

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS “RAMIRO BORJA Y BORJA”

PLAN DE TESIS PREVIA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR CON MENCIÓN EN
DERECHO CORPORATIVO

“Aplicación de las Pólizas de Seguro Incondicionales, Irrevocables y de Cobro Inmediato, para garantizar el cumplimiento de obligaciones en los contratos suscritos con entidades cuyo capital se encuentra constituido con fondos del Estado.”

AUTORA

LISSETY ZAMBRANO CELI

DIRECTOR

DR. SÓCRATES VERA CASTILLO

GUAYAQUIL- ECUADOR

OCTUBRE- 2006

ÍNDICE

CAPÍTULO I

DE LOS PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN PÚBLICA

- Introducción.....3
- De la Administración Pública..... 4
- De los Entes Públicos.....8
- De las Potestades Públicas..... 14
- Del Contrato Administrativo..... 17
 - Supuestos del Contrato Administrativo.....19
 - Elementos del Contrato Administrativo..... 21

CAPÍTULO II

DEL CONTRATO DE SEGURO

- Concepto..... 23
- Elementos..... 29
- Las Pólizas de Seguro.....32

CAPÍTULO III

DE LAS GARANTÍAS UTILIZADAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- Definición de Garantía.....38
- Análisis de la naturaleza de las garantías determinadas en la Codificación de la Ley de Contratación Pública.....41

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO INCONDICIONALES, IRREVOCABLES Y DE COBRO INMEDIATO

- Sustentación de la aplicación de las pólizas de seguro incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, para las entidades cuyo capital se encuentre constituido por fondos del Estado.....50
- Texto que debe ser incluido en la Ley General de Seguro.....55

TEMA.-

Aplicación de las Pólizas de Seguro Incondicionales, Irrevocables y de Cobro Inmediato, para garantizar el cumplimiento de obligaciones en los contratos suscritos con entidades cuyo capital se encuentra constituido con fondos del Estado.

JUSTIFICACIÓN.-

La presente tesina tiene por objeto el estudio de las garantías exigidas para la Contratación Pública, en particular de las pólizas de seguro, cuyas características especiales de ser incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, encuentran su base legal en el artículo 73, letra c) de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 del 22 de febrero del 2001.

Con la “privatización” de las Empresas Estatales que prestan servicios públicos nos vemos envueltos en un híbrido jurídico, nadie en el país, ni siquiera los mismos legisladores, pueden descifrar la gran interrogante: ¿Las Empresas Eléctricas y de Telecomunicaciones, son Entidades Públicas o Empresas Privadas?

Estas Empresas Estatales, por disposición legal, fueron transformadas en Compañías Privadas, es decir, siguiendo el trámite que establece la Ley de Compañías para la constitución de “sociedades anónimas”, sin embargo, podrían catalogarse como entes públicos por las siguientes razones: en primer lugar, su objeto social se refiere a la prestación de un servicio público; segundo, su capital social se encuentra constituido por fondos públicos; y, en tercer lugar constan en el Catastro de Entidades y Organismos del Sector Público.

Para objeto del estudio que abordamos, lo relevante es que el capital de estas compañías se encuentra constituido por FONDOS PÚBLICOS, es decir, cualquier perjuicio causado a éstas, sería un perjuicio causado directamente al Fisco.

Y es precisamente el perjuicio que se causaría al Estado la principal motivación del presente trabajo de investigación, pues las compañías mencionadas y otras sociedades, que a pesar de que su capital se encuentra constituido por fondos públicos, en materia de contrataciones, no se rigen por la Codificación de la Ley de Contratación Pública, sino por sus reglamentaciones internas o leyes especiales, por lo que podría considerarse que se encuentran sin amparo legal para exigir que las garantías otorgadas por sus oferentes posean las características de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, pues la base legal para ese tipo de pólizas de seguro se encuentra establecida exclusivamente en la Codificación de la Ley de Contratación Pública.

OBJETIVO.-

Si bien es cierto, que éstas compañías no se enmarcan en el ámbito de aplicación de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, no es menos cierto, que cuando estas compañías “privadas”, requieren realizar una contratación, lo que se debe garantizar son fondos del Estado; por lo que, este estudio está dirigido a la inclusión en la Ley General de Seguros, de normas relativas a las pólizas de seguro con las características establecidas en la Codificación de la Ley de Contratación Pública -incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato- a fin de instituir una base legal para la emisión de estas pólizas de seguro a favor de las compañías cuyo capital se encuentre constituido en cualquier porcentaje, por fondos del Estado.

CAPÍTULO I

DE LOS PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN PÚBLICA

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años en algunos países, entre los cuales se incluye el Ecuador, se vive un fenómeno jurídico dentro del ámbito estatal, al que podríamos denominar como “privatización de las potestades públicas”, el cual surgió con el afán de hacer eficaz la prestación de los servicios que el Estado constitucionalmente garantiza a sus ciudadanos, y que como es evidente, no le ha sido posible ofrecer eficientemente, para lo cual se ha amparado en el derecho privado, por medio de personas jurídicas pertenecientes al mismo, tales como corporaciones, fundaciones o sociedades anónimas, constituidas con recursos públicos. Sin embargo a diferencia de la figuras utilizadas en el derecho comparado, en nuestro país no se ha logrado establecer un régimen jurídico que satisfaga las necesidades propias de un sistema bien organizado, más bien a lo que nos está llevando es un desconocimiento de los principios que rigen el Derecho Público, dejando enormes vacíos en diferentes áreas, vacíos que se traducen en perjuicio directo al Estado.

El objetivo de analizar el contenido de este capítulo, es revalorizar los principios del Derecho Administrativo, olvidados en el camino hacia la “privatización”, y así sentar las bases que nos llevarán a comprender que la balanza de estos híbridos jurídicos, debe siempre inclinarse hacia el Derecho Público, mientras se encuentren en juego fondos del Estado, como es el caso del problema puntual que plantea el presente trabajo de investigación.

DE LA ADMINSTRACIÓN PÚBLICA

El Estado, dice George Jellinek¹, es la corporación formada por un pueblo dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio. De esta definición podemos establecer tres elementos esenciales del Estado: **población**, integrada por los hombres y mujeres que se encuentran organizados en el entorno del propio estado; **territorio**, que es el espacio vital de la población, en el cual el estado excluye cualquier otro poder superior o igual al suyo y que, a la vez, es ámbito de aplicación de las normas expedidas por sus órganos competentes; y por último, **el poder**, que es la capacidad de imponer la voluntad propia, a sí mismo y a los demás; en el caso del Estado, esta voluntad se manifiesta mediante las normas jurídicas.

A través de la historia y evolución del Estado, encontramos al Poder en diversas esferas, al inicio el Poder se encuentra reducido a una sola persona llamada Monarca, luego fue Montesquieu, quien partiendo de la hipótesis de que todo hombre que tiene poder puede abusar de él, concibió su teoría de la separación de los poderes: que el poder contenga al poder (la *pouvoir arrete la pouvoir*), lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes que resultan de esta división, de manera que se limiten recíprocamente; lo cual se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos constituidos por personas físicas distintas, con la finalidad de coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.

Cada Estado ha distribuido las funciones de manera diferente en su Constitución, sin embargo se puede afirmar que en general la mayoría ha instruido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir la triple premisa a la que dio lugar la teoría de Montesquieu: que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar su aplicación; que el que las juzgue no las haga ni las

¹ JELLINEK, George, Teoría General del Estado.

ejecute. Surge así el germen de los conceptos de Legislación, Administración y Justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración.

Para objeto de nuestro estudio nos concentraremos en el Poder Ejecutivo, pues es este Poder el que se refiere a la Gestión o Administración Pública; sin embargo, cabe hacer una aclaración, pues si bien el Poder Ejecutivo, se distingue del Legislativo y Judicial, en cuanto a sus características funciones políticas y administrativas, no siempre corresponde atribuir cada función a un solo órgano, pues cada órgano puede tener diversas funciones, es decir, el Legislativo y Judicial, pudieren, por ejemplo, tener funciones administrativas o podría considerarse que el Poder Ejecutivo ejerce funciones legislativas por la potestad reglamentaria que le corresponde.

Ahora bien, el Poder Ejecutivo, interactúa primordialmente entre dos funciones, la política y la administrativa. La Función Política es la actividad de los órganos supremos de un Estado que ejecutan y aplican la Constitución, actividad que atañe a todo el país, a sus altos intereses, por ejemplo la declaración del estado de emergencia o el nombramiento y separación de los Ministros. Por otro lado, se entiende por Función Administrativa, la actividad de los órganos que aplican, a través de sus funcionarios, las leyes y los reglamentos del Poder Ejecutivo del Estado y de las Administraciones locales, con el fin de satisfacer necesidades públicas, mediante los actos y los hechos administrativos, originando, extinguiendo o modificando situaciones jurídicas objetivas, de reducida importancia, de interés localizado y concreto, y también las subjetivas simples o excluyentes, es decir las personalísimas o individualizadas.

Debemos aclarar que al referirnos al Poder Ejecutivo, podría ser más exacto utilizar el término Función Ejecutiva, pues compartimos la teoría de que el poder del Estado es uno solo y que su división está dada exclusivamente por la función principal que ejerza. Este término también se encuentra recogido por el régimen constitucional ecuatoriano.

