente a las excepciones, que la aseguradora puede plantear de igual manera que si fuere el afianzado, son todas aquellas que por ley y los contratos tenga derecho a oponer el afianzado. De la misma manera que el asegurado/beneficiario tiene la potestad o facultad de reclamar la ejecución de los seguros de fianzas de acuerdo con la ley o con la obligación o contrato principal.

³⁸ RODRIGUEZ Juan Pablo. Tucumán. 2003. Pág. 98

³⁹ PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Edino. Guayaquil. Ecuador.2003. Pág. 458.

El Art. 44 del Decreto Supremo 1147, se refiere al derecho que tiene el asegurador a oponer al cesionario legal o convencional del seguro, todas las excepciones oponibles al cedente. Por lo tanto en el seguros de fianza la ley le esta dando al asegurador o afianzador la calidad de cesionario legal, y el asegurado o beneficiario la calidad de cedente. Para mayor entendimiento o claridad del concepto es necesario citar lo establecido en el Art. 2280 del Código Civil, el mismo que indica que el fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir son excepciones reales las inherentes a la obligación principal.

6.5.- Análisis del Artículo 47 de la Ley General de Seguros.- De acuerdo con este articulo, 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.

Las contragarantías entregadas por el afianzado a la empresa de seguros podrán ser ejecutadas hasta por el monto demandado o adeudado, por los pagos parciales o cargos provenientes de las pólizas y de sus renovaciones realizadas por las empresas de seguros.

El asegurado antes de proceder al pago de los valores correspondientes a la liquidación final del contrato, exigirá al contratista la presentación de un certificado de no constar, como deudor moroso, en la Central de Deudores de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Lo establecido en este articulo tiene total concordancia con el Art. 38 y 39 del Decreto Supremo 1147, los cuales se refieren a la subrogacion en los derechos de actuar contra terceros responsables y al limite de la accion subrogatoria; asi mismo con lo establecido en el capitulo del pago con subrogacion de nuestro codigo civil.

Primeramente vamos a definir en lo que consiste la subrogación misma que se encuentra definida en el Art. 1624 del Código Civil, según el cual la Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga. Es decir que la compañía de seguros, una vez que efectúa el pago del siniestro o de la ejecución de la fianza, se coloca en el lugar y grado de acreedor principal, con todos los beneficios y privilegios anteriores o posteriores al otorgamiento del seguro de fianza. Lo cual resulta lógico y más aun si citamos el Art. 1626 del código civil numeral 3 que dice: Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio: 3.- Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.

La subrogación legal aquí establecida tiene su fundamento en el Art. 38 del Decreto Supremo 1147, que indica que un asegurador que ha pagado un seguro se subroga por ministerio de la ley, hasta el monto de dicha indemnización, incluso pudiendo solicitar al asegurado que haga todo lo que este a su alcance para garantizarle la viabilidad de la acción subrogatoria. Igual facultad otorgada en el Art. 2272 del código civil al fiador cuyo texto es el siguiente: El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor. Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales. Pero no podrá pedir el reembolso de gastos inconsiderados, ni de los hechos antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador.

Una vez encaminada la acción subrogatoria el tercero causante del incumplimiento de la póliza de seguro de fianza, puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiera podido hacer valer contra el asegurado/beneficiario, por la lógica razón de que el asegurador se ha colocado en lugar y grado del asegurado/beneficiario; sin que sea necesaria cesión de derechos ni convención alguna entre ellos.

“La operatividad de la subrogación del asegurador por el ministerio de la ley significa que cuando el asegurador paga la obligación que emerge del contrato de seguro, los derechos que en razón del siniestro le son atribuidos al asegurado contra el responsable, se transfieren al asegurador por voluntad de la ley, de modo que este asume automáticamente en esta última relación de responsabilidad la misma posición sustancial y procesal del asegurado y en la medida de lo indemnizado por aquel. Y la acción que deduce contra el tercero debe ser la correspondiente al derecho que tiene el asegurado y en el que le subroga legalmente.”⁴⁰

Pero el Art. 39 del Decreto Supremo 1147, pone un límite a la acción subrogatoria ya que la misma no se puede ejercer contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen den responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que respecto del asegurado, sean parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni contra el cónyuge separado y no divorciado. Pero esta norma no tiene efecto si tal responsabilidad proviene de dolo o culpa grave o si esta amparada por un contrato de seguro.

