



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**¿CUÁNDO ES LA PÓLIZA DE SEGURO, CONSIDERADA TÍTULO
EJECUTIVO?**

TRABAJO DE TITULACIÓN

Autora: Andrade Mena, Daniela Estefanía

Director: Samaniego Ordóñez, Luis Medardo, Mgtr.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2017



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NC-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2017

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister

Luis Medardo Samaniego Ordóñez

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación, denominado ¿Cuándo es la póliza de seguro, considerada título ejecutivo?, realizado por Daniela Estefanía Andrade Mena, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, enero 2017

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Daniela Estefanía Andrade Mena, declaro ser autora del presente trabajo de titulación: ¿Cuándo es la póliza de seguro, considerada título ejecutivo?, de la Titulación de Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo el Magister Luis Medardo Samaniego Ordóñez director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimiento y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f).....

Daniela Estefanía Andrade Mena

Cédula: 1715247977

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a mis hijos quienes son mi inspiración y mi motor de vida, quienes me empujan día a día a ser mejor persona como mejor profesional con el fin de demostrarles que quien en la vida se propone metas, con el apoyo de sus seres queridos, todo es posible.

Daniela Estefanía Andrade Mena

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, a mis hijos, a mi esposo, y a mis padres por apoyarme y ser mi inspiración en esta etapa de crecimiento profesional, además agradezco a todo el personal docente de la Universidad Técnica Particular de Loja por la guía que me han brindado para culminar una meta más en mi vida.

Daniela Estefanía Andrade Mena

Certificación del Director	II
Autoría	III
Dedicatoria	IV
Agradecimiento	V
Índice	VI
Resumen	VIII
Abstract	IX
Introducción	
CAPITULO I	
1. La Póliza de Seguros	3
1.1. Definición	4
1.2. Características	6
1.3. Naturaleza Jurídica	10
1.4. Elementos Esenciales	13
1.5. Requisitos que debe contener la Póliza de Seguro	15
CAPITULO II	
2. Tipos de Garantías	17
2.1. Fiel Cumplimiento de Contrato	18
2.2. Buen Uso del Anticipo	19
2.3. Garantía Aduanera	21
2.4. Garantía de Ejecución de Obra y Buena Calidad de Materiales	21
2.5. Seriedad de la Oferta	22
2.6. Fianza Legal	23
2.7. Garantía Judicial	24
2.8. Garantía de Arrendamiento	25
2.9. Póliza Global de Fianzas	25
CAPITULO III	
3. Títulos Ejecutivos en General	27
3.1. Definición	28
3.2. Características	31
3.3. Naturaleza Jurídica	34
3.4. Clase de Títulos Ejecutivos	35

CAPITULO IV	
4. La Acción Ejecutiva	43
4.1. Definición	44
4.2. Características	46
4.3. Procedimiento	46
CAPITULO V	
5. Póliza de Seguro de Fianza como Título Ejecutivo	49
5.1. Definición	50
5.2. Características	54
5.3. Procedimiento para su ejecución y ejercicio del derecho al reembolso	55
Conclusiones	61
Recomendaciones	62
Bibliografía	64

RESUMEN

La fianza es la garantía prestada por un tercero para velar el cumplimiento de una obligación, es la garantía personal que asume una persona natural o jurídica, comprometiéndose al pago en caso de que el deudor no cumpla con la obligación de un contrato principal.

La Ley General de Seguros otorga a este tipo de pólizas la calidad de título ejecutivo, para que se tenga la acción subrogatoria sobre el deudor, y de esta manera se facilite el recupero del dinero pagado por un siniestro suscitado, que no quiere ser reconocido por el deudor principal, es decir el incumplido.

Por lo tanto la póliza de fianza como título ejecutivo, en donde se reconoce un derecho existente, esto es, el pago que la aseguradora realizó al asegurado por causa de un siniestro, puede ser reclamado mediante vía ejecutiva, aplicando la acción ejecutiva ya que dicha acción tiende a la ejecución y orden de cumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa, contenidas en el instrumento mencionado, en este caso, de dar.

PALABRAS CLAVES: Póliza de fianza, acción de subrogación, título ejecutivo, acción ejecutiva.

