



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL SEGURO DE FIANZAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DEL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Dr. José Dionicio Suing Nagua

Autora
Johanna Lizzete Abad García

Año
2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el (los) estudiante(s), orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

José Dionicio Suing Nagua
Doctor en Jurisprudencia
CC.1706860440

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Juan Carlos Córdova León
Doctor en Jurisprudencia
CC. 0102847746

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Johanna Lizzete Abad García
171652126-3

AGRADECIMIENTOS

A mi padre Rubén Abad porque sin su apoyo no hubiera sido posible la culminación de mi carrera profesional. Porque siempre creyó en mí, padre amado jamás me dejaste desamparada y este logro es tuyo y mío porque a pesar de las adversidades, siempre hubo una palabra de aliento, de ánimo para que siga adelante y culmine mi carrera profesional, gracias infinitas por tanto amor, dedicación y compromiso para que hoy por hoy yo sea una profesional.

RESUMEN

El trabajo aborda el problema jurídico del actual sistema nacional de contratación pública que tiene ciertos vacíos legales que complican la relación entre contratista, contratante y empresas de seguros, en temas tales como la documentación necesaria para declarar a un contratista incumplido y el modo de ejecutar las garantías, todo lo cual genera desigualdad hacia las empresa de seguros y contratistas por parte las entidades del Estado.

En el actual Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador, no ha existido estudios profundos sobre la temática de las garantías emitidas por las empresas de seguros para garantizar contratos con el Estado, dejando a un lado los problemas y vicisitudes que tiene que sobrellevar la emisora de las pólizas por los vacíos legales de las normas aplicables, lo que ha generado el abuso de las entidades del Estado.

ABSTRACT

The paper addresses the legal problem of the current national public procurement system, which has certain legal loopholes that complicate the relationship between contractor, contractor and insurance companies, such as the documentation needed to declare a contractor unfulfilled and how to execute the contracts. Guarantees, all of which generates inequality towards insurance companies and contractors by state entities.

In the current National Public Procurement System of Ecuador, there have been no in-depth studies on the issue of guarantees issued by insurance companies to guarantee contracts with the State, leaving aside the problems and vicissitudes that have to be borne by the issuer of The policies by the legal gaps of the applicable norms, which has generated the abuse of the entities of the State.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 DE LAS GARANTIAS DE FIANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR.....	2
1.1 Concepto de fianzas e importancia.....	2
1.1.1. Concepto.....	2
1.1.2 Importancia	3
1.2 Características	4
1.3 Partes que intervienen en una fianza	4
1.4 Diferencia entre seguro y fianza	5
1.5 Principales garantías de fianza en la Contratación Pública	6
1.5.1 Garantía de Cumplimiento de Contrato	7
1.5.2 Garantía del Buen Uso de Anticipo.....	8
1.6 Vigencia de las garantías	9
1.7 Ejecución de las Garantías	10
1.8 Elementos del contrato de seguro.....	12
1.9 Acto Administrativo y sus efectos.....	13
2. REGULACIÓN DEL SEGURO DE FIANZA EN EL ECUADOR	15
2.1 CONSTITUCIÓN	15
2.2. LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	16
2.3 REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.	22
2.4. CÓDIGO CIVIL	26

2.5. LEY GENERAL DE SEGUROS	26
2.6 EL SEGURO DE FIANZAS EN EL DERECHO COMPARADO.....	28
3. VACIOS Y CONTRADICCIONES EN LA REGULACIÓN DE LA GARANTÍA DE FIANZA.....	31
3.1 Vacíos.....	31
3.2 Contradicciones	31
PROBLEMAS.....	31
CONCLUSIONES.....	33
REFERENCIAS	34

INTRODUCCIÓN

El Sistema Nacional de Contratación Pública merece vital importancia, ya que es gracias a este que el Estado puede efectuar planes de desarrollo de obras para el beneficio de sus ciudadanos, obras que brindan beneficio en el sector de la salud, viabilidad, educación y todos aquellos elementos que favorecen a la superación de un país.

Por lo tanto es importante aclarar la relación entre el Estado y contratista, los parámetros en los que este último se va a desenvolver y finalmente, las prerrogativas que tiene la entidad contratante al momento de adjudicar, suscribir y dar por terminado un contrato.

En contratación pública en lo que respecta a las garantías, nuestra legislación señala “... *todas las garantías asegurarán el total cumplimiento de las obligaciones pertinentes...*”, (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 2009, 21) por lo que para el desarrollo de este trabajo me voy a referir a las garantías constituidas en una fianza instrumentada en una póliza de seguros, específicamente la garantía de cumplimiento de contrato y buen uso de anticipo.

Es la ley la que determina la obligatoriedad del contratista de rendir garantías para respaldar sus obligaciones contractuales frente al Estado. Dichas garantías, deben ser incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, para la delimitación de una cláusula exorbitante en favor del Estado, permitiéndole dar por terminado un contrato sin mayor argumento del contratista, bastando simplemente que se proceda con la resolución de terminación unilateral del contrato y convirtiendo a la póliza a su solo requerimiento.

Esta introducción sirve para establecer la importancia de la Póliza de seguro de Fianzas en el Ecuador, pues de ella depende que en el caso que el contratista no cumpla sus obligaciones contractuales con el Estado, este se indemnice con

la correspondiente ejecución de garantías emitidas por la compañía de seguros, indemnización que deberá tener como fin el beneficio y el desarrollo del país.