En nuestro país, la Función Ejecutiva se encuentra regulada por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.²

De conformidad con la referida norma legal, en concordancia con la Constitución Política de la República, *“la Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República quien representa al Estado en forma extrajudicial, ejerce la potestad reglamentaria y tiene a su cargo la dirección de toda la Administración Pública Central e Institucional ya sea directa o indirectamente a través de sus Ministros o delegados.”*

El artículo 2 de la norma ibidem, dice textualmente:

“Art. 2.- Ámbito.- Este Estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;*
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;*
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los Ministerios de Estado; y,*
- d) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados mitad o más por delegados o representantes de organismo, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.*

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.”

² Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 de 18 de Marzo del 2002

Es importante mencionar las características que determina el artículo 6 del Estatuto: *“Las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva se caracterizan, en general, por ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público; tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas o la realización de determinadas tareas de naturaleza pública con el fin de satisfacer necesidades colectivas; gozar del ejercicio de autoridad para el cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos.”*

Del transcrito artículo 2, podemos desprender que la legislación ecuatoriana clasifica la Administración Pública en dos, Central e Institucional, cuya diferenciación la encontramos establecida en los artículos siguientes del Estatuto.

El artículo 5 establece que al Gobierno y Administración Pública Central, son los órganos superiores de la Función Ejecutiva y les corresponde *“la dirección de la política interior y exterior del Estado, así como su administración civil y militar, de acuerdo a las normas constitucionales y legales.*

El artículo 7, dice que la Administración Pública Institucional *“está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.”*

DE LOS ENTES PÚBLICOS

Es importante comentar la discusión doctrinaria acerca de la diferenciación entre los entes estatales y entes públicos, pues es frecuente que la doctrina tradicional e incluso algunos autores contemporáneos, se refieren indistintamente de “entes públicos” y “entes estatales” como sinónimos, sin embargo estamos de acuerdo con Enrique SAYAGUÉS LASO, a quien debemos el mérito de haber señalado la diferencia entre estos dos conceptos, manifestando en su Tratado de Derecho Administrativo: *“La doctrina clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podía ser pública. En definitiva: público y estatal venían a ser la misma cosa”*.

“El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existía solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas individualmente por el derecho público...”, “... personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público...”.

Este pensamiento lo podemos concordar con la doctrina moderna en materia de personalidad y doble personalidad del Estado, la cual señala que *“el Estado es siempre persona pública y ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las*

*formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos”.*³

Para objeto del estudio que nos compete esta diferenciación es de vital importancia pues, reconoce el Derecho Público aun cuando la persona del Estado, para el cumplimiento de sus fines, recurra a figuras pertenecientes al Derecho Privado.

La doctrina nos presenta diferentes criterios para determinar si un ente es público o privado, sin que ninguno de ellos sea decisivo, simplemente constituyen rasgos que, tomados en conjunto, darán una pauta acerca del carácter público o privado de la entidad, por ejemplo cuando el ente es creado por una ley, es casi seguro que se trata de un ente público, lo mismo si la ley asigna a una entidad carácter público.

Según se trate de un fin de utilidad general o no, es también un juicio importante, así como es frecuentemente decisivo, el que la entidad tenga potestades públicas no usuales dentro de las personas privadas; si bien la ausencia de potestades públicas no puede ser suficiente para decir que una entidad determinada es privada, la presencia de tales potestades, si puede definir su característica de pública.

Otro dato a tenerse en cuenta, aunque de por sí no sea determinante totalmente del carácter de la entidad, es el grado de control del Estado sobre ella, cuando el control es muy intenso (particularmente, si es el Estado central quien designa a los funcionarios directivos de la entidad) puede afirmarse por lo general que se trata de una entidad pública.

Agustín Gordillo, en su Tratado de Derecho Administrativo⁴ nos muestra una clasificación que a nuestro criterio, recoge las figuras más significativas

³ SAYAGUÉS LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo.

utilizadas en el Derecho Comparado, divide las entidades públicas estatales en dos grupos: “aquellas que realizan una actividad administrativa típica, que persiguen un “fin público”, en la terminología usual, y aquellas que realizan una actividad comercial e industrial.”

Dentro del primer grupo encontramos las tres subgrupos: *Entidades estatales administrativas con competencia general*: son los llamados entes autárquicos “territoriales”; las *Entidades estatales administrativas con competencia especial*: son los llamados entes autárquicos “institucionales” que prestan un servicio o un conjunto de servicios determinados, careciendo de la competencia genérica que caracteriza a las municipalidades. Las dos especies mencionadas realizan una actividad de tipo administrativo clásico; además de tener personalidad jurídica propia, pues, persiguen un “fin público”, y se rigen íntegramente por el derecho público; y, *Autoridades administrativas independientes*: son los organismos independientes de contralor de los servicios públicos privatizados bajo condiciones monopólicas, que no están sujetas a la tutela administrativa. Hay también otras autoridades administrativas independientes como el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público, pero todos ellos son órganos de la Constitución carentes de personalidad jurídica propia aunque tengan, como en el caso del Defensor del Pueblo, legitimación procesal para actuar en sede judicial.

En el segundo grupo *Comerciales o industriales*, se encuentra conformado que por los entes estatales creados para realizar muchas actividades que el Estado moderno ha considerado necesario encarar por sí mismo, bajo un régimen similar al de derecho privado. Estos entes raramente se rigen *íntegramente* por el derecho privado, sin embargo y se encuentra en ellos por lo tanto un sometimiento a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado; sus agentes superiores son a veces considerados “funcionarios públicos” (por ejemplo en el caso de las empresas del Estado) pero sus obreros y empleados siempre se rigen por el derecho privado.

⁴ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Parte General Tomo I

Encontramos después en el Derecho Comparado, las entidades no estatales, es decir, entidades en las que participan en mayor o menor medida los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial, de derecho público, son calificadas como “públicas”.

En estas personas jurídicas públicas no estatales deben distinguirse las que tienen participación estatal y las que carecen de ella. En el grupo de participación estatal, encontramos tres especies: a) Sociedad de economía mixta; Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (por lo menos 51% de las acciones deben pertenecer al Estado); y, Asociaciones dirigidas, son las llamadas en Argentina “obras sociales”,

En el siguiente grupo, *sin participación estatal*, encontramos las Corporaciones Públicas, como por ejemplo los colegios de profesionales o las cámaras comerciales o industriales; y, las *Fundaciones e instituciones públicas no estatales*, son entes similares a los anteriores en cuanto a su carácter público pero no estatal, mas difieren de ellos en que carecen de ese carácter corporativo (gremial, de asociación).

Luego encontramos las *Entidades privadas*, las cuales agregamos a esta clasificación porque en muchas ocasiones tienen en cierta forma participación estatal; el primer grupo son las entidades privadas *Con participación estatal*, primero las de *Participación estatutaria: sociedades privadas de economía mixta*; y luego las de *Participación no estatutaria: tenencia de acciones de sociedades privadas*; el segundo grupo se encuentra constituido por las entidades privadas *Sin participación estatal*, existen dos divisiones: *De interés público* y de *De interés privado*; entre las primeras podemos considerar a los bancos privados, entidades financieras y de seguros, las “empresas reglamentadas” que prestan alguna actividad de interés público (electricidad, transporte), en la cuales solo se dará el régimen jurídico público en cuanto al interés del Estado de fijar imposiciones o limitaciones de variada naturaleza; las

segundas se encuentran constituidas por la generalidad de las sociedades anónimas, en comandita por acciones, etc., del derecho civil y comercial. Ellas no interesan, por lo menos en principio, al derecho público.

Una vez puntualizada la clasificación que nos ofrece el Derecho Comparado, podemos determinar que las entidades a las cuales nos referimos en el presente trabajo de investigación, se encuentran incluidas dentro el grupo de entidades estatales públicas, es decir, el Derecho Administrativo, no las priva de su carácter de público, de hecho son considerados como entes estatales, y esto porque son entidades creadas por el propio Estado para el cumplimiento de sus fines.

En nuestro país mucho se ha dicho sobre estas entidades, sin embargo no logramos incluir a estas entidades en un marco jurídico determinado, el artículo 118 de la Constitución Política de la República del Ecuador⁵ establece:

“Art. 118.- Son instituciones del Estado:

- 1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.*
- 2. Los organismos electorales.*
- 3. Los organismos de control y regulación.*
- 4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.*
- 5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.*
- 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.*

Estos organismos y entidades integran el sector público.”

⁵ Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998

Los cuatro primero numerales están bien entendidos y en escasas ocasiones se prestan para confusiones, sin embargo, el número 5, nos trae un universo de dudas pues, se puede considerar a las empresas eléctricas y telefónicas, son entidades creadas POR LEY para prestación de servicios públicos?... A nuestro criterio SÍ, estas entidades pertenecen a los entes públicos que recoge el Derecho Comparado, si bien, para su constitución, tuvieron que seguir un trámite exclusivo para el sector privado, es en la ley donde se ordena dicha transformación, es decir, su origen emerge del ordenamiento jurídico, siendo la propia persona del Estado, quien las utiliza para el ejercicio de su potestad pública.

DE LAS POTESTADES PÚBLICAS

En el Derecho Romano, opuesto al imperio o facultad de mando, la potestad (“potestas”), comprendía el poder administrativo, como por ejemplo el de publicar edictos, multar, embargar, convocar al pueblo para hablarle o para que votara, y convocar, presidir y hacer votar en asamblea.

Esto podemos traducirlo a la actividad estatal en la actualidad, pues ésta se compone fundamentalmente de potestades; es decir, el Estado realiza o ejerce sus funciones en virtud de las potestades que le concede la Constitución y la ley.

Debido a la imposibilidad técnica o económica demostrada por el Estado para ejercer eficazmente dichas potestades, en la actualidad no solamente es éste el que realiza el ejercicio directo de estas potestades como titular único, sino que ha reconocido en su ordenamiento jurídico que la titularidad de dichas potestades puede atribuírselas a terceras personas para que las ejerzan dentro del ámbito del servicio público, como ya lo determinamos al mencionar las figuras jurídicas utilizadas en el derecho comparado.