ABSTRACT

A bond is a guarantee provided by a third party to ensure the fulfillment of an obligation, it is the personal guarantee that assumes a natural or legal person committing the payment in case the debtor fails to comply with the obligation of the principal contract.

The General Insurance Law gives this type of policy quality of executive title. In order to obtain the action of subrogation action against the debtor, and thus the recovery of money paid for a sinister raised, who will not be recognized by the principal debtor, in this case the breach.

Therefore the bond policy as executive title, where an existing right is recognized, which means, the payment that the insurer made to the insured due to the cause of an accident, can be claimed by executive action. Applying such action because such action tends to order the execution and fulfillment of obligations to give, do or not do something, in this case, to give.

KEYWORDS: Bond policy, subrogation action, executive title, executive action.

INTRODUCCIÓN

El artículo 47 de la Ley General de Seguros constante en el Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, establece que el asegurador tendrá acción en contra del afianzado para el reembolso de lo que la aseguradora haya cancelado por la ocurrencia de un siniestro y que para este efecto la póliza honrada se constituirá en título ejecutivo.

En base a lo señalado en la ley anteriormente citada, se entiende que las pólizas de seguros son consideradas título ejecutivo en los seguros de vida dotales, este es un tipo de seguro mediante el cual se garantiza la entrega de cierta cantidad de dinero al beneficiario dentro de un tiempo determinado, son por lo general utilizados para pagar la educación de los hijos; y, en los seguros de fianza, daré su definición más adelante. Por regla general, los reclamos de seguros se los realiza mediante la vía verbal sumaria, pero debido a la normativa expuesta se puede determinar que la póliza, con la respectiva certificación de pago o la factura correspondiente al pago de primas, debidamente certificada por el representante legal de la aseguradora, se convierta en título ejecutivo y por ende pueda ser reclamada por la vía ejecutiva.

Sin embargo, de que la ley indica la naturaleza ejecutiva de dichos documentos, la misma, no determina un proceso claro y en la práctica de la administración judicial se termina confundiendo con el procedimiento verbal sumario, usado generalmente por las compañías de seguros, considerando que al tener un amplio conocimiento de cómo cobrar el pago de una póliza a través de la vía ejecutiva sería eficaz y rápida.

Es de suma importancia el analizar en qué casos, la póliza de seguro es considerada título ejecutivo. Determinar las características o requisitos que deben cumplir para tener dicha calidad y señalar el procedimiento correcto que debe aplicarse en el reclamo con este documento.

La naturaleza jurídica del seguro de Fianza ha sido muy discutida; sin embargo, con el tiempo se ha venido desarrollando este campo del derecho, por lo que es importante comprender qué es el seguro de fianzas.

La palabra fianza proviene del latín, "fedare", lo que significa seguridad o fe. En forma general la fianza se conoce como la garantía a través de la cual una persona natural o jurídica garantiza el cumplimiento de una obligación, el fiador viene a ser una tercera persona, no es el deudor principal, sino interviene para avalar la obligación de un tercero,

comprometiéndose a que en el caso de que el deudor principal no cumpla con la misma, cumplirá él como fiador.

La póliza de seguro de fianza cumple los requisitos para ser considerada como título ejecutivo, ya que el valor de la indemnización pagada por parte de la compañía aseguradora, es una obligación pura, líquida y de plazo vencido.

Además que dicho documento o título valor se constituye como prueba, también se le considera como documento autónomo, ya que se establece fecha, firmas, cumpliendo con los requisitos para que por su naturaleza sea considerada como título ejecutivo, la obligación emanada de póliza es clara, expresa, exigible y además líquida.

Por lo expuesto y por lo señalado en la Ley General de Seguros, la póliza tiene las condiciones y características que le da la calidad de documento ejecutivo.

El tema debe ser investigado y definido con claridad para que sea aplicado de forma correcta y la póliza se convierta en título ejecutivo una vez que la misma haya sido siniestrada y pagada por parte de la aseguradora, de esta forma y con dicho documento, se pueda reclamar al afianzado por falta de cumplimiento de las obligaciones que la aseguradora garantizaba.

Es importante para el desarrollo y conocimiento de la materia, comprender, cuándo cierto tipo de contratos de seguros, pueden ser considerados como títulos ejecutivos, y determinar cuál es la naturaleza jurídica de dichos documentos que permite que sean considerados como títulos ejecutivos.