1 DE LAS GARANTIAS DE FIANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR

1.1 Concepto de fianzas e importancia

1.1.1. Concepto

El tratadista Dr. Wilson Cuenca Ojeda, en su obra “Los Contratos de Garantía: Fianza, Prenda e Hipoteca”, habla sobre la poderosa influencia del uso de la fianza, al recordar el célebre discurso de M. Trellard, Consejero de Estado en los tiempos que se discutía en el Parlamento francés el Código de Napoleón: “Legisladores: Si contratan entre sí los hombres es con la esperanza de que se cumplirán las obligaciones. ¿El que no nos inspira esta confianza será privado de contratar con nosotros? No, legisladores: podemos recibir de otro la garantía que él no nos ofrece, ora sea porque aquel individuo conoce más que nosotros al hombre con quien contratamos, ora porque por cualquier otro motivo consiente obligarse por él.” (Cuenca Ojeda, Los Contratos de Garantía: Fianza Prenda e Hipoteca 2011, 26)

Para Sánchez Román la fianza es un contrato accesorio, consensual, unilateral, lucrativo u oneroso, por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, toma sobre sí el cumplimiento subsidiario de la obligación principal. (Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil 1889, 111)

Mientras que Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental define a la fianza como “toda obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero”. (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental 2006, 164)

Con los conceptos doctrinarios señalados, se puede definir a la fianza como un documento en el que se describen solemnidades que tienen como fin asegurar el cumplimiento de un contrato.

Por lo indicado, se puede señalar que el contrato de fianza o seguro de fianza, es un contrato accesorio, debido a que responde a una obligación que nace de un contrato principal, pactado o suscrito con una persona natural o jurídica del sector público o privado; es decir que para su existencia, la fianza necesita de otro contrato de origen, porque de no ser así no podría existir.

La concepción que se tenga acerca de lo que es una fianza varía dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país. Se la puede conocer como “seguro, resguardo, prenda, confidencia, cobro, guarda, garantía” (Bohorquez de Sevilla 1991, p. 22).

1.1.2 Importancia

Eduardo Peña Triviño, en su libro Manual de Derechos de Seguros, señala que la fianza como seguro “es un contrato por el cual una aseguradora -mediante el cobro de una prima- protege al asegurado contra el incumplimiento de una obligación específica a cargo del deudor principal o del fiador” (Peña Triviño, Manual de Derecho de Seguros 2003,p. 410).

En atención a lo señalado, se puede rescatar como principal importancia de las fianzas en que garantizan el cumplimiento de las obligaciones que el contratista mantenga con el contratante, este último beneficiario de la garantía por el posible incumplimiento del primero; por ejemplo, para la ejecución de un contrato de construcción de un puente, la contratante solicita al contratista que rinda una garantía de que cumplirá conforme a lo acordado en el contrato, razón por la que el contratista acude a una compañía de seguros y solicita una póliza -en este caso- de fiel cumplimiento de contrato, estando la aseguradora obligada a indemnizar (una vez que se hayan cumplido con los requisitos

necesarios para la ejecución de las fianza) a la contratante en el caso de que el contratista incumpla con el contrato.

1.2 Características

Las características generales de la fianza son:

Es **Consensual**, porque se ejecuta únicamente cuando ambas partes del contrato han manifestado su voluntad expresa (Buenaventura 1980, p. 35).

Es **accesorio**, garantiza el cumplimiento de una obligación principal.

Se considera **Gratuito**, ya que solo el fiador es llamado a cumplir con la obligación, es decir no las partes del contrato principal que garantiza.

También se ha señalado que de cierta forma la fianza es **Unilateral**, en el sentido que únicamente el fiador es quien se exige a cumplir con la deuda del fiado.

1.3 Partes que intervienen en una fianza

En fianzas existe una estrecha relación entre la aseguradora, el beneficiario que es el contratante y por último el contratista, responsable de la acción, en consecuencia las partes que intervienen directamente en una fianza son:

a) BENEFICIARIO, también llamado asegurado o contratante, es la persona a favor de quien se afianza el cumplimiento de la obligación, y quien básicamente se convierte en el acreedor de las obligaciones del contratista, la persona que tiene derecho a percibir una indemnización en situaciones imprevistas.

b) CONTRATISTA, llamado también afianzado, garantizado o deudor, básicamente es el responsable del cumplimiento de la obligación; y,

c) FIADOR, llamado también afianzador o aseguradora, es la persona autorizada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (antes Superintendencia de Bancos y Seguros) para emitir las pólizas de fianza, es quien responde en forma solidaria con el contratista por el cumplimiento de una obligación determinada. (Cuenca Ojeda, Los Contratos de Garantía: Fianza Prenda e Hipoteca 2011, 30).

1.4 Diferencia entre seguro y fianza

Tabla 1.

Diferencia entre seguro y fianza

Seguro	Fianza
<ul style="list-style-type: none"> • Asume riesgos • Interviene la compañía y el asegurado • Obligación principal, indemnizatoria a un siniestro • Garantiza el pago de daños ocasionados por un siniestro • La tarifa se calcula en base a parámetros técnicos por riesgo • Los siniestros son asumidos por la compañía y los reaseguradores • Cubre riesgos no previsibles y catastróficos • Se basa en la ley de los grandes números (las primas de muchos pagan las pérdidas de unos pocos) (IPBF, Aspectos Generales del Seguro de Fianzas , 2009, p. 6) 	<ul style="list-style-type: none"> • Asume responsabilidades • Interviene la compañía, el asegurado y el contratista • Obligación accesoria, se deriva de un contrato • Garantiza el pago de una deuda ajena • La tarifa depende del mercado y normalmente es fija • Se “repite” en contra del cliente a través de las contragarantías • Cubre riesgos previsibles y por tanto cuantificables • La prima de fianzas se calcula por el costo de evaluación del solicitante y por el servicio que se presta

1.5 Principales garantías de fianza en la Contratación Pública

En nuestro país en lo que respecta a Contratación Pública, “las garantías que el contratista debe rendir se encuentran determinadas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde indica cinco formas de garantías las mismas que garantizan el cumplimiento de los contratos celebrados por las instituciones públicas”, tomando en consideración que el interés público y recursos públicos invertidos y comprometidos en el contrato. Dentro de estas cinco formas de garantías, el mencionado artículo en el numeral segundo menciona que el contratista puede rendir fianzas instrumentadas en una póliza de seguros. (López Arévalo 2010, p. 151,152)

Por lo señalado, para el establecimiento de la relación contractual que se genera por la emisión de la fianza esta se encuentra instrumentada en el documento denominado póliza, dentro de la cual encontramos al contrato de seguro. Este instrumento contiene condiciones concretas, que pueden ser aceptadas, rechazadas o modificadas por el asegurado (contratante), sin embargo, una vez firmado, el contratista está obligado a respetar las cláusulas en él establecido.