Ahora bien, no sólo tenemos que tener claro el tema de las potestades públicas que se pueden otorgar a terceros, sino también las potestades que la misma administración puede ejercer para prestar un servicio público por medio de una persona jurídica de derecho privado, como corporaciones o fundaciones, a través de los métodos establecidos en la legislación de cada país.

En nuestro país, la Constitución Política en su artículo 249 otorga al Estado la titularidad de las potestades públicas, al establecer lo siguiente:

*Art. 249.- **Será responsabilidad del Estado**, la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos*

*directamente o por **delegación** a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociaciones, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones,*

El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación respondan a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.

Primeramente, debemos enfatizar que la Carta Política nos hace referencia a la potestad del Estado de prestar servicios públicos, sin embargo no establece su definición, ni especifica cuáles servicios son los que se considerarán servicios públicos para efectos jurídicos en el Ecuador.

Doctrinariamente, tampoco es posible establecer una lista taxativa de los servicios públicos, sin embargo podemos tomar la definición de Sabino Álvarez-Gendín⁶, quien establece que el servicio público “*es una coordinación, o conjunto de actividades jurídico- administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las Corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminadas a satisfacer económicamente necesidades públicas, de una manera regular y continua.*”

Ahora bien, la Constitución Política de la República en virtud del referido artículo entrega las potestades públicas al Estado, quien a su vez la ejercerá a través de su administración pública.

El problema surge cuando agrega el artículo: *podrá prestarlos directamente o por delegación*, aquí comienza la carrera contra el Derecho Público, como ya

⁶ Álvarez-Gendín, Sabino, Tratado General de Derecho Administrativo

mencionamos, el Estado tiene la titularidad de la potestad pública, sin embargo la Constitución permite que otro la ejerza.

Y esto no se alejaría del derecho, si se encontraran correctamente legisladas las situaciones “jurídicas” ocasionadas, pues al amparo de esta determinación constitucional, se dio luz verde a la “privatización” de varias empresas destinadas a la prestación de servicios públicos, cabe aclarar que no consideramos que sea adecuado el término privatización para definir el proceso utilizado para el rechazo del régimen público en la regulación de dichas empresas, tampoco es nuestro afán expresar desacuerdo con los procesos de modernización del Estado, solo se pretende observar las innumerables incoherencias y vacíos que han producido estos procesos, de los cuales las consecuencias más graves son que estas empresa se han convertido en cuotas políticas para los gobiernos de turno y que por la falta de legislación adecuada, discrecionalmente, se utilice a conveniencia de unos pocos la decisión de aplicar el Derecho Público o el Privado.

En el referido artículo 249, se manifiesta que el Estado podrá “*delegar*” dichas potestades, podríamos afirmar que este término se encuentra mal empleado por nuestra Constitución, pues en el ámbito público y particularmente en el derecho administrativo, nos referimos a delegación cuando existe un traslado de determinados asuntos, del superior jerárquico al inferior, y los mecanismos que se utilizan en los proceso de modernización del Estado, no buscan una delegación de funciones o atribuciones, mas bien son contratos que conceden ciertos derechos, con un beneficio para ambas partes, como por ejemplo la figura de la concesión que es uno de los mecanismos determinados en la Constitución.

DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Debido a la gran cantidad y diversidad de cuestiones que maneja el estado vía la función administrativa, la administración pública tiene necesidad de realizar convenios y contratos que le permitan efectuar acciones que la habiliten para el logro de sus fines, para lo cual es indispensable que entable relaciones con los particulares, ya que necesita de éstos en virtud de que el Estado no tiene a su alcance todos los bienes o servicios que requiere. En ese sentido, la administración realiza una serie de contratos, como los de obra pública y suministro (típicos contratos administrativos), así como los de arrendamiento, compraventa, donación, etc, considerados dentro del ámbito privado.

Existen, pues, relaciones entre el Estado y los particulares, en que aquél despojándose aparentemente de su poder soberano, habrá de recurrir a concertar determinados pactos para producir, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

De esta manera, encontramos que puede haber contratos celebrados por la administración pública, los cuales son regulados por el derecho privado. En este punto es muy rebatible si el Estado prescinde de su personalidad de derecho público y adopta una de derecho privado, pero lo que sí es obvio, es que el Estado cuenta con determinadas ventajas respecto del particular.

En la doctrina podemos encontrar diversas teorías acerca del contrato administrativo, incluso aquella que niega la existencia de los contratos administrativos -doctrina clásica alemana-, la cual interpreta que todos los contratos celebrados por la administración –es decir, una persona estatal- con sujetos privados de derecho están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay allí una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados.

Por el contrario, encontramos la también extrema posición de los autores norteamericanos, quienes niegan la existencia del contrato civil de la administración, al afirmar que los contratos “del gobierno” dando por sentado que, dentro de un marco de normas, jurisprudencia y costumbres especiales, de todos modos existe una única categoría genérica de contratos de la administración.

A nuestro criterio, afirmamos la existencia del contrato administrativo, y si bien estamos de acuerdo con que no existe un contrato puramente privado de la administración, es importante considerar que existen distintos tipos de regímenes jurídicos de contratos del Estado, con mayores o menores elementos de derecho público.

SUPUESTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Encontramos importante analizar los tres supuestos clásicos del contrato administrativo, criterio según el cual, un contrato de la administración puede ser “administrativo” por cualquiera de las siguientes razones:

- a) Determinación de la ley.- El carácter administrativo del contrato surge por determinación expresa e implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común.

- b) Voluntad de las partes.- El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes, aún en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que ello ocurre cuando la administración contrata bajo un régimen de “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la orbita normal del derecho privado. Si la administración contrata:
 - Bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuesto por la administración en forma unilateral.
 - Incluye cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en casos de incumplimiento, etc);
 - Se exime asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos;
 - Excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple el contrato;

- Da carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratista en su caso (la provisión de bienes, obras o servicios a los concesionarios o licenciatarios), etc.

En tales casos la conclusión es obvia: se interpreta por simple pleonasma que el contrato ha quedado automáticamente, por la propia voluntad de las partes contratantes, sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.

- c) El interés público de los usuarios afectados.- Aunque un contrato celebrado en ejercicio de funciones administrativas públicas no esté incluido en el derecho público por disposición de ley ni por voluntad expresa o implícita de las partes al incluir “cláusulas exorbitantes” al derecho privado, puede ser todavía un contrato administrativo si se refiere en forma directa a la prestación o al funcionamiento de un servicio público (por ejemplo el contrato de concesión o licencia de servicios públicos) o en cualquier caso si tiene por objeto directo de algún modo asociar (lato sensu: concesión, licencia, permiso, contratación de obras, suministros o servicios, etc) al contratante privado a la gestión de un servicio público.

Utilizando formas más amplias, pero menos precisas y puntuales, podemos decir que la caracterización como contrato administrativo requeriría nociones tales como las de fin o interés público, o utilidad pública, o que pueda afectar una necesidad o fin público o de bien común, sin embargo esto sería lo mismo que incluir en la definición de acto administrativo, reglamento administrativo o función administrativa, el “fin público”, pudiéndose considerar una redundancia pues si estamos hablando que el emisor del acto o contrato es una entidad estatal, ésta por definición solo puede perseguir fines públicos.

ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Sujetos. Por lógica, los sujetos serán elemento esencial del contrato administrativo, entre los cuales siempre deberá ser una de las partes la administración pública.

2. Consentimiento. Presupone el acuerdo de voluntades; en este caso, de los contratantes, si bien la forma de manifestarlo es diferente para cada uno, ya que el particular, lo externa en forma simple y llana; por el contrario para la administración pública no es tan sencillo, ya que su consentimiento va precedido de ciertos requisitos que debe satisfacer, ya sean legales o formales, como la convocatoria y licitación pública, la autorización de la partida correspondiente, la verificación de que el particular se encuentra inscrito en el registro de proveedores, etc. Por los motivos aludidos, no puede pensarse que un contrato administrativo se base en el silencio del ente de la administración y mucho menos puede aceptar que la voluntad de éste se manifieste de forma tácita.

3. Objeto. Como en todo contrato, es necesario que se contenga en estos instrumentos un objeto determinado, lícito y posible. Lo anterior es una clara referencia a los contratos de derecho privado, ya que es un absurdo pensar que la administración pública celebre un instrumento en el cual su objeto carezca de las características legales; si así lo hiciera, el contrato sería nulo.

4. Forma. Los contratos administrativos no están sujetos en lo general a determinadas condiciones de forma pero, como se expuso en el apartado del consentimiento, no puede admitirse un contrato administrativo basado en el silencio de la administración o en su aceptación tácita; de donde desprende que los contratos administrativos deben guardar la forma escrita.

En algunos casos, estos instrumentos se elaboran en formatos establecidos, impuestos generalmente por la administración pública o por los organismos internacionales como el BID y el BIRD.

5. Causa. Es lógico pensar que cada uno de los contratantes tenga diversas razones para obligarse. Por un lado encontraremos que el particular busca obtener un lucro como causa determinante de su actuación, en tanto que los entes de la administración tendrán como causa fundamental alcanzar sus cometidos o el interés público.

6. Licitación. Este elemento se introduce en los contratos administrativos como un mecanismo de control del gasto que realizan los entes públicos. Encuentra su justificación en disposiciones legales, las que también establecen las excepciones a la licitación pública.