La norma es una excepción a la sustitución o subrogación legal y además resulta lógica, ya que si el incumplimiento es causado por alguna de las personas mencionadas en el citado artículo, como por ejemplo, que un hijo ocasione que su padre incumpla una construcción de un puente, el padre siempre va a ser quien responda por dicho incumplimiento, siempre y cuando de que por medio no se encuentre el dolo o culpa grave. Tampoco es viable la aplicación de esta excepción tratándose de una responsabilidad indemnizatoria del asegurador proveniente de un contrato de seguros, es decir que se puede pactar en ciertos contratos de seguros la renuncia al derecho de subrogación.

El final del primer inciso del Art. 47, y en total concordancia con la acción de subrogación legal, otorga la calidad de título ejecutivo a la póliza en la que conste haberse efectuado el pago o al recibo de indemnización suscrito por el asegurado/beneficiario.

⁴⁰ STIGLITZ. Rubén. Derecho de Seguros Tomo III. Fondo Editorial de Derecho y Economía 4 edición. Buenos Aires. 2004. pags. 199 y 200.

Como ya manifesté en líneas anteriores en el Art. 9 del Decreto Supremo 1147, se limita a manifestar los casos en que una póliza de seguros presta merito ejecutivo contra la compañía, pero no dice nada al respecto de que la aseguradora pueda tener la misma acción contra el asegurado, cuando se cumplen los requisitos señalados por nuestra legislación vigente para que se de la calidad de titulo ejecutivo a un documento en este caso a la póliza o al acta de finiquito o recibo de indemnización, es decir que la indemnización pagada por la aseguradora es pura, liquida y vencida.

El segundo inciso del Art. 47, brinda la posibilidad a la compañía de seguros de recuperar el valor de la indemnizaciones pagadas mas los valores que el solicitante/afianzado tenga para con ella, a través de las contra garantías entregadas al asegurador, al momento de la emisión de la póliza de seguros de fianza.

“Presentado el incumplimiento y acreditado ante la compañía, se procede al pago de la indemnización y el fiador acude, entonces, a sus garantes para que le reintegren la totalidad de la suma que ha tenido que desembolsar. Las contragarantías pueden consistir en títulos valores, CDTs, hipotecas o prendas. Es usual que se suscriba un pagare en blanco con una carta de instrucciones para llenar los espacios. Mientras no suceda el siniestro la compañía no puede hacer uso de la contragarantía, pues es claro que esta se entrega a titulo de mera tenencia, celebrándose así un contrato de prenda. El Afianzado o los contragarantes, hasta tanto no se realice el riesgo, siguen siendo dueños de los dineros, inmuebles o cosas que se han dado para garantizar la recuperación de las sumas pagadas como indemnización por la ocurrencia de un siniestro.

Ocurrido un siniestro imputable al afianzado, la compañía iniciara el recobro de lo pagado y si no posee una contragarantía acude a la subrogación, recopilando todos los documentos o soportes que según la ley son necesarios para poder integrar el titulo ejecutivo. En la subrogación es indispensable reunir todos los documentos necesarios para conformar el titulo ejecutivo, de lo contrario no se podrá demandar por esta vía el reembolso y la oportunidad misma del cobro.”⁴¹

⁴¹ GALINDO CUBIDES Hernando, El Seguro de Fianza, Pág. 59 y 61

Finalmente el ultimo inciso del Art. 47 se refiere al beneficio que otorga la Ley General de Seguros, a la empresa aseguradora de inscribir a los contratistas que le adeuden valores por conceptos de primas ya sean estos por emisiones de pólizas o por renovaciones de las mismas, incluso a mi parecer hay que entender que la norma se extiende a valores pendientes de pago por parte del contratista por el pago de siniestros o ejecución de las contra garantías.