A fin de asegurar los contratos que suscriba el contratista con cualquier entidad del Estado (contratante) la fianza instaurada a partir de una póliza de seguros, debe ser de carácter incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía reconocida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Es tradicional en los contratos de la administración exigir garantías de fianzas al contratista a fin de asegurar la correcta ejecución del contrato. (López, 2009, p. 293).

Las pólizas de seguros de fianzas en su gran mayoría son emitidas para garantizar el fiel cumplimiento de contrato y el buen uso de anticipo.

1.5.1 Garantía de Cumplimiento de Contrato

En contratación pública en nuestra legislación se indica que como medida de seguridad para cumplir con el contrato y para reconocer la obligación, el contratante deberá rendir garantías de fiel cumplimiento de contrato por un valor del 5 % del valor del contrato (López Arévalo, 2010, p. 155), dicha garantía debe permanecer vigente por el 100% del monto asegurado hasta la firma del acta recepción definitiva del contrato o devolución de la póliza original por parte de la entidad contratante.

Adicionalmente la ley también contempla la posibilidad de que con cargo a la garantía de fiel cumplimiento de contrato se puede efectivizar las multas impuestas al contratista.

Esta póliza se ejecuta principalmente cuando:

- El contratista incumple con el contrato.
- Cuando el incumplimiento acaba en solicitud de terminación unilateral del contrato.
- Cuando el contratista no renueve a tiempo la garantía.

Una vez aceptada y entrada en vigencia la póliza de fianza, esta no podrá ser anulada a menos que la entidad asegurada solicite su terminación anticipada. Por tanto se consume que las obligaciones que se adquieren con la póliza de fianza terminan: Una vez cancelado el valor de la indemnización, dando cumplimiento con la obligación afianzada por parte de la compañía y firmada “el acta de entrega recepción provisional de los bienes u obras objeto del contrato principal” (Pérez, López Suárez y Aguilar, 2011, p. 336).

1.5.2 Garantía del Buen Uso de Anticipo

Esta garantía instrumentada en una póliza de seguros, garantiza la correcta utilización del valor destinado como anticipo para la realización del contrato de la entidad contratante, de esta forma el valor asegurado es el mismo que ha sido entregado como anticipo por la contratante. (Pérez, López Suárez y Aguilar 2011, p. 334)

En consecuencia, para que el contratista pueda recibir el anticipo está obligado a dar una garantía en favor de la contratante, dichas garantías, al ser emitida por una compañía de seguros debe estar instrumentada en una póliza de seguros de buen uso de anticipo en la que queda señalado el monto exacto del valor dado como anticipo para que dicho monto quede garantizado por parte de la aseguradora en caso de su mal uso, valor que permanecerá vigente hasta la suscripción del acta entrega recepción provisional.

La ley en el Ecuador permite que la garantía del anticipo se vaya devengando según el avance de la obra, es decir, según vaya el contratista entregando las planillas, que el fiscalizador se cerciore que se está utilizando el anticipo para el cumplimiento de la obra y que esta obra conforme va avanzando va amortizando el valor entregado en anticipo, reduciendo el valor de la garantía por el cumplimiento de la obligación por parte del contratista. (López Arévalo 2010, p. 156)

Por lo mencionado, se enciente que la póliza de Seguro de Buen Uso de Anticipo tiene como objeto principal garantizar la devolución de los valores adeudados del anticipo entregado al contratista en caso de terminación anticipada o unilateral del contrato.

La ejecución de esta garantía generalmente se da cuando el contratista ha utilizado los fondos entregados como anticipo para otro fin.

La vigencia estará determinada por el plazo establecido en el contrato y en el período adicional contemplado hasta la recepción definitiva de la obra. En compromisos de prestación de servicios o de provisión de bienes, esta garantía permanecerá vigente hasta la entrega del acta de recepción definitiva.

Una vez realizada la entrega del acta de recepción definitiva de la obra objeto del contrato, será liberada con una certificación del beneficiario, o con la devolución del original de las pólizas y sus respectivas renovaciones. (Pérez, López Suárez y Aguilar , 2011, p. 336)

1.6 Vigencia de las garantías

Hay que tomar en cuenta que las garantías permanecen vigentes hasta cuando se ha cumplido con las obligaciones que avalan. En la mayoría de pólizas de seguros, la renovación de las garantías depende de la entidad contratante, puesto que es la encargada de solicitarla; sin embargo, la solicitud puede ser presentada tanto por el contratante como por el contratista. (López Arévalo 2010, p. 157)

Es obligación del contratista el mantener activa la garantía hasta el momento en que el contrato haya terminado o culminado. Solo mediante la las actas de entrega de recepción de las obras ejecutadas se puede manifestar que se ha cumplido con el contrato.

En el caso de la garantía de buen uso de anticipo, esta se encontrara vigente hasta que sea devengado en su totalidad o hasta la recepción provisional de la obra; mientras que, la garantía de fiel cumplimiento del contrato estará vigente hasta que se suscriba el acta de entrega recepción definitiva de la obra; por lo tanto ambas garantías podrán ser renovadas por el tiempo que sea necesario (Pérez, López Suárez y Aguilar , 2011, p. 336).

Para la devolución de una garantía de fianza, se deberán presentar documentos de manera formal y escrita por parte del contratante, en los cuales se deje constancia de que se han brindado los servicios en su totalidad.

1.7 Ejecución de las Garantías

Para la ejecución de una garantía de fianza, la contratante por medio de un acto administrativo debe requerir la ejecución de dicha póliza, indicando las causas imputables al contratista para la ejecución (E. Pérez, 2006, p. 425). Por lo que se entiende que para la ejecución de una póliza debe existir una declaración unilateral de preferencia por escrito a fin de que se formalice el parecer administrativo, para de esta forma señalar que existe un acto administrativo válido, en el que no se requerirá de la voluntad del receptor del acto (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002, art. 65, 8). En resumen, para que la contratante requiera la ejecución de la garantía, deberá adjuntar la documentación que acredite el incumplimiento del contratista.