Para Rafael Bielsa⁷, la licitación pública es una institución típica de garantía del interés público (moralidad y conveniencia administrativas). Es decir, se trata de un procedimiento administrativo que consta de varias etapas y por el cual se selecciona la mejor oferta en precio y calidad de un bien o servicio que requiere la administración pública.

⁷ BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo.

CAPÍTULO II

DEL CONTRATO DE SEGUROS EN GENERAL

CONCEPTO

El artículo 1 del Decreto Supremo No. 1147 del 29 de Noviembre de 1963⁸, en el cual se encuentran las reformas al título XVII, Libro Segundo, del Código de Comercio, título que contiene la legislación aplicable al Contrato de Seguro, establece que *“El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato”*.

El Contrato de Seguro es, por naturaleza un contrato bilateral, oneroso, principal, conmutativo y aleatorio.

Bilateral, porque tanto el asegurador como el asegurado se obligan recíprocamente, éste a pagar una prima, y aquel a pagar una indemnización si ocurre la eventualidad prevista en el contrato, es decir el siniestro.

Es oneroso por cuanto las partes reciben una utilidad al proteger el bien u objeto que asegura. El solo hecho de obtener una tranquilidad o paz espiritual al saber amparado el bien de que se trate, significa para la persona asegurada una utilidad de tipo psicológico. Para la compañía aseguradora, la utilidad deviene de recibir la prima que pagan numerosos asegurados. Ambas partes gravan sus economías, el asegurado por desembolsar la prima, y el asegurador por los gastos que debe afrontar en la operación del seguro, tales como los de

⁸ Decreto Supremo 1147 del 29 de Noviembre de 1963, publicado en el Registro Oficial No. 123 del 7 de Diciembre de 1963

adquisición y administración, y eventualmente por verse obligado, en casos indeterminados pero que ocurren ciertamente, al desembolso del capital asegurado o del importe del daño que ha de indemnizar.

El contrato es principal, porque su existencia no depende de la de otro y tiene su propia autonomía. No obstante, este principio no se aplica a los seguros de fianza porque éstos son siempre accesorios a un contrato principal que les da origen.

Es también conmutativo en cuanto que la prima que paga quien contrata un seguro está suficientemente compensada por la protección y la tranquilidad que recibe. Además por la expectativa de recibir (quien ha sido designado beneficiario o el propio asegurado), una indemnización, luego de ocurrido el siniestro. En este sentido el amparo del seguro equivale suficientemente a la prima pagada. Por parte del asegurador el hecho de recibir la prima convenida, es equivalente a la protección que otorga; pues generalmente las primas que cobran las empresas aseguradoras han sido suficientemente estudiadas, bien a base de experiencias y aun de cálculos actuariales como ocurre con los seguros de vida; bien por el estudio de las posibilidades y experiencias locales, como sucede con los seguros generales.

Finalmente el contrato de seguros es aleatorio en cuanto que el asegurador y el asegurado, al celebrar el contrato, desconocen si su resultado va a significarles ganancias o pérdidas. Existe la contingencia típica para que este contrato pueda considerarse aleatorio, según lo señala el Art. 2163 de la Codificación Código Civil⁹.

Del análisis del artículo 1 podemos desprender las siguientes características del contrato de seguro:

⁹ Codificación 2005-010, publicada en el Registro Oficial No. 46 del 24 de junio del 2005

El Asegurador.-

En el mismo artículo 1 de la mencionada legislación, se establece que “una de las partes, el asegurador, se obliga...”. En el Ecuador, el asegurador debe ser siempre una compañía de seguros cuya constitución está sujeta a un trámite especial, ordenado por la Ley General de Seguros¹⁰. Como un aspecto esencial de la actividad aseguradora es la confianza del público, la misma ley ordena los capitales mínimos que deben tener las Compañías según los ramos de seguros que ofrecen y disponen que el funcionamiento de las aseguradoras debe estar sujeto al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

El Asegurado.-

La otra parte que interviene a celebrar un contrato de seguro puede ser una persona jurídica o natural. Es aquella cuyos son los riesgos que se aseguran o cuyo es el interés o bien sujeto a la eventualidad prevista. Normalmente, se le denomina como “el asegurado”, pero genéricamente “el solicitante” (contratante o tomador).

Solicitante y asegurado pueden ser personas distintas porque cualquiera puede contratar un seguro para amparar los bienes de otro, bastando al efecto que tenga un interés lícito. Por ejemplo, los comerciantes “distribuidores” de vehículos exigen a los compradores a crédito un seguro apropiado para el evento que el automotor sufra daños, o desaparezca por algún accidente.

El beneficiario.-

El beneficiario, es decir aquel que recibe la indemnización por el daño, o la suma asegurada, puede ser distinta persona que el contratante y que el

¹⁰ Ley 74, Registro Oficial 290 de 3 de Abril de 1998.

asegurado. Tal sucede por ejemplo con los seguros de vida que obligan los bancos en los casos de préstamos a sola firma. Fallecido el deudor/asegurado, el banco cobra su crédito, si todavía está insoluto. En caso contrario, reciben el valor de la póliza los herederos del asegurado o los beneficiarios sustitutos que hubieren designado; o éstos pueden recibir la diferencia que resulte de restar la deuda bancaria del capital del seguro.

Precio del contrato de seguro.-

Se lee en el mismo artículo que ...“el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima”... etc. La prima es la contraprestación del contratante o asegurado por el beneficio que recibe al momento de contratar el seguro (artículo 2, No. 6).

Al tenor de los artículos 17 y 18 de la legislación sobre del Contrato de Seguros, el solicitante está obligado al pago de la prima en el momento de la suscripción del contrato al asegurador, en su domicilio o en el de sus representantes o agentes debidamente autorizados para recibirlos.

Respecto a la prima, ésta puede ser fija, provisional o única, en los términos de uso frecuente en el Ecuador. La prima fija es una suma que se paga por un seguro, dados los valores y circunstancias, y se la distingue de la provisional porque ésta equivale a un depósito que hace el asegurado como anticipo a una prima que ha de ser ajustada luego de lo transcurrido un plazo. Las primas provisionales corresponden a los seguros llamados ajustables o por declaraciones, verbigracia en el ramo de incendio.

Los seguros a prima única son generalmente de vida. El asegurado contrata una póliza de este ramo y en lugar de contraer obligación de tracto sucesivo que consiste en pagar todos los años una prima, hace el pago por una sola vez, por supuesto de una cantidad mucho mayor, que a su vez ha sido rebajada por la inversión que conlleva.

La indemnización.-

Dice el mismo artículo 1: "... se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto..".

De esta cláusula, surge la principal obligación del asegurador: la indemnización del daño. El seguro tiene como objetivo disminuir o evitar las consecuencias económicas de los acontecimientos inciertos. En este caso, cumple una función social de mucha importancia, ya que su finalidad es mantener un status económico sin el cual las personas, los negocios pierden el rol productivo que la sociedad requiere de ellos.

Es interesante hacer hincapié en el verbo indemnizar, cuya acepción es "resarcir de un daño o perjuicio". El resarcimiento implica reparación, compensación de un daño, perjuicio o agravio. No significa lucro enriquecimiento ilícito, prohibidos expresamente por el artículo 32 de la ley que comentamos.

Cuando ocurre el acontecimiento incierto previsto en el contrato, se dice que ha sucedido el siniestro, el hecho que genera la obligación de indemnizar; o, como señala el artículo 5, la ocurrencia del riesgo asegurado.

La renta, sustituto de la indemnización

Finaliza el artículo 1 ... "o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato". En este caso, el pago de una renta viene a ser el sucedáneo de la indemnización por los daños o pérdidas del seguro de bienes.

El concepto es aplicable a los seguros de vida. El pago de un capital o una renta puede provenir del fallecimiento del asegurado, del cumplimiento del período de supervivencia, en los seguros dotales; o al hecho de que, en ciertos tipos de seguros, como los educacionales cuyo fin es garantizar una renta que percibe el representante de un menor para proveer los gastos de su educación; o a la circunstancia de que el propio solicitante o contratante haya dispuesto una fórmula especial de pago en forma de renta del capital asegurado por una póliza.

Se refiere también este pacto a los seguros de Renta Vitalicia, que consisten en el convenio según el cual el asegurador, mediante el pago de una prima única, se compromete al pago de una renta, mensual o anual, en beneficio de una persona, mientras viva.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO

“Artículo 2º:- Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1º El asegurador;

2º El solicitante;

3º El interés asegurable;

4º El riesgo asegurable;

5º El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso;

6º La prima o precio del seguro; y,

7º 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”.

Elemento esencial de un contrato es aquel sin el cual el contrato pierde su naturaleza propia. Todo contrato de seguros en que falte cualquiera de los elementos aquí enumerados está sancionado con la nulidad absoluta. Es decir, que no existe contrato de seguro sin convenio de otra clase.

El Asegurador

Como se sabe, debe ser una compañía legalmente establecida según las normas determinadas en la Ley General de Seguros.

El Solicitante

Es la persona que contrata el seguro, a nombre propio o a nombre de otro, constituyéndose en la otra parte del convenio.

El interés asegurable

Es el bien que se asegura. La palabra interés, es más propia al tener una acepción más amplia, en cuanto que no sólo se refiere a “bienes” sino también al provecho o utilidad y al valor que en sí tienen tales bienes, o cosas.