De esta manera se pretende lograr que los contratistas, se encuentren al día en sus pagos sobre todo de las renovaciones de las pólizas del sector publico ya que siempre estas pólizas han sido las que mayor problema han acarreado al momento del cobro; y al indicar el articulo citado que el asegurado previo a realizarle la liquidación final al contratista le debe exigir que le presente el respectivo certificado de no constar como deudor moroso en la central de deudores de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

CONCLUSIONES:

Dentro de este trabajo doctoral se ha logrado cumplir con el objetivo trazado, mismo que corresponde a realizar un análisis de la situación legal actual del seguro de fianza y en base a ello realizar recomendaciones de cómo debe estar normado el mismo para su mejor funcionamiento, que no es otro que el liberar o impulsar actividades que sin el seguro de fianza no fuere posible lograr.

1) Con respecto a la naturaleza jurídica de los seguros de fianzas, nos encontramos ante un negocio de fianza en el que se han insertado cláusulas atípicas respecto del mismo, correspondientes al contrato de seguro. Pero dichas cláusulas han sido insertadas con tal sutileza que se ha logrado que dicho contrato cumpla con todos los elementos esenciales para ser considerado como un contrato de seguro, de lo cual no queda duda.

Por lo tanto no le son aplicables ciertas características ni de la fianza, ni de el seguro, y más aun si tomamos en cuenta que ha tomado para si algunos elementos pertenecientes a las garantías.

Lo importante de establecer las diferencias entre el seguro de fianza y las diversas modalidades de fianzas, como la civil y la de arrendamiento, nos ha servido en el transcurso de este estudio para tener un concepto claro de en que consiste el seguro de Fianza emitida por las compañías anónimas de seguros y que no se preste a confusión con las demás figuras que adopta esta garantía personal.

2) En el seguro de fianza la conmutatividad es evidente ya que la prima de seguro que cobra la empresa Aseguradora, ciertamente no es calculada al asar puesto que previamente hubo un estudio de la siniestralidad y se formulan en base a la experiencia, además el análisis previo que realizan las Afianzadoras del seguro propuesto se deduce que las obligaciones asumidas por el afianzado son posibles de cumplir con los precios y con las condiciones y plazo previsto.

3) Para que una compañía de seguros pueda otorgar Fianzas instrumentadas en una póliza, debe constituirse como una Compañía de Seguros de Fianzas, esto lo debe realizar ante el Intendente de Seguros y Fianzas, para lo cual debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley. Tener como capital pagado cuatrocientos sesenta mil cincuenta y siete con 50/100 dólares de los Estados Unidos de América. El porque se debe constituir solo como Compañías de Seguros de Fianzas tiene su sustento en que de esta manera no comprometería su capital formado por las primas de asegurados particulares de otros ramos y en caso de siniestro o ejecución de una póliza va a poder responder por dicho incumplimiento, sin perjudicar a los asegurados de los demás ramos.

Es tan peculiar este contrato de seguro, que hace distinción cuando el asegurado es una persona de derecho publico, o cuando el asegurado es una persona de derecho privado, dándoles y reconociéndole la misma ley diferente trato para la emisión de la póliza, así como para indemnización de siniestros, tal como se desprende de la ultima reforma al Art. 42 de la Ley General de Seguros, donde claramente se manifiesta: “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 (48) horas 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.”

Lo cual a mi parecer deja de lado un hecho fundamental en lo que se refiere a indemnización de siniestros dentro de la rama y de la técnica del seguro, que es la posibilidad de realizar un ajuste de la pérdida, a mi parecer debe existir la posibilidad de nombrar un ajustador para que en base a la liquidación presentada por el asegurado, emita un pronunciamiento dentro de 8 días, y además debe darle a la compañía de seguros un tiempo prudente para que solicite al reaseguro la transferencia del valor del reclamo cedido.

Al respecto concluyo indicando, que si bien es cierto que en las pólizas emitidas para el sector público está de por medio el interés general, por lo mismo no es pertinente que se encuentren artículos sueltos o acomodados para una situación y para otra, o artículos que se contradicen o que algunas veces se apliquen y en otras situaciones no; por lo tanto al ser un contrato de seguro *sui generis* debe estar legislado dentro del Decreto Supremo 1147, en un capítulo denominado Del Seguro de Fianza, ya que en la Ley General de Seguros, solo debe ir lo pertinente a constitución, organización, funcionamiento y control, de una Compañía de Seguros de Fianzas.