Con el acto administrativo, la entidad asegurada en caso del mal uso del anticipo -imputable al contratista- deberá presentar a la aseguradora en cualquier momento durante la vigencia de la póliza el reclamo pertinente. El reclamo deberá hacérselo por escrito y deberá ir acompañado de los siguientes documentos:

- Resolución administrativa, suscrita por la máxima autoridad de la entidad asegurada, con la cual se da por terminado de manera unilateral el contrato principal y que según la ley le confiere el derecho a ejecutar, si fuere del caso, la garantía por los anticipos entregados;
- Copias certificadas de los informes (técnico, económico y jurídico) que acrediten el mal uso del anticipo afianzado y la cuantía del perjuicio ocasionado. Por lo general los informes de fiscalización no son reales y verdaderos, debido al endeble trabajo del fiscalizador lo que conlleva a

la vulneración de los derechos del contratista y aseguradora, dado que el informe del fiscalizador es la base para emitir la resolución de terminación unilateral. En consecuencia existe un abuso por parte de la contratante.

- Liquidación contable de los anticipos recibidos y no justificados.
- Declaración respecto a que la entidad asegurada no es deudor del afianzado, Caso contrario, la entidad asegurada en el reclamo que haga a la compañía, deberá deducir del monto de la indemnización reclamada el valor de la deuda. (López Arévalo 2010, p. 158)

La compañía pagará la indemnización a la máxima autoridad de la entidad asegurada o a la persona que expresamente designe dicha autoridad.

Como se puede apreciar de lo indicado, la ejecución de la garantía se da previo acto administrativo, que en su mayoría resuelve la terminación del contrato por declaración unilateral del contratante. (López, 2009, pp. 323, 324)

Es en la resolución de terminación unilateral del contrato, en donde se deberá especificar la razón por la se procede a terminar el contrato de manera unilateral.

Otro punto a observar, es que para proceder a la terminación unilateral del contrato, la entidad contratante debe notificar al contratista con su decisión de dar por terminado el contrato con diez días de anticipación, conforme a lo determinado en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Estos diez días se los otorga con la finalidad que el Contratista remedie el incumplimiento o justifique la mora y en caso de no hacerlo procede la resolución de terminación unilateral del contrato, resolución que no es susceptible de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

Por otro lado, si logramos obtener una ley clara con un procedimiento claro para la ejecución de las garantías y que por ende sea clara y tajante en imponer la sanción al contratista en caso de incumplimiento, lo que cabe preguntarnos es: Qué sucede con los administradores del contrato? Con los supervisores? Con los fiscalizadores? Acaso ellos no son tan responsables como el contratista en el cumplimiento o incumplimiento del contrato? En qué momento cumplen su deber? o solo están para efectuar los informes técnicos y económicos para sancionar al contratista.

1.8 Elementos del contrato de seguro

Existen ciertos aspectos imprescindibles para la realización de este tipo de contrato. Aquel contrato que carezca de un asegurador, solicitante, interés asegurable, riesgo asegurable, monto asegurado, prima y obligación del asegurador; el contrato será nulo.

El asegurador debe ser la compañía que cumpla con lo establecido en la ley, mientras que, el solicitante en cambio, es la persona que propone la firma de un contrato.

El interés asegurable es aquel que existe desde el momento en que hay la posibilidad de que un patrimonio o un bien propiedad de alguien pueda resultar afectado dentro de las contingencias de la vida” (Peña Triviño, 2003, p. 410).

El Riesgo Asegurable: es aquel que “por su naturaleza, es susceptible de ser asegurado; es decir, cumple los caracteres esenciales del riesgo” (Guardiola Lozado, 2008, p. 416).

Monto asegurado o límite de responsabilidad del asegurador: es la suma escrita en la póliza, el valor a pagarse por parte de la aseguradora en el caso de ejecución de la póliza.

Capital asegurado: valor máximo que la compañía estará dispuesto a pagar en caso de siniestro.

Prima o precio del seguro que es la aportación que debe satisfacer el contratista a la aseguradora como contraprestación por la cobertura de riesgo que le ofrece; y, la obligación del asegurador de efectuar el pago, compromiso que asume la aseguradora de honrar el pago del seguro en el caso de que el contratista incumpla con el contrato.

1.9 Acto Administrativo y sus efectos

Los actos administrativos son los medios que se vale de la administración para expresar su voluntad, razón por la cual para que un acto administrativo tenga validez y eficacia jurídica debe reunir requisitos, de fondo y forma, dado que todo acto administrativo es una declaración de la voluntad administrativa destinada a producir consecuencias jurídicas, públicas o privadas.

Estos actos administrativos no solamente tienen aplicación directa para los administrados, sino que también genera una responsabilidad contra la institución y el personal a cargo de su elaboración y aplicación por los efectos jurídicos y por las consecuencias que de él se desprenden, ya que pueden dar lugar a la creación, reconocimiento, modificación o extinción de una situación jurídica. (Morales 2014, p. 56)

1.10 Las Cláusulas Exorbitantes en los Contratos Administrativos

Las cláusulas exorbitantes autorizan a la entidad contratante a ejecutar la póliza con su solo pedido, dejando en muchos casos al contratista en indefensión, pues 10 días que otorga la ley para justificar o remediar sus incumplimientos no son suficientes cuando han trabajado varios meses sin que el fiscalizador a tiempo haga sus observaciones, cuando su deber es

acompañar al contratista en cada momento y a su debido tiempo solicitar tome los correctivos necesarios, caso contrario existe una responsabilidad solidaria que no ha sido tomada en consideración en la ley (Rivas Casaretto, 2004, p. 95). De esta forma se obligaría a los fiscalizadores y administradores a que emitan sus informes en un tiempo oportuno, guardando rectitud en los mismos.

Estas cláusulas exorbitantes que son condiciones no usuales en el derecho común son las que otorgan a la administración pública una posición superior frente al contratista, y rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes, estipulando la posibilidad de modificar, ampliar o complementar las condiciones originales del contrato de manera unilateral.