El Riesgo Asegurable

Las cosas están expuestas a sufrir daños o modificaciones perjudiciales, lo cual pertenece a la naturaleza propia de lo existente. Además, esta contingencia de daño es incierta en cuanto se desconoce si ocurrirá o no y cuándo. Lo típico del contrato de seguro, como contrato aleatorio, estriba en esta incertidumbre: es el riesgo que no podemos evitar con nuestra exclusiva voluntad. EL riesgo asegurable se refiere siempre a hechos futuros. El artículo 5 de esta Ley contiene la definición de “riesgo”.

El monto Asegurado, o el Límite de Responsabilidad del Asegurado, según el caso

Llámesese también capital asegurado o valor del seguro al monto o límite de responsabilidad. Cabe recalcar la distinción que hace el legislador: la expresión “monto asegurado” se usa más propiamente en los seguros de vida en los que, salvo otras excepciones previstas en los mismos contratos, al fallecer el asegurado o al cumplirse el período dotal (seguros de muerte o de vida), el asegurador tiene que pagar al beneficiario o al propio asegurado, el capital de la póliza.

Límite de responsabilidad se refiere más bien a los seguros generales o de cosas en que indemniza daños o perjuicios que pueden ser inferiores al monto asegurado por la póliza. Como por ejemplo en un seguro de transporte marítimo por el valor de la avería, o en un seguro de incendio el importe de los bienes mojados en un conato de incendio. En estos casos, siendo el límite de

responsabilidad superior al importe de lo que el asegurado debe indemnizar, sólo responde por los daños que realmente sufrió la cosa objeto del seguro. Resultaría absurdo obligar a la compañía aseguradora a pagar el total de la póliza en caso de un siniestro de daño parcial.

Prima o precio del contrato de seguro

Como ya lo mencionamos el pago de la prima es la obligación principal del solicitante al momento de contratar el seguro.

No puede concebirse un contrato oneroso, como el de seguro, sin una contraprestación económica o precio, ni la actividad aseguradora sin primas.

La prima debe ser exigida a quien contrata, cuando lo hace a nombre propio, o al mandante si el contratante actuó a nombre de un tercero. Es decir, quien resulta beneficiado con la protección del seguro, debe asumir también sus cargas, tal como lo establece el artículo 17 de la ley que nos ocupa.

La obligación del asegurador de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro

Aquí reside la esencia de la obligación del asegurador. Si no constara como elemento esencial esta obligación en el contrato, parecería que no existe seguro.

LA PÓLIZA

“Art. 6.- El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de documento privado que se extenderá por duplicado y en el que se harán constar los elementos esenciales. Dicho documento se llama Póliza; ésta debe redactarse en castellano y ser firmada por los contratantes.

Las modificaciones del contrato o póliza, lo mismo que su renovación deben también ser suscritas por los contratantes”.

El perfeccionamiento del contrato y su prueba, están supeditados a la existencia de un documento extendido por duplicado que se llama póliza. Hasta la Ley de vigencia anterior, el contrato de seguro podía ser celebrado en instrumento público. La práctica comercial ha dejado sin uso esta última forma de contrato, por lo cual el legislador la suprimió, quedando sólo el instrumento privado denominado póliza.

EL contrato de seguro está contenido entonces en la póliza. Este es un documento que el asegurado acepta casi en su totalidad, sin que tenga mayor opción a modificar su texto, por lo cual se dice que el contrato de seguro casi se ha tornado en un contrato de adhesión, en que una de las partes, el asegurador, establece las condiciones generales o bases del convenio, y la otra tiene que aceptarlas si quiere proteger sus intereses.

Según el artículo 25 de la Ley General de Seguros, las compañías aseguradoras deben someter a la aprobación de la Superintendencia de Bancos y Seguros los modelos de pólizas, cláusulas especiales y adicionales, etc., antes de que usen o se pongan en vigor. Si tal no hicieren, quedan expuestas a severas sanciones según la gravedad de la falta. La obligación y el correctivo son evidentes: la Superintendencia de Bancos y Seguros, es el alto organismo controlador de la actividad aseguradora, y a ella le corresponde cuidar el interés ciudadano para que las compañías no puedan abusar de la ignorancia o la ingenuidad de los contratantes. Le corresponde a sus

inspectores y fiscalizadores velar por el cumplimiento de esta sana disposición, examinando todos los documentos que tienen alguna relación con el contratante o asegurado, porque se trata de mantener intangibles las distintas condiciones, cláusulas y formularios.

Como todo contrato, debe ser suscrito por las partes. Las firmas son señal de aceptación y con las mismas el contrato queda perfecto, formalmente, aunque el seguro no entre en vigor hasta que el asegurado pague la prima. Todos los contratos de seguros establecen como condición sine qua non de su vigencia el pago de la prima o de la primera cuota, o de la parte inicial. Esta circunstancia hace entrever dos interpretaciones: una, que en el seguro el perfeccionamiento del contrato no lleva aparejada su inmediata vigencia o ejecución, porque si el asegurado no paga la prima en el acto de suscripción del contrato, artículo 17 de la Legislación sobre el Contrato de Seguro, ha incumplido una obligación legal, cuya pena sería la falta de vigencia del contrato; la otra interpretación o hipótesis es la de que, no obstante lo que reza el artículo 6 que comentamos, el perfeccionamiento del contrato de seguro implica 2 actos necesarios: la suscripción de la póliza y el pago de la prima.

El segundo inciso del artículo 6 establece como norma que las modificaciones de la póliza y sus renovaciones también sean suscritas por las partes.

Es necesario aclarar que en el lenguaje común se utiliza la palabra póliza como sinónimo de contrato de seguro, por lo que cabe hacer la distinción pues no es posible fundir la forma con el acto en sí.

Contenido obligatorio de la póliza

“Art. 7:- Toda póliza debe contener los siguientes datos:

- a) El nombre y domicilio del asegurador;*

- b) *Los nombres y domicilios del solicitante, asegurado y beneficiario;*
- c) *La calidad en que actúa el solicitante del seguro;*
- d) *La identificación precisa de la persona o caso con respecto a la cual se contrata el seguro;*
- e) *La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;*
- f) *El monto asegurado o el modo de precisarlo;*
- g) *La prima o el modo de calcularla;*
- h) *La naturaleza de los riesgos tomados a su cargo por el asegurador;*
- i) *La fecha en que se celebra el contrato y la firma de los contratantes;*
- j) *Las demás cláusulas que deben figurar en la póliza de acuerdo con las disposiciones legales;*

Los anexos deben indicar la identidad precisa de la póliza a la cual corresponden; y las renovaciones, además, el período de ampliación de la vigencia del contrato original”.

El artículo contiene una disposición imperativa: “Toda póliza debe contener”... Si alguno de los datos consignados faltare, la póliza no será válida. La Superintendencia de Bancos y Seguros cuidará entonces que esta obligación se cumpla al momento de aprobar los formularios.

“El nombre y domicilio del asegurador”.- La exigencia de que conste la identidad de una de las partes contratantes parece que no requiere mayor comentario. Respecto del domicilio, el Reglamento de la Ley General de Seguros¹¹ dispone la obligación del señalamiento del domicilio de los promotores, cuando las personas nacionales ecuatoriana traten de organizar una compañía de seguros (artículo 4º letra a).

¹¹ Decreto Ejecutivo 1510, Registro Oficial 342 de 18 de Junio de 1998.

“Los nombres y domicilios del solicitante, asegurado y beneficiario”.- En la práctica, como hemos escrito antes, se pueden confundir las calidades de solicitante, asegurado y beneficiario, en los seguros generales.

La exigencia del domicilio –excepto en los seguros personales- tiene relativa importancia porque lo que ocurre casi siempre es que cambia la circunstancia del domicilio de las personas, sin que se avise a la otra parte de tal modificación. Mas, cumplida la obligación, no por falta de aviso de los cambios podrá anularse el contrato de seguro.

“La calidad en que actúa el solicitante del seguro”.- Dicha calidad depende del interés que tenga el solicitante en proteger un bien. La disposición tiene por objeto despejar cualquier duda en la causa o razón que mueve a la parte a contratar el amparo. El solicitante puede ser, en los seguros de personas, el propio asegurado, para dejar una renta a sus familiares que sustituya su papel productivo; el acreedor, por deudas no garantizadas de otra manera; el asegurador, cuando se trata de reasegurar un seguro directo.

d) “La identificación precisa de la persona o cosa con respecto a la cual se contrata el seguro”.- Esta precisión es importante con miras al siniestro porque evitará confusiones sobre la particularización del objeto o bien que se asegura, en primer lugar. En segundo, hay que recordar que el contrato de seguro se pacta sobre un bien concreto y definido, y las condiciones de la protección en sí, en cuanto a su amplitud o limitaciones, están siempre referidas al estado y condiciones de las partes que son objeto del seguro. La prima se establece de acuerdo a tales circunstancias, y está sujeta a variaciones, recargos y descuentos, conforme se hubiere descrito o especificado dicho objeto. El asegurador podría llamarse engaño si la descripción que hace el solicitante no le permite apreciar el riesgo, cuando en tal base se ha escrito la póliza.

e) “La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras”.- El contrato de seguro,

como hecho histórico, se realiza dentro del tiempo y el espacio. La coordenada temporal es de gran importancia para la fijación del inicio y terminación de la responsabilidad del asegurador.

f) “El monto asegurado y el modo de precisarlo”.- Queda comentado ya entre los elementos esenciales del contrato de seguro, solo que aquí añade un nuevo criterio: “el modo de precisarlo”. En algunas pólizas, como por ejemplo: en las de transporte, no se establece inicialmente el monto asegurado, ni la prima, ni la terminación de la vigencia, especialmente si se trata de las pólizas denominadas “abiertas” o “maestras”.

g) “La prima o el modo de calcularla”.- Como ya lo expresamos entre los elementos del seguro, es el monto que pagará el solicitante por el beneficio del seguro.

h) “La naturaleza de los riesgos tomados a su cargo por el Asegurador”.- Los distintos tipos de riesgos de las relaciones sociales, al ser protegidos por el contrato de seguro, determinan el nombre del ramo de seguro mediante una adjetivación calificativa. Por ejemplo: “se trata de proteger vidas humanas con una póliza, el seguro se llamará de vida”.

i) “La fecha en que se celebra el contrato y la firma de los contratantes”.- Una es la fecha del contrato, que coincide con la de emisión de la póliza, y otra la fecha de iniciación del mismo. Puede emitirse una póliza hoy, para que rija 15 días después. También se emiten pólizas con vigencia antedatada.