4) El interés asegurable, es un concepto subjetivo y como tal es el objeto del contrato de seguro de fianza, no es el contrato mismo previamente celebrado entre el afianzado-asegurado y el fiador-solicitante, sino la relación económica que vincula al titular del interés mismo. Isaac Halperin, sostiene, por su parte, que “el concepto de interés asegurable adquiere en el contrato de seguro una importancia extraordinaria, porque constituye el objeto del contrato; su existencia es esencial para legitimar el contrato e impedir que degenera en una apuesta.

Por lo cual definimos, al interés asegurable en los seguros de fianzas como todo interés económico, lícito y que sea valorable o cuantificable en dinero, que tiene una persona natural o jurídica, en que se funda el cumplimiento del contrato principal, es decir el que dio origen al seguro de fianza.

5) De acuerdo a lo estudiado el contrato de seguro de fianza cumple con todos los requisitos esenciales para ser considerado un contrato de seguro según nuestra legislación vigente, los cuales son:

- 1.- El asegurador o Afianzador (Compañía de Seguros)
- 2.- El solicitante o afianzado; y el asegurado o beneficiario.
- 3.- El interés asegurable del asegurado sobre el objeto del contrato.
- 4.- El riesgo asegurable u objeto del contrato
- 5.- El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso;
- 6.- La prima o precio del seguro; y,
- 7.- La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.

6) El principal campo de aplicación del seguro de fianza tiene como base legal a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en ella se detallan todos los pasos concretos para que las instituciones del sector público contraten para las diferentes actividades, una de las exigencias es la presentación de una garantía previo a la suscripción de un contrato, y la ley faculta para que esa garantía pueda ser una póliza de seguro de fianzas.

Una ventaja que establece la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación con la legislación anterior, sobre todo para las entidades públicas, es que las garantías o pólizas, no admitirán cláusula alguna de trámite administrativo previo, por lo que el asegurado únicamente requerirá por escrito su ejecución; y, la aseguradora o entidad financiera inmediatamente la efectivizará, bueno en 48 horas.

7) El inciso final del Art. 43 de la Ley General de Seguros, indica que el recibo o factura de prima, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituye título ejecutivo. Al respecto cabe realizar dos precisiones la primera referente a la reforma del artículo 43 de la ley General de Seguros, derogando el ultimo inciso; o mas bien dicho reubicándolo y a su vez incluyéndole al final del Art. 9 del Decreto Supremo 1147, el numeral 3 que debe decir: “El recibo o factura de prima de una

póliza de fianzas, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituyen título ejecutivo a contrario sensu contra el solicitante”.

Como ya manifesté en líneas anteriores en el Art. 9 del Decreto Supremo 1147, se limita a manifestar los casos en que una póliza de seguros presta merito ejecutivo contra la compañía, pero no dice nada al respecto de que la aseguradora pueda tener la misma acción contra el asegurado, cuando se cumplen los requisitos señalados por nuestra legislación vigente para que se de la calidad de título ejecutivo a un documento, en este caso a la póliza o al acta de finiquito o recibo de indemnización, es decir que la indemnización pagada por la aseguradora es pura, líquida y vencida.

8) La compañía de seguros no puede dar por terminado el contrato de seguro de fianza de manera unilateral a diferencia de los demás ramos de seguros de daños, lo dicho requiere una reforma al artículo 19 del Decreto Supremo 1147 el cual debe decir: El contrato de seguro, excepto el de vida y el de fianzas, puede ser resuelto unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante notificación escrita al asegurado en su domicilio con antelación no menor de 10 días; por el asegurado, mediante notificación escrita al asegurador, devolviendo el original de la póliza. Si el asegurador no pudiere determinar el domicilio del asegurado, le notificara con la resolución mediante tres avisos que se publicaran en un periódico de buena circulación del domicilio del asegurador, con intervalo de tres días entre cada publicación.