Esta característica del contrato administrativo consiste o deviene del poder público siendo la administración pública que impone todas sus condiciones y requerimientos, es “por medio de esta característica –también llamada prerrogativa- que la administración pública obliga coactivamente el cumplimiento del contrato., lo que constituye un efecto que rompe la igualdad de las partes contratantes, fenómeno que obligatoriamente debe darse en los contratos entre los particulares, ya que de pactarse entre los particulares dichas cláusulas generarían nulidad del contrato por licitud del objeto, ya que es contrario a derecho.” (Morales 2014, p. 61)

2. REGULACIÓN DEL SEGURO DE FIANZA EN EL ECUADOR

En el Ecuador para garantizar que una aseguradora responda al contratante con el monto del valor afianzado en caso de incumplimiento por parte del contratista, existen las denominadas pólizas o garantías.

Siguiendo con la misma línea de explicación, la normativa nacional del Contrato de Seguro descrita en el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III Ley General de Seguros desde el artículo 43 hasta el 47, detallan claramente que en el seguro de fianza, el afianzado –contratista- tiene la obligación de entregar garantías en favor del Estado para la ejecución y finalización del contrato suscrito, dentro un plazo y condiciones establecidas.

El seguro de fianza en nuestro país se encuentra regulado por la Ley General de Seguros artículos 43 al 47 constante en el Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, y por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el último inciso del artículo 73 e inciso quinto del artículo 95 del mismo cuerpo legal; sin embargo es necesario enmarcar la responsabilidad de los actos administrativos hasta la fianza.

2.1 Constitución

Dentro de los derechos de libertad nuestra Constitución reconoce a las personas en su artículo 66:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: ... 16. El derecho a la libertad de contratación...” (Constitución de la República del Ecuador 2008, p. 19)

En consecuencia para la emisión de una garantía de fianza por parte de la aseguradora, se requiere del consentimiento mutuo de las partes intervinientes,

del contratista que decide con que aseguradora obtendrá la póliza de fianza para garantizar sus obligaciones, de la aseguradora que analizará el contrato principal para aprobar la emisión de la póliza de fianza.

Por otro lado las instituciones públicas tienen la responsabilidad de ejercer sus funciones de forma legal y responsable, sin cometer ningún exceso, ya que el abuso de sus funciones constituye una clara violación de los administrados, conforme lo determina nuestra Constitución en su artículo 226 y 233:

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

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

...

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”
(Constitución de la República del Ecuador 2008, p. 44 y 45)

2.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Debemos tomar en cuenta que debido al interés y recursos públicos comprometidos en el contrato, dentro del contrato pueden existir cláusulas exorbitantes, las mismas que colocan al contratista en una situación de subordinación respecto a la administración pública, lo que permite que el Estado para cumplir sus fines pueda coordinar la dirección de los contratos, modificarlos, terminarlos y realizar la interpretación que mejor le convenga, lo

que claramente puede afectar el interés del contratista, toda vez que estas cláusulas exorbitante permiten a la entidad contratante “hacer efectivas las garantías por su propia voluntad y autoridad, sin necesidad de los jueces comunes”; sin embargo de lo cual, estas prerrogativas a favor de la contratante deben tener un límite a fin de que no constituyan una arbitrariedad (Rivas Casaretto, 2004, p. 13-22),

En lo que respecta a las garantías de fianzas, su ejecución y trámite, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentran establecidas:

“CAPÍTULO III DE LAS GARANTÍAS

Artículo 73.- Formas de garantías.- En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

...

2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país.

...

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

Artículo 74.- Garantía de Fiel Cumplimiento.- Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario,

antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel...

Artículo 75.- Garantía por Anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.

El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.

...

Artículo 77.- Devolución de las Garantías.- En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.

...

Artículo 95.- Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado

unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

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

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

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 2008, p. 16,17 y 20)

Conforme a lo señalado en el inciso final del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la ejecución de las pólizas de seguros, no se admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo

previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía, señalando también que cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita y si en el caso que la aseguradora se niegue al pago, el incumplimiento por parte de esta será causal para inhabilitarla en el Sistema Nacional de Contratación, hasta el cumplimiento de su obligación.

Es esta particularidad constante en este artículo lo que nos permite evidenciar que las compañías de seguros en este punto se encuentran con un problema jurídico dado que es la misma ley la que señala que no se requiere trámite administrativo previo para solicitar la ejecución de la garantía, sin embargo, la propia ley en su artículo 95 ibídem ha establecido un trámite previo a la terminación unilateral del contrato que conlleva a que la entidad contratante debe previamente emitir informes técnicos y económicos que establezcan los incumplimientos del contratista para proceder con la terminación unilateral del contrato y en consecuencia solicitar ejecución de las garantías de fianzas, para lo cual se deberá remitir conjuntamente con el pedido de ejecución la documentación respectiva.

Por un lado las prerrogativas de las que gozan las instituciones del Estado le facultan para solicitar la ejecución de la fianza sin más trámite que el requerimiento; por otro lado, es necesario demostrar que el contratista ha incumplido con el contrato, situación que se la realiza con los informes técnico y económicos presentados por el fiscalizador del contrato, para luego declarar unilateralmente terminado el contrato y así ejecutar las garantías.

Esta situación no permite un procedimiento claro para la ejecución de las fianzas y faculta el abuso de la entidad asegurada al solicitar el inmediato pago de la fianza bajo la amenaza de inhabilitar a la emisora de la fianza en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Para la contratante es fácil hacer referencial a cualquiera de los artículos, sea el 73 o el 95 de la ley, para requerir la ejecución de las garantías, ya que al no existir un específico puede tranquilamente solicitar que el contratista justifique sus incumplimientos antes de proceder con la terminación unilateral y ejecutar la garantías o simplemente solicitar la ejecución de la garantía, toda vez que es en la Ley General de Seguros que determina que para el cobro de la fianza, el asegurado deberá proceder de acuerdo con lo que la ley, la obligación principal y la póliza establezcan (Codigo Orgánico Monetario y Financiero, Libro III, Ley General de Seguros, art. 44 inciso 6, 12 de septiembre 2014).

Por otro lado, el artículo 95 analizado, señala que antes de la terminación unilateral del contrato, la contratante notificará al contratista con su decisión de terminar unilateralmente el contrato en el caso que no remedie los incumplimientos en 10 días término, adjuntando a la notificación los informes técnicos y económicos realizados por el fiscalizador del contrato en el que constan los incumplimientos.