La firma de los contratantes debe constar como señal de aceptación del convenio.

j) “Las demás cláusulas que deben figurar en la póliza de acuerdo con las disposiciones legales”.- El artículo 25 de la Ley General de Seguros manda que

los modelos de pólizas, cláusulas, etc., deben ser sometidos a la aprobación de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Y por último, el párrafo final agrega: *“Los anexos deben indicar la identidad precisa de la póliza a la cual corresponden; y las renovaciones, además, el período de ampliación de la vigencia del contrato adicional”*.

El mandato es administrativo y tiende a ordenar los anexos de las pólizas para su mejor identificación e impedir confusiones en el manejo, especialmente por parte del asegurador. Tiene también importancia objetiva para evitar que se acompañen al contrato estipulaciones diversas que las pactadas por las partes, que puedan ampliar, restringir, o desnaturalizar los términos del convenio.

Las renovaciones prolongan la vigencia del contrato por un período completo más, similar al que se estipuló en el contrato original o por un tiempo menos extenso. La misma acepción del verbo renovar implica la idea de dar calidad de nuevo, actual y vigente a una cosa; así ocurre con las pólizas al renovarse. El asegurado queda obligado al pago de la prima correspondiente a las condiciones del contrato, pago que debe hacerse antes que el seguro termine, con el objeto de conservarlo en vigor; si no se paga la prima de renovación, el seguro se considera terminado, es decir, por el hecho de tal pago ocurre la inmediata renovación.

CAPÍTULO III

DE LAS GARANTÍAS UTILIZADAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el vocablo “garantía” como el efecto de afianzar lo estipulado. Fianza, prenda. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. Acción de asegurar, durante un tiempo, el buen funcionamiento de algo que se vende y de repararlo gratuitamente en caso de avería. Documento que garantiza este compromiso.

El Diccionario Jurídico Elemental del Dr. Guillermo Cabanellas Torres, agrega un término a la definición del vocablo garantía: Caución.

El artículo 31 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano, establece lo siguiente:

“Art. 31.- Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.”

La Fianza, define Cabanellas, es toda obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra obligación principal, contraída por un tercero.

El artículo 66 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública¹², establece *“Para presentar ofertas, suscribir un contrato, recibir anticipos, el oferente o contratista deberá rendir garantías, de conformidad con las disposiciones de esta ley.”*

¹² Codificación 000, Registro Oficial 272 de 22 de Febrero del 2001.

En este artículo encontramos plasmada la intención del legislador de garantizar los fondos del Estado, pues se establece una obligación del contratista de asegurar los dineros que recibe del Estado, hasta que éste se encuentre satisfecho en las obligaciones pactadas.

El artículo 73 de la ley *ibidem*, determina las formas en que se pueden rendir estas garantías:

Art. 73.- FORMAS DE GARANTIA.- 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 siguientes garantías:

a) 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;

b) Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o compañía financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;

c) Póliza de seguro, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;

d) Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo, practicado por peritos designados por la entidad, bajo la responsabilidad solidaria de los peritos y la autoridad que los designe; y,

e) Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras entidades del sector público, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda u otros valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al oferente o al contratista.”

Todas las formas garantía establecidas en el artículo precedente constituyen cauciones, por lo que inclusive al referirnos particularmente a la letra c) *Póliza de seguro, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país*, no estaremos hablando de un contrato de seguro sino de una caución requerida por el Estado para garantizar sus fondos, la Póliza, será una de las formas, pero como ya lo mencionamos en el capítulo del Contrato de Seguro, no es correcto emplear los términos Contrato de Seguro y Póliza como sinónimos.

En el artículo 74, nuevamente el legislador utiliza el término CAUCIÓN, textualmente dispone: *“Las garantías contempladas en la presente ley preverán el pago de la caución en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica...”*

La póliza de seguro es un instrumento jurídico a través del cual se viabiliza una de las formas posibles de garantía en los procedimientos precontractuales y en los contratos que celebra o celebre el Estado o sus instituciones. Dicho en otras palabras, el Derecho Público utiliza un instrumento jurídico privado, denominado póliza de seguro. Obviamente, no se trata del típico contrato de seguro, el cual ya fue objeto de nuestro análisis, sino que para efectos de la aplicación en la contratación pública, de este tipo de pólizas, tomaremos de la normativa que rige el Contrato de Seguro –Decreto Supremo 1147- las disposiciones que no sean incompatibles con la naturaleza jurídica de la caución que ostenta la póliza de seguro cuando es utilizada como instrumento

de garantía en los procedimientos precontractuales y en los contratos que celebra el Estado o en las entidades del sector público. En otras palabras, dicha normativa, frente a la Codificación de la Ley de Contratación Pública y a la Ley de Consultoría, es normativa secundaria, pues ésta no hace ningún tipo de referencia a esta clase de pólizas, es más, cuando se expidieron las reformas al Título XVII del Libro Segundo del Código de Comercio, que regula al contrato de seguro, no existía en el Ecuador la Ley de Licitaciones.

La naturaleza jurídica de caución de las garantías de la contratación pública ecuatoriana se encuentra definida desde el año 1964, con la expedición del Decreto Supremo No. 667, publicado en el Registro Oficial No. 240, que contenía las normas generales a las que debían someterse los contratista en los diferentes casos originados en la ejecución de las obras públicas nacionales. En efecto, el artículo 10 de la referida norma establecía: *“Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión de la celebración de contratos de obras públicas, la Contraloría General fijará el monto y clase de caución que el contratista deberá rendir al Estado en cada caso”*

En el mismo año 1964 se expidió mediante Decreto Supremo No. 2511, publicado en el Registro Oficial No. 364 del 30 de octubre la Ley de Licitaciones, en cuyo artículo 31 se definió lo siguiente:

“Art. 31.- El adjudicatario, al momento de firmar el contrato, para seguridad del cumplimiento de éste y para responder por las obligaciones que contrajere a favor de terceros, relacionados con el contrato, entregará una garantía bancaria o de valores fiduciarios de acuerdo a su cotización actual en el mercado, o cheque certificado a la orden del Tesorero de la Nación o de la Institución licitante, en su caso, por un valor equivalente al diez por ciento (10%) de monto total de la oferta. Podrá aceptarse también como caución, primera hipoteca de bienes raíces o prenda industrial de las maquinarias destinadas a la obra,

siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento (60%) del valor de los bienes hipotecados o pignorados”

En el año 1965 se expidió una nueva Ley de Licitaciones, contenida en el Decreto Supremo No. 2755, publicado en el Registro oficial No. 656 del 28 de diciembre, en cuyo artículo 28 se confirma la naturaleza de caución de las garantías correspondientes. En efecto, el citado artículo 28 dispuso textualmente:

“Art. 28.- El adjudicatario al momento de firmar el contrato o máximo en los quince días subsiguientes, para seguridad del cumplimiento de éste y para responder por las obligaciones que contrajere a favor de terceros, relacionadas con el contrato, entregará una garantía bancaria o de valores fiduciarios de acuerdo a su cotización actual en el mercado, o por el monto que el Ministerio o la Institución respectiva lo determinare, o cheque certificado a la orden del Tesorero de la Nación o de la Institución licitante, en su caso, por un valor equivalente al 5% del monto de la oferta o del valor del contrato

Podrá aceptarse también como caución, primera hipoteca de bienes raíces o prenda industrial de las maquinarias destinadas a la obra, siempre que el monto de la garantía no exceda del 80% del valor de los bienes hipotecados o pignorados.

En los contratos cuya cuantía no pase de los doscientos mil sucres (\$ 200.000,00), podrá aceptarse garantía personal de quien acredite ante el Ministerio Público o Institución, su solvencia económica, con bienes raíces de un valor no menor del duplo del valor de la garantía”

En el año 1974 se expidió la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, contenida en el Decreto Supremo No. 128, publicado en el Registro Oficial No. 486 de 4 de febrero, en cuyo artículo 25 se confirma la misma naturaleza

jurídica de caución a la que nos hemos referido con anterioridad. En efecto, el artículo 25 de la referida Ley decía:

“Art. 25.- El adjudicatario al momento de firmar el contrato, para seguridad del cumplimiento de éste y para responder por obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionados con el contrato, entregará una garantía que será: bancaria, de valores fiduciarios de acuerdo a su cotización actual en el mercado o por la que el Ministerio o la Institución respectiva lo determine o, cheque certificado a la orden del Tesorero de la Nación o de la Institución Licitante, en su caso, por un valor equivalente al cinco por ciento (5%) del monto total del contrato, la misma que, se entregará al momento de suscripción del acta de entrega- recepción provisional y siempre que no se hayan presentado reclamaciones.