RECOMENDACIONES

Primeramente se debe o bien reestructurar, o bien separar la Superintendencia de Bancos y Seguros, en el primer caso formar un departamento especializado de Seguros y Fianzas, dentro de dicha superintendencia con personal altamente calificado técnica y legalmente; o bien crear una nueva Superintendencia de Seguros y Fianzas, con lo cual se lograra un funcionamiento acorde del seguro de fianzas.

Al funcionar de esta manera tanto la Superintendencia como las Compañías de Seguros, se va a lograr un control de muy alta calidad y sobre todo una operatividad profesional en cada ramo de seguro, ya que las compañías que se especialicen en emitir fianzas, van a tener estándares de suscripción y no va a ser una persona al asar la encargada de dicha suscripción, en nuestro mercado ya existe una compañía que se dedica exclusivamente a cubrir los riesgos de Seguros de Fianzas, y se puede observar los muy buenos resultados que tiene.

Ya que si echamos un vistazo a la historia de seguros en nuestro país la mayor parte de compañías de seguros que se han liquidado forzosamente ha sido por la ejecución de una póliza de fianzas o mejor dicho por una mala suscripción de riesgo de fianzas.

Como segunda recomendación, debo manifestar la necesidad de que la normativa referente al seguro de fianza, se encuentre dentro del Decreto Supremo 1147 en un capitulo dedicado única y exclusivamente a el. Por lo tanto no debe de estar incluido dentro de la Ley General de Seguros, ya que dicha ley se ocupa de normar lo referente a la constitución, organización y funcionamiento y mas no a legislar al contrato en si.

Así mismo recomiendo, que dentro de las normas que regulen al seguro de fianza dentro del Decreto Supremo 1147, se incluya una división de pólizas en dos tipos una pólizas emitidas a favor del sector publico y las otras pólizas emitidas a favor del sector privado, ya que cada una tiene sus propio trato y manejo, sobre todo porque las pólizas emitidas para el sector publico siempre van a ser incondicionales,

irrevocables y de cobro inmediato; mientras que en las pólizas del sector privado existe la posibilidad de ajustar el siniestro y pagar una liquidación justa.

BIBLIOGRAFIA

- ALVEAR ICAZA, José. Análisis comentarios y sugerencias sobre algunos aspectos del derecho de seguros en el Ecuador. Guayaquil. Amazonas. (s.a.)
- BOHORQUEZ DE SEVILLA, Mercedes. Las garantías en la contratación pública. Guayaquil. Edino. 1992.
- CHULIA, Francisco Vicent. Introducción al derecho mercantil.
- DAVILA TORRES, Cesar. Derecho societario. Quito. 1999
- Derecho de Seguros, texto guía. Postgrado con especialidad en derecho empresarial. Universidad Técnica Particular de Loja. 2004
- GALINDO CUBIDES, Hernando. El seguro de fianza. Colombia. Legis. 2005.
- LLISTOSELLA DE RAVAIOLI, Amanda, FAVIER-DUVOIS, Eduardo. Compendio de derecho de seguros.
- OVIEDO ACEVEDO, Gilberto. El universo del riesgo, seguro y reaseguro.
- PEÑA TRIVIÑO, Eduardo. Manual de derecho de seguros. Guayaquil. Edino. 2003.
- Principios generales del seguro. Modulo 1. Certificado superior en administración de seguros. Universidad Técnica Particular de Loja. (199-)
- RODRIGUEZ, Juan Pablo. Contrato de fianza civil y comercial. Tucumán. Fondo editorial de derecho y economía. 2003
- STIGLITZ, Rubén. Derecho de seguros tomo I. Buenos Aires. Fondo editorial de derecho y economía. 2004.

- STIGLITZ, Rubén. Derecho de seguros tomo II. Buenos Aires. Fondo editorial de derecho y economía. 2004.
- STIGLITZ, Rubén. Derecho de seguros tomo III. Buenos Aires. Fondo editorial de derecho y economía. 2004.
- Conferencia Latinoamericana de Gestion de Riesgos. Buenos Aires. 1996
- www.eldial.com.ar
- www.5campus.com