Sobre estos informes técnicos y económicos realizados por el fiscalizador, en ninguna parte de la ley y su reglamento determinan como deben ser presentados dichos informes por el fiscalizador, lo que ha contribuido que con un trabajo endeble y de última hora realizado por el fiscalizador se vulneren los derechos del contratista, dado que para la contratante los informes del fiscalizador –independientemente de la forma en que los presente– corresponden a la realidad de los hechos. Motivo por el cual es necesario que se establezca un manual que determine como deben ser presentados los informes del fiscalizador.

Hasta aquí nos hemos topado con dos problemas en la ley, de los que se desprenden que: **a)** Por cuanto el informe técnico fiscalizador es importante para dar por terminado el contrato unilateralmente, es necesario establecer un procedimiento específico para la ejecución de las garantías o fianzas, y que solo una vez que se haya cumplido con el mismo y la empresa de seguros no

haya honrado el pago de la garantía se la sancione; y, **b)** Por otro lado, si logramos obtener una ley clara con un procedimiento claro para la ejecución de las garantías y que por ende sea clara y tajante en imponer la sanción al contratista en caso de incumplimiento, lo que cabe preguntarnos es: Qué sucede con los administradores del contrato? Con los fiscalizadores? Acaso ellos no son tan responsables como el contratista en el cumplimiento o incumplimiento del contrato? En qué momento cumplen su deber? Siendo importante contar con un manual que determine como deben ejercer su trabajo.

2.3 Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

“CAPITULO III DE LAS GARANTIAS

Art. 117.- Combinación de garantías.-

...

Todas las garantías, asegurarán el total cumplimiento de las obligaciones pertinentes, debiendo constituirse en forma independiente para cada contratación.

...

Art. 118.- Devolución de Garantías.- Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan.

La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.

La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.

...

CAPITULO V

DE LA ADMINISTRACION DEL CONTRATO

Art. 121.- Administrador del contrato.- En todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Si el contrato es de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque ésta actúe de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato.

...

Art. 124.- Contenido de las actas.- Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato.

Las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria.

En las recepciones provisionales parciales, se hará constar como antecedente los datos relacionados con la recepción precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores.

Art. 125.- Liquidación del contrato.- En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele

o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada.

CAPITULO IX

DE LA TERMINACION DE LOS CONTRATOS

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

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

La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP.

En la resolución de terminación unilateral del contrato se establecerá el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato; requiriéndose que dentro del término de diez días contados a partir de

la fecha de notificación de la resolución de terminación unilateral, el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de terminación del contrato conforme a la liquidación practicada y en la que se incluya, si fuera del caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado.

En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.” (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 2009, p. 21-23 y 25,26)

El artículo 117 y 118 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refieren hasta cuanto aseguran las garantías y cuando son devueltas, mientras que el artículo 121 ibídem prevé la designación de un administrador y un fiscalizador del contrato con la finalidad de que vigilen el cumplimiento del contrato, sin embargo no determina como deberán desarrollar su trabajo, ni como deberán emitir sus informes, ni el contenido de los mismos, mientras que por otro lado el artículo 124 de la ley antes enunciada, señala lo que deberán contener las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas para la entrega formal que hace el contratista de las obras realizadas, es decir que mientras los fiscalizadores cuyo trabajo es velar por que se cumpla con el contrato no se les exige el cumplimiento de parámetros establecidos en la ley para la entrega de sus informes, al contratista para efectuar la entrega sea parcial o total del contrato sí se le exige el cumplimiento de determinadas condiciones para la aceptación.

Adicionalmente el artículo 146 establece el procedimiento para la terminación del contrato y la ejecución de garantías, lo que contradice lo señalado en el

inciso final del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debido a que para la ejecución de las garantías si se requiere de un trámite administrativo previo, y este es la resolución de terminación unilateral del contrato en el que se establezca el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato.

2.4. Código Civil

“Art. 2238.- Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.”
(Código Civil 2005, p. 151)

Nuestra legislación define a la fianza como una “obligación accesoria”, por la que un tercero se obliga a cumplir con un acreedor en caso de que el deudor principal no cumpla; las pérdidas en este podrán ser tanto como para el deudor como para el afianzador. A su vez el artículo 2239, establece que puede ser convencional, es decir constituida por contrato, la legal obviamente descrita en la norma, o la judicial a través de la decisión del juez.

2.5. Ley General de Seguros

La Ley General de Seguros se encuentra formando parte del Libro III del Código Orgánico, Monetario y Financiero; y en lo que respecta al presente trabajo, señala:

“Capítulo IX

Del régimen de fianzas otorgadas por las entidades de seguros

Art. 43.- La empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, para

otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por ley

...

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.

...” (Ley General de Seguros 2006, p. 11 y 12)

De la lectura del artículo 43 de esta ley se desprende que para la ejecución de las garantías no basta simplemente el requerimiento por escrito de la entidad

beneficiaria como lo menciona el inciso final del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que además se debe adjuntar la documentación que acrediten el incumplimiento del contratista, por lo que está clara contradicción perjudica al contratista y por ende a la emisora de las garantías.

2.6 El Seguro de Fianzas en el Derecho Comparado

En Francia, durante los siglos XIX y XX, el seguro de finanzas se denominaba seguro de caución, sin embargo este sistema fracasó, debido a que se determinó que no pertenecía a la rama de seguros, por lo tanto fue prohibido para las compañías aseguradoras, y siendo este permitido únicamente para los bancos y compañías financieras.

Sin embargo vuelve a surgir la operación de caución, sabiendo que no era una forma de seguro pero que esta contenía características derivadas del seguro de Fianza, entre ellas que existe la obligatoriedad de compromisos financieros y la existencia de un beneficiario, proponente y garante.

Este tipo de seguro en Francia, “consiste en la cobertura de contratos de caución en el cual el proponente no es el deudor sino el garante”, que busca protección para evitar pérdidas (Molina Bello, 1994, p. 9).