CAPITULO I

1. PÓLIZA DE SEGURO

1.1. Definición

El artículo 1 del Decreto Supremo Nro. 1147 determina lo siguiente: *“El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.”*

El artículo 6 del Decreto anteriormente señalado indica: *“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 Dr. Juan Carlos Novoa en su obra literaria: El Derecho de Seguros en el Ecuador 2014, cita al Diccionario de Seguros del Dr. Orlando Greco, en donde establece que la póliza es: *“un contrato por el cual una de las partes, el asegurador, toma a su cargo mediante el pago de una prima o cuota, un riesgo cuya realización amenaza la otra parte, el asegurado. El asegurador evita el riesgo que le hace correr cada contrato considerado aisladamente, celebrando un gran número de contratos y resguardándose en cuanto a riesgos importantes.”*

En la Ley sobre el contrato de Seguros de México en su artículo uno, define al contrato de seguro: *“Contrato por el cual una empresa aseguradora se compromete, mediante el pago de una prima, a reparar un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse una eventualidad prevista en el contrato.”*

La Ley de Seguros de Argentina, puntualiza que el contrato de seguro existe cuando: *“un asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto.”*

La póliza es un documento mediante el cual el asegurado acepta en cierta parte la totalidad de su contenido, debido a que el Código Orgánico Monetario y Financiero en su Libro III correspondiente a la Ley General de Seguros, en su artículo 25 señala que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, como ente de control, será quien determinará las cláusulas obligatorias que deben contener las

pólizas, además de señalar las cláusulas consideradas prohibidas y éstas carecerán de efectos y se tendrán por no escritas en caso de existir; transformándose la póliza prácticamente en un contrato de adhesión.

El motivo por el cual la entidad de control obliga a sujetarse a su aprobación de las cláusulas es para darle a la póliza seguridad jurídica y no se vea intervenida por la mala fe de algún funcionario que tenga intenciones ilícitas.

La póliza, es un contrato que deberá ser suscrito por las partes entendiéndose con su firma como la aceptación de las condiciones señalada en la misma, y así queda formalizado.

Es un documento a través del cual se plasma el contrato de seguro, quiere decir las obligaciones y derechos que corresponderán tanto a la aseguradora como al asegurado, que son las dos partes intervinientes en este tipo de contrato.

El Dr. José Alvear Icaza en su obra Derecho de Seguros, señala que la póliza es un documento privado mediante el cual se manifiesta el contenido de las voluntades del asegurado como el asegurador respectivamente. También cita la definición que da el Dr. Saúl Flores a la póliza: *“(...) el documento denominado póliza es nuestra legislación de seguro es el contrato escrito contentivo de las cláusulas, elementos partes desde condiciones acordadas”*.

Además expresa dos opiniones que expresan que la palabra póliza se deriva del término polypty que significa simplemente documento, pero existen otras opiniones que dicen que póliza proviene de la voz pollece que se refiere a un documento sellado.

Cabanellas de Torres, Guillermo en su Diccionario Jurídico Elemental 2003, puntualiza que por la etimología latina el vocablo póliza significa promesa. Se entendería como un documento formal en donde se determina que el asegurador asumirá un riesgo que podría tener el asegurado versus al pago de una prima.

La póliza es el documento mediante el cual se perfecciona el contrato de seguro, es además la única prueba de la existencia de pagar una indemnización por parte de la aseguradora.

En la obra de Mendoza Vargas y García Echeverría 2009, definen a la póliza como: *“Documento principal del contrato de seguro, en donde constan los derechos y*

obligaciones de las partes... es un documento redactado en varios folios. Las condiciones generales están impresas, mientras que las condiciones particulares están normalmente mecanografiadas.”

Es un documento nominativa o a la orden, más no al portador, el asegurador debe aceptar la cesión de ésta, en caso de que el asegurado desee cederla.

La póliza está compuesta por las siguientes partes:

- I. Carátula: nombre de la compañía, tipo de seguro, solicitante, asegurado, bien, condiciones particulares (no requieren autorización de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros).
- II. Condiciones Generales: cláusulas preimpresas o de adhesión, coberturas, exclusiones, papeles a presentar para el pago del siniestro, pago de prima. (Aprobado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros).
- III. Condiciones Especiales: Pueden modificar las condiciones generales. (Aprobado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros).