Podrá aceptarse también como caución, primera hipoteca de bienes raíces o prenda industrial de las maquinarias destinadas a la obra, siempre que el monto de la garantía no exceda del cuarenta por ciento (40%) del valor de los bienes hipotecados o prendados”

El artículo 26 de la ley ibidem incorpora a la póliza de seguro de una compañía domiciliada en el país como una de las formas de garantía o caución, al establecer lo siguiente:

“Art. 26.- 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 suces de la carta de crédito, que se cancelará una vez que se haya dado cumplimiento al contrato”

El artículo 29 de la referida norma, confirma la naturaleza jurídica de caución de las garantías cuando establece lo siguiente:

“Art. 29.- En los contratos de adquisición de bienes se rendirá la caución establecida en el Art. 25, la que servirá también para responder por la buena calidad de ellos y por su normal funcionamiento, dentro de la exigencias técnicas determinadas en el respectivo contrato. Se devolverá en el momento de recepción definitiva.”

El 27 de agosto de 1976 en el Registro Oficial No. 159 se publicó el Decreto Supremo No. 679, una nueva Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, la cual incluía un capítulo referente a las garantías, en cuyo artículo 13 letra c) se incorpora a la Póliza de seguro incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, como una de las formas de garantía en la contratación pública.

El texto pertinente del referido artículo 13 estableció lo siguiente:

“Art. 13.- Las personas que contraten con el Estado o las entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública, antes de firmar el contrato, para seguridad del cumplimiento de éste y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionados con el contrato, rendirán una de las garantías equivalente al cinco por ciento del valor del contrato:...

c) Póliza de seguro, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país...”

El 16 de agosto de 1990 se publicó en el Registro Oficial No. 501 la Ley No. 95, denominada “Ley de Contratación Pública”, la cual recogiendo los principios determinados en la ley anterior, nuevamente establece a la Póliza de seguro incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, como una de las formas de garantía en la contratación pública. En efecto, su artículo 77, en su parte pertinente, dispuso:

“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 siguientes garantías::...

c) Póliza de seguro, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país...”

La naturaleza jurídica de caución, tanto de la póliza como de todas las formas de garantía se consolida jurídicamente por el contenido del artículo 78 de la recién citada Ley, que literalmente estableció:

“Art. 78.- MONEDA DE PAGO DE LAS GARANTÍAS.- Las garantías contempladas en la presente ley preverán el pago de la caución en la misma moneda en que se hubiere pactado la obligación principal.

Para extender las garantías se estará al monto de las obligaciones expresadas en moneda nacional o en moneda extranjera”

El texto de este último artículo, equivale al ya transcrito artículo 74 de la vigente Codificación de la Ley de Contratación Pública, ambos determinan la naturaleza jurídica de caución de las garantías contempladas en la ley y consideran como sinónimos los términos garantía y caución.

En la contratación pública ecuatoriana la póliza de seguro incondicional, irrevocable y de cobro inmediato emitida por una compañía de seguros establecida en el país no es sinónimo de contrato de seguro sino de caución o garantía, pues el objeto de su emisión es garantizar a un tercero, quien es el oferente o contratista del Estado, es además de naturaleza accesoria, es decir, deberá existir un contrato principal.

No podemos referirnos a que esta póliza es un contrato de seguro, pues entonces deberíamos decir el Estado debe convocar o invitar a las Compañías

Aseguradoras para que garanticen las obligaciones de sus oferentes, por lo que indiscutible es la naturaleza jurídica de la póliza de seguro como caución en la contratación pública ecuatoriana, y no como contrato, en función de lo precisado en la Ley de Contratación Pública de 16 de agosto de 1990, en la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas de 27 de agosto de 1976, en la Codificación de la Ley de Contratación Pública del 22 de febrero de 2001 y en las demás leyes mencionadas, como por la clara definición del contrato de seguro determinada en el Decreto Supremo 1174, *“El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador; se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o daños producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato”*, es decir, el contrato de seguro se celebra para que se indemnice a la otra parte contratante de dicho instrumento, cuestión que no ocurre en la contratación pública, pues el Estado no es contratante de la póliza, ni siquiera sería apropiado el término beneficiario como elemento del contrato de seguro, pues esa no es su naturaleza, simplemente se utiliza este término para efecto de asignarle una denominación dentro de la póliza de seguro.

La Procuraduría General del Estado¹³, se ha pronunciado sobre las referidas pólizas en los siguientes términos:

“El literal c) del artículo 73 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública prevé que las garantías precontractuales y contractuales instrumentadas mediante la emisión de pólizas, otorgadas por las compañías de seguros, deben ostentar las características de irrevocables, incondicionales y de cobro inmediato.

La Ley y la doctrina distinguen claramente el seguro típico de las garantías. El artículo 43 de la Ley General de Seguros faculta a las empresas aseguradoras para otorgar, mediante la emisión de pólizas, fianzas o garantías a favor de

¹³ Oficio 05388 de 10 de diciembre del 2003

personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado. Los artículos 71, inciso 3°, y 74 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, preceptúan que las garantías determinadas en dicha ley son cauciones. El artículo 31 del Código Civil define a la caución como cualquier obligación que se contrae para seguridad de otra obligación propia o ajena, y expresa que son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca. La doctrina enseña que las garantías otorgadas por las aseguradoras son fianzas instrumentadas, por razones prácticas, como un negocio de seguros mediante la emisión de pólizas (Hernando Galindo Cubides, “ El Seguro de Fianzas”, Bogotá, Skandia, 3ª Edición, 1984, pág. 23).

El artículo 42 de la Ley General de Seguros establece el trámite para el reclamo administrativo que debe plantearse ante el Superintendente de Bancos cuando una empresa de seguros se niegue a pagar un seguro contratado. Pero esta reclamación, su trámite, plazos, documentación, etc., se aplican a los referidos seguros contratados, pero no a las fianzas o garantías, las cuales, por su naturaleza no son seguros típicos sino cauciones.

El artículo 5, inciso 2°, del “Reglamento sustitutivo para registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, registro de contratos, registro de garantías de contratos y régimen de excepción” prevé que las garantías otorgadas por las compañías de seguros, que por su naturaleza no son seguros sino cauciones, tendrán el carácter de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, su pago se realizará sin tardanza, requisitos ni plazos que dilaten su cancelación.

Según el artículo 44, inciso 7°, de la Ley General de Seguros, una vez expedida la resolución administrativa de la Superintendencia de Bancos o el fallo judicial que declare el incumplimiento de una aseguradora, se procederá dentro de los 15 días siguientes a la inscripción de la misma en el Registro de Contratistas Incumplidos de la Contraloría General del Estado. Esta norma no se aplica a las garantías previstas en la Codificación de la Ley de Contratación Pública porque no son seguros sino cauciones y porque, al ser irrevocables,

incondicionales y de cobro inmediato, el pago de las mismas no se somete al reclamo administrativo ante la Superintendencia de Bancos determinado en el Título II, Capítulo Octavo, artículo 42 de la Ley General de Seguros. En concordancia, el artículo 12, inciso final, del Reglamento sustitutivo para registro de contratistas incumplidos, prevé que para la inclusión de una compañía aseguradora en el Registro de Contratistas Incumplidos no será necesaria la resolución administrativa de la Superintendencia de Bancos, de que trata el artículo 44 de la Ley General de Seguros, sino únicamente la resolución de la entidad beneficiaria de la garantía que declare el incumplimiento de la firma aseguradora.

PRONUNCIAMIENTOS

A la primera

Es criterio de esta Procuraduría que las garantías exigidas por el artículo 73, letra c), de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, son fianzas otorgadas, por razones prácticas, mediante la emisión de pólizas, por tanto no son contratos de seguros, según lo disponen los artículos 71, inciso 3°, y 74 de la Ley de Contratación Pública codificada y el artículo 5°, inciso 2°, del Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos.

En tal virtud, la efectivización de estas garantías no se sujeta al reclamo administrativo ante el Superintendente de Bancos dispuesto en el artículo 42 de la Ley General de Seguros para los contratos de seguros, pues, al tenor del artículo 73, literal c), de la Ley ibídem, dichas garantías son de cobro inmediato, por lo que su pago se realizará sin tardanza y sin trámite administrativo previo que dilate su cancelación. Por lo expuesto, esta Procuraduría mantiene y ratifica el criterio vertido en los oficios números 13359 (19-VIII-98) y 27668 (2-I-2003).”

Tal como lo podemos confirmar con el transcrito pronunciamiento del Procurador General de la Nación, las pólizas utilizadas como garantías en Contratación Pública, son CAUCIONES y no contratos de seguro, además de contener características especialísimas como lo son la incondicionalidad, la irrevocabilidad y el cobro inmediato; la incondicionalidad se refiere a la forma de ejecutar las garantías una vez producido el incumplimiento, a criterio de la entidad contratante bajo su competencia y responsabilidad; en esta fase no se admiten objeciones ni caben reclamos administrativos que dilaten o nieguen el pago de la garantía; la irrevocabilidad es la imposibilidad del emisor de dejarlas sin efecto unilateralmente; el cobro inmediato exige que la garantías sean canceladas después de su requerimiento, tan pronto se produzca el incumplimiento del contratista, por lo que su pago se realizará sin tardanzas, sin requisitos ni plazos que dilaten su cancelación.

Para el legislador, como lo hemos podido corroborar con los antecedentes históricos presentados, ha sido de vital importancia, incorporar en la legislación, normas que permitan garantizar los fondos del Fisco, siendo el perjuicio que se le pudiera causar, la principal motivación por la que, desde las primeras normas expedidas para regular a las contrataciones con el Estado, se ha considerado necesaria y obligatoria la presentación de garantías o cauciones por parte de los contratistas, no solo para garantizar los fondos que físicamente pudieren recibir, sino también para asegurar la efectiva ejecución de las obligaciones contraídas, pues de no cumplirse dichas obligaciones, el Estado también se viera perjudicado.