En España, al igual que en Francia se denomina seguro de caución, y se estipulan para garantizar que serán enmendados al acreedor de una “obligación no directamente dineraria” (García Gómez, y otros, 2011, p. 445 - 447). Es decir existía una contraprestación en el caso de la pérdida sufrida por el beneficiario.

Respecto de las relaciones entre las partes del contrato de seguros español, se tiene que el contratante se ve obligado al pago de la prima, el asegurador en caso de siniestro, debe indemnizar al beneficiario.

En Colombia, se le denominó seguro de cumplimiento, y se refieren a fianzas emitidas por aseguradoras, en donde las pólizas deben cumplir con ciertos reglamentos para poder ser aprobadas por la Superintendencia de Bancos y la Controlaría General de la República. En caso de incumplimiento se pueden imputar multas entre ellas en materia penal. (Reyes y Baquero 2011, p. 400)

Según el Decreto 679 de 1994, la cuantía de este amparo no puede ser inferior al monto de la cláusula penal ni al 10% del valor del contrato.

“El Consejo de Estado, Sección tercera, ha definido el alcance de la cobertura, en sentencia de 22 de Noviembre de 1989, así: El pago de multas y de la cláusula penal están garantizados por la póliza de cumplimiento, como también lo están las demás obligaciones que resulten a cargo del contratista en el acta de liquidación o en la condena judicial por perjuicios.

En esta legislación se establece de igual forma que en la nuestra, la entrega de cinco formas de garantías, dentro de las que se encuentra la póliza de seguros y aquí se establece la entrega de una póliza denominada garantía única (Matallama Camacho, 2013, p. 446 – 491). Garantía que ampara una multitud de riesgos.

En Argentina, igualmente se le denomina de caución y es considerada una clásica fianza comercial. Se le considera un seguro de fianza solidaria, ya que surge cuando hay el incumplimiento del contratista en alguna parte del contrato y el asegurado puede proceder al cobro de una indemnización. A esta obligación, la consideran como accesorio o condicional al contrato principal (Código Civil y Comercial de la Nación reformado en el 2014).

Artículo 1810 de las garantías unilaterales constante en el Código Civil y Comercial ; “Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este Capítulo las llamadas garantías de cumplimiento a primera demanda, a primer requerimiento” y aquellas en que de cualquier

otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos”.

En México, las fianzas forman parte de todo un sistema financiero. Se las reconoce como una personalidad jurídica y pueden constituirse como sociedades anónimas. Las Fianzas se instrumentan en pólizas numeradas, cuya rúbrica requiere el consentimiento de una Comisión Nacional Bancaria de Seguros. La afianzadora en caso de que no se cumpla la solicitud de cumplimiento del contrato, puede proceder a un fidecomiso para la sustanciación de la deuda (Molina Bello, 1994, p. 12).

3. VACIOS Y CONTRADICCIONES EN LA REGULACIÓN DE LA GARANTÍA DE FIANZA

3.1 Vacíos

3.1.1 Falta de un procedimiento claro que regule los pasos para la ejecución de las garantías.

3.1.2 Falta de un procedimiento o manual para la elaboración de los informes técnicos del fiscalizador.

3.2 Contradicciones

3.2.1 Contradicción entre lo señalado en el inciso final Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Art. 95 ibídem.

3.2.2 Contradicción entre lo señalado en el inciso final Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Art. 44 de la Ley General de Seguros, en lo que respecta a la ejecución de las garantías de fianza.

3.2.3 Contradicción entre lo señalado en la Constitución de la República del Ecuador en cuanto a la seguridad jurídica y el Art. 73 y 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 44 de la Ley General de Seguros, ya que no se estable un procedimiento claro para la ejecución de las garantías de fianza.

PROBLEMAS

1. La falta de un procedimiento específico para la ejecución de las garantías de fianzas, complica la relación entre contratista, contratante y empresa de seguros ya que el Art. 73 de la Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su último inciso indica que no se requiere de un trámite previo para

la ejecución de las garantías, sin embargo la misma les en su art 95 y el Art. 44 de la Ley General de Seguros, en la que señala que es necesario contar con la resolución de terminación unilateral del contrato y los documentos que acrediten el incumpliendo del contratista.

2. Por la importancia de los informes técnicos de fiscalización que conllevan a la terminación unilateral del contrato es necesario contar con un instructivo, procedimiento o manual que determine todo lo que debe contener dichos informes, a fin de que pueda ser observado por el contrista o aseguradora en caso que se haya omitido algún requisito en su elaboración, para que no exista arbitrariedad al momento que la contratante toma una decisión. Por lo tanto el inconveniente es que debería existir este instructivo para ser cumplido a cabalidad por el fiscalizador del contrato y de esta forma permitir un mejor seguimiento del contrato a fin de que en caso de incumplimiento del contratista señalar que no se ha vulnerado sus derechos al existir un debido proceso.

CONCLUSIONES

Los Contratos que firma el contratista a favor del Estado ecuatoriano tienen como objetivo el bien de la población, el impulso de actividades que ayuden a su desarrollo, por ende las garantías que entrega el contratista juegan un papel importante para el desarrollo del país ya que afianzan todas las obligaciones de los contratistas, quienes en caso de incumplimiento deberán pagar una indemnización al Estado.

El inciso final de artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debería ser reformado a fin de que señale que para la ejecución de las garantías basta con adjuntar la documentación que certifique haberse cumplido con el procedimiento para la terminación unilateral del contrato.

Es necesario contar con un instructivo, procedimiento o manual para la elaboración de los informes técnicos del fiscalizador del contrato para dar un seguimiento correcto al contrato, además que los informes de fiscalización emitidos cumpliendo los parámetros. pueden también colaborar a proporcionar criterios para el mejor desempeño del contrato.

Con el instructivo, procedimiento o manual para la elaboración de los informes técnicos del fiscalizador la entidad contratante al momento de decidir proceder con la terminación unilateral del contrato tendrá la certeza de que ningún derecho del contratista ha sido vulnerado, así como también dará seguridad a las empresas de seguros de que la solicitud de ejecución de la garantía se encuentra debidamente motivada.