Por lo expuesto podemos definir a la póliza como un contrato privado por el cual una compañía de seguros se compromete, mediante el pago de una prima, a reparar un daño o a pagar un valor determinado al verificarse la eventualidad prevista en el contrato de seguro.

Contrato mediante el cual una de las partes denominada el asegurador, se obliga, al cambio del pago de una prima, la otra parte llamado el asegurado, está obligado a indemnizar una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto, dentro de los límites convenidos.

1.2. Características

- a. La póliza es un contrato de **buena fe**; las partes deben actuar con total transparencia y lealtad. Esta palabra proviene del latín bona fides, es un principio general del derecho y consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión; se refiere a la rectitud de una conducta que debe tener una persona. Las partes interesadas en un acto, contrato o proceso deben actuar de buena fe.

Los contratantes deben actuar con veracidad absoluta, transparencia y evitar cualquier intento de perjudicarse. Deben describir con honestidad el riesgo e informar el estado del bien asegurado y así también el asegurador actuar con lealtad en la ejecución de sus obligaciones e interpretar adecuadamente la póliza.

- b. Es un contrato **consensual**, esto significa con el consentimiento de las partes. Se entiende que el contrato celebrado ha sido decidido o adoptado por consenso o acuerdo entre las partes y debe manifestarse de forma expresa. El consentimiento es la exteriorización de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones.

El diccionario jurídico de Derecho Ecuador define que consensual es: *“Cualquier manifestación del consentimiento que produce obligaciones y derechos.”* Y consentimiento es: *“Manifestación positiva de la voluntad, aprobación o aceptación.”*

Alessandri cita al artículo 1443 del Código Civil Chileno en donde señala que la característica de consensual de los contratos es: *“que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, basta el simple acuerdo producido verbalmente, sin necesidad de que se otorgue escrito alguno; y si en algunos casos se exige escritura, ello se hace para facilitar la prueba (...).”*

- c. Es **bilateral**, nacen obligaciones recíprocas, el asegurado se obliga a pagar una prima; y el asegurador, a pagar una indemnización si se verifica el suceso previsto en el contrato. Esto quiere decir que tanto el asegurador como el asegurado tienen obligaciones recíprocas entre sí.

En la obra Derechos de Seguros, Dr. Alvear, califica al contrato como bilateral porque: *“es un acto jurídico en el cual las partes cumplen obligaciones correlativas cuya inobservancia relevan al otro el cumplimiento de las suyas; y, al cumplirse las obligaciones recíprocas fundamentales surgen para los contratantes, cargas y obligaciones complementarias que deben cumplirse durante el plazo de vigencia del contrato.”*

Arturo Alessandri, en su libro de Los Contratos 1988, señala que la legislación Chilena define la bilateralidad cuando los contratantes se obligan recíprocamente.

Por lo expuesto se entiende que la póliza es un contrato mediante el cual el asegurador asume un riesgo a cambio del pago de primas, las mismas que son pagadas por el asegurado, teniendo las dos partes del contrato obligaciones simultáneas.

- d. La póliza es un contrato **oneroso** ya que las partes tienen una afectación económica. La persona que contrata el seguro debe pagar la prima del como contraprestación a la aseguradora, parte que se obliga a indemnizar al contratante en caso de que ocurra un siniestro que cubría la póliza, la aseguradora tiene obligación de cuando sucede el siniestro indemnice y la acreedora por cuanto al pago de la prima del seguro. La retención de la prima se justifica porque es el precio del riesgo asumido por la aseguradora así no se produzca el siniestro.

Este tipo de contratos es oneroso porque cada una de las partes se grava en beneficio de la otra, cada una de las partes hacen un sacrificio económico para obtener los beneficios de cada uno señalados en el documento.

Se considera un contrato oneroso por que las partes que forman parte del contrato reciben una utilidad al amparar un riesgo y la otra parte por obtener tranquilidad al saber que su bien se encuentra protegido, asegurado, ambas partes afectan a su economía a cambio de lo anteriormente expuesto.

En conclusión no existe el seguro si no se llega a pactar la prima del contrato.

- e. Es **aleatorio** porque depende de un acontecimiento incierto. En la obra del Dr. Peña Triviño denominada Manual de Derecho