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO INCONDICIONALES, IRREVOCABLES Y DE COBRO INMEDIATO

Las pólizas cuyas características especialísimas de ser incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, las mismas que por su naturaleza constituyen cauciones, tal como lo hemos expuesto, se aplican indiscutiblemente para garantizar los contratos suscritos con las Instituciones Públicas cuyas contrataciones se encuentran reguladas por la Codificación de la Ley de Contratación Pública y la Ley de Consultoría.

Sin embargo, en el panorama “privatizado” que vive el Ecuador, muchas son las entidades que se pueden considerar al margen de la aplicación de dichas pólizas, pues como lo hemos manifestado en el primer capítulo de la presente tesina, existen instituciones que a pesar de que su capital se encuentra constituido por fondos del Estado, desconocen totalmente los principios que rigen el Derecho Público, sin considerar el perjuicio que se le estaría causando al Fisco.

Muchas son las consecuencias de esta huida hacia el Derecho Privado, sin embargo, no es el objeto de este trabajo dar solución a todos los vacíos que se han causado por falta de una legislación adecuada, sino establecer un recurso para corregir un problema puntual, como lo es la regulación de la aplicación de las pólizas incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato no solo para las instituciones que se rigen por la Codificación de la Ley de Contratación Pública o por la Ley de Consultoría, sino también para que su aplicación sea obligatoria e indiscutible para las entidades cuyo capital se encuentre constituido por fondos del Estado.

Claro está que la principal motivación del legislador al establecer una norma que considere la entrega de cauciones por parte del contratista del Estado, ha

sido salvaguardar al Estado de cualquier perjuicio que pudiese sufrir como consecuencia de una contratación.

Siguiendo este principio, hemos estimado de vital importancia que la aplicación de las referidas pólizas para las entidades cuyo capital se encuentre constituido por fondos públicos, debe ser recogida en nuestra legislación de forma específica, a fin de que no se dé cabida a una interpretación errónea, que al final de cuentas pudiese poner en riesgo fondos del Estado.

En las actuales circunstancias jurídicas del país, en las que el derecho público se encuentra tambaleando en una cuerda floja, el hecho de que la aplicación de este tipo de pólizas se encuentre regulado exclusivamente por normas que rigen las consideradas indiscutiblemente Instituciones Públicas, es poco alentador, pues permite discusiones y exposiciones de criterios, que para efectos de preservar los intereses del Estado, resultan inútiles.

Se ha pretendido subsanar esta falencia haciendo constar en las reglamentaciones internas de estas entidades la aplicación de las pólizas de la referencia, sin embargo esas normas no constituyen ninguna base legal imperativa frente a posibles conflictos que pudieren suscitarse, por lo que es necesario que la regulación de este tipo de pólizas se encuentre en una legislación general, no excluyente y específica, dirigida concretamente a impedir especulaciones y controversias.

La Ley General de Seguros, es a nuestro criterio es la norma idónea para hacer esta inclusión, pues su capítulo IX contiene disposiciones relativas a las fianzas, sin embargo no son claras ni específica sobre el tema en controversia.

El artículo 43 de la norma ibidem establece:

“Art. 43.- La Empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendencia 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 la ley.

El afianzado está obligado a entregar a favor de la entidad de seguros, las contra garantías personales o reales que respalden el riesgo asumido.

El afianzado podrá ceder a favor de la empresa de seguros sus derechos para el cobro de valores por el anticipo a recibir, así como por las liquidaciones por planillas a emitirse por los trabajos realizados tanto del contrato garantizado como de otros a los que tuvieren derecho.

La falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía.

También podrá convenir que en caso de que los beneficiarios del sector público ordenen la renovación de las garantías, las primas correspondientes sean pagadas por estos con cargo a los valores que tengan retenidos a sus contratistas.

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

El primer inciso de este artículo faculta a las compañías de seguros para otorgar fianzas o garantías mediante la emisión de pólizas por cuenta de terceros a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado. Con esta declaración el legislador concede al sistema de seguros privado, la autorización para que actúe contratando o intermediando garantías.

El tercer inciso del transcrito artículo nos muestra una importante acotación que nos confirma la diferenciación entre la fianza y el contrato de seguros en general, estableciendo “*La falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía*”.

Como ya lo anotamos en el capítulo referente al contrato de seguro, en el cual es absolutamente obligatorio el pago de la prima para mantener vigente la obligación de indemnización.

Esta disposición se encuentra estrechamente ligada con el carácter de irrevocable de la póliza a la que nos referimos, es decir, no puede darse por cancelada la póliza sin que se cumplan cualquiera de las circunstancias anotadas en el artículo 45 de la referida norma legal.

“Art. 45.- La responsabilidad de la empresa de seguros termina:

- Por la suscripción del acta que declare extinguidas las obligaciones del afianzado o contratista; o por el vencimiento del plazo previsto en el contrato principal;*
- Por la devolución del original de la póliza y sus anexos;*
- Por el pago de la fianza;*
- Por la extinción de la obligación afianzada;*
- Por no haberse solicitado la renovación de la póliza o la ejecución de las fianzas, dentro de su vigencia; y,*
- Por las causales señaladas en la ley.”*

Sin embargo esta disposición es general, no se refiere exclusivamente ni al sector público, ni al privado, por lo que siguiendo el aforismo latino “ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus”, donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros, entenderemos que la irrevocabilidad se aplica tanto para garantizar al sector público como al privado.

“Art. 44.- El afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas.

La responsabilidad de la empresa de seguros no excederá de la suma máxima asegurada indicada en la póliza o sus anexos.

En ningún caso la empresa de seguros podrá obligarse a más de lo que deba el afianzado. De igual manera, el riesgo asegurado deberá constar en forma clara y determinada sin que pueda extenderse la cobertura a otras obligaciones que por ley o contrato tenga el afianzado.

En las fianzas por anticipos, la suma asegurada se reducirá a medida que se los vaya devengando.

Se entiende causado el siniestro en los casos establecidos en la Ley o el contrato.

Para el cobro de la fianza, el asegurado deberá proceder de acuerdo con lo que la ley, la obligación principal y la póliza establezcan en lo pertinente a notificación y trámite. Se adjuntarán los documentos que acrediten el incumplimiento en lo que se refiera a la obligación afianzada, así como a la naturaleza y monto del reclamo. Una vez expedida la resolución administrativa de la Superintendencia de Bancos o el fallo judicial que declare el incumplimiento de una compañía, se procederá dentro de los 15 días siguientes a la inscripción de la misma en el Registro de Incumplidos de la Contraloría General del Estado.

De igual forma, la empresa de seguros podrá también solicitar dicha inscripción, en el caso de mora de obligaciones por parte del contratista.

En caso que la ley, reglamentos o contratos lo permitan, podrá la empresa de seguros gozar de los beneficios de excusión u orden.”

En el sexto inciso del transcrito artículo se dispone que para cobrar la fianza, el asegura deberá proceder de acuerdo con lo que la ley, la obligación principal y

la póliza establezcan, lo que al establecer un análisis lógico, se puede entender que independientemente la determinación legal constante en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, si la obligación principal –el contrato- o la misma póliza, establece la condición de cobro inmediato, no se necesitará de ningún trámite para proceder a su cobro, pues a nuestro criterio el trámite previsto en el artículo 42 no es aplicable a la fianza.

La falta de legislación adecuada y la ambigüedad con la se presenta esta norma, deja espacio para la mal interpretación, pues en general se entiende que al manifestarse en el transcrito artículo “de acuerdo con lo que la ley”, se refiere al trámite previsto en el artículo 42.

Considerando las falencias que continuamente se encuentran en nuestra legislación y a fin de evitar sumergirnos en discusiones inútiles, cuando la obligación ya es incumplida y el Estado a través la entidad cuyo capital se encuentra constituida con sus fondos, necesite proceder a la reclamación de la garantía; considerando además, la importancia que representa salvaguardar los dineros públicos, es necesario ser más específicos en la legislación, por lo que la propuesta es la modificación del texto del artículo 43, incorporando un texto específico sobre las características incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato a fin de que no queden vacíos al momento de su aplicación.

“Art. 43.- La Empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendencia 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 la ley.

En el caso de que la fianza se constituya a favor de una entidad pública o de una persona jurídica de derecho privado cuyo capital se encuentre constituido en cualquier porcentaje por fondos públicos, deberán

entenderse incorporadas necesariamente las características de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.

El afianzado está obligado a entregar a favor de la entidad de seguros, las contra garantías personales o reales que respalden el riesgo asumido.

El afianzado podrá ceder a favor de la empresa de seguros sus derechos para el cobro de valores por el anticipo a recibir, así como por las liquidaciones por planillas a emitirse por los trabajos realizados tanto del contrato garantizado como de otros a los que tuvieren derecho.

La falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía.

También podrá convenir que en caso de que los beneficiarios del sector público ordenen la renovación de las garantías, las primas correspondientes sean pagadas por estos con cargo a los valores que tengan retenidos a sus contratistas.

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

Incorporada esta disposición en la legislación no cabrá duda sobre la incorporación obligatoria de las características incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato en las pólizas de seguro entregadas en calidad de cauciones para garantizar el cumplimiento de obligaciones en los contratos suscritos con entidades cuyo capital se encuentra constituido con fondos del Estado, expresado que ha sido que la motivación del presente trabajo de investigación es cautelar los dineros del Estado, apelamos a los principios del Derecho Público para evitar que una ambigüedad legal permita el perjuicio del Estado.