REFERENCIAS

- Aldana Duque, Guillermo. El Derecho Administrativo en Latinoamérica. Bogotá: Rosaristas, , 1986.
- Asamblea Nacional. «Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.» s.f. http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Ley_Organica_del_sistema_de_Contratacion_Publica.pdf (último acceso: 24 de Noviembre de 2016).
- Bohorquez de Sevilla, Mercedes. Las Garantías en la contratación pública. Quito: EDINO, 1991.
- Buenaventura, Cesare. Seguros de Garantía. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana, 1980.
- Cabenellas, Guillermo. «Diccionario Jurídico Elemental.» Buenos Aires : Heliasta S.R.L., , 2006.
- Código Civil.» Registro Oficial Suplemento 46, 2005: 151.
- Código Civil.» Suplemento Registro Oficial Nro.46, , 2005: 176.
- Código Civil.» Suplemento Registro Oficial Nro.46, 2005: 176.
- Código Orgánico Monetario y Financiero Libro III Ley General de Seguros.» Registro Oficial 332 Segundo Suplemento de 12 de septiembre de 2014, 2014: 104.
- Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III, Ley General de Seguros, Art. 44 inciso 6,» Registro Oficial 332 Suplemento, 12 de septiembre 2014.
- Congreso Nacional. «Superintendencia de Bancos.» s.f. http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Ley_Organica_del_sistema_de_Contratacion_Publica.pdf (último acceso: 16 de Noviembre de 2016).
- Constitución de la República del Ecuador.» Registro Oficial 449, 2008: 19.
- Constitución de la República del Ecuador.» Registro Oficial 449, 2008: 44 y 45.
- Cubides, Hernando. El Seguro de Fianza, Garantía Única. Bogotá: Legis Editores S.A., , 2005.
- Cuenca Ojeda, Wilson. Loja - Ecuador: Jurídica ANDINAGRAFICA, , 2011.
- Diccionario Jurídico Elemental.» Buenos Aires : Heliasta S.R.L., 2006.
- El Control de los Contratos Administrativos. Guayaquil: EDINO, , 2004.

- Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.» Registro Oficial, , 2002, Art. 65: 40.
- Estudios de Derecho Civil. Madrid: Alicante, 1889.
- García Gómez, Francisco, Laura Cebrián , Tomás Navalpotro, Pilar Pérez, Carlos Yañez, y Ignacio Pereña. Manual de Contratación del Sector Público. Granada: Comares S.L., , 2011.
- Guardiola Lozado, Antonio. Diccionario Mapfre de Seguros (4º Edición). Madrid: Fundación MAPFRE, , 2008.
- IPBF. «Aspectos Generales del Seguro de Fianzas.» De Instituto Ecuatoriano de Prácticas Bancarias y Financieras. , 2009.
- IPBF. «Aspectos Generales del Seguro de Fianzas.» De Instituto Ecuatoriano de Prácticas Bancarias y Financieras. 2009.
- La Fianza: como garantizar sus operaciones con terceros. México: McGraw-Hill Interamericana, , 1994.
- La Fianza: como garantizar sus operaciones con terceros. México: McGraw-Hill Interamericana, , 1994.
- Las Garantías en la contratación pública. Quito: EDINO, 1991.
- Ley General de Seguros.» Registro Oficial 403, 2006: 11 y 12.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.» Registro Oficial Suplemento 395, Agosto , 2008, Art. 73: 32.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.» Registro Oficial, , 2008, Art. 77.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.» Registro Oficial Suplemento 395, Agosto 2008, Art. 73 numeral 2: 32.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.» Registro Oficial Suplemento 395, 2008: 16, 17 y 20.
- Loja - Ecuador: Jurídica ANDINAGRAFICA, , 2011.
- López Arévalo, William. Tratado de Contratación Pública. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.
- López, Nelson. Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública. Quito: NINA Comunicaciones, , 2009.

- Los Contratos de Garantía: Fianza Prenda e Hipoteca. Loja: ANDINAGRAFICA, 2011.
- Los Secretos de la Fianza en el Ecuador.» 1990.
- Manual de Derecho de Seguros. Guayaquil: EDINO, 2003.
- Martínez Morales, Rafael. Diccionario Jurídico Teórico Práctico. México: IURE editores, SA, de C.V, , 2008.
- Matallama Camacho, Erenesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Molina Bello, Manuel. La Fianza: como garantizar sus operaciones con terceros. México: McGraw-Hill Interamericana, , 1994.
- Morales, Valenzuela. Importancia del Seguro de Fianza como medio de Caucción ante el incumplimiento de la obligación contractual del Estado. 2014.
- Moya Moran, Mauro. «Los Secretos de la Fianza en el Ecuador.» , 1990.
- Moya Roman, Mauro. LOS SEGUROS DE FIANZAS EN EL ECUADOR 2. QUITO, PICHINCHA: EL DORADO C.A., 1990.
- Ossorio y Florit, Manuel. Diccionario de Derecho. Buenos Aires: Heliasta S.R.L, , 2007.
- Paz y Miño, Oswaldo. Caucción en el Derecho Civil Ecuatoriano. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1991.
- Peña Triviño, Eduardo. Manual de Derecho de Seguros. Guayaquil: EDINO, , 2003.
- Pérez, Antonio José, Daniel López Suárez, y José Luis Aguilar. Manual de Contratación Pública. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Pérez, Antonio, Daniel López Suárez, y José Luis Aguilar. Manual de Contratación Pública. Quito: Corporación de Estudios y Públiciones, , 2011.
- Peréz, Antonio, y Efrain Pérez. Manual de Contratos del Estado. Quito: Corporación de Estudios y Públiciones, , 2008.
- Pérez, Efraín. Derecho Administrativo. Ecuador: Corporación de Estudios y Públiciones, , 2006.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.»

Registro Oficial Suplemento 588, 2009: 21.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.»

Registro Oficial Suplemento 588, 2009: 21-23 y 25,26.

Reyes, Lauea, y Felipe Baquero. Seguro de Garantía. Bogota, 2011.

Rivas Casaretto, María. «El Control de los Contratos Administrativos.»

Guayaquil: EDINO, , 2004.

Sánchez Román, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Madrid: Alicante, , 1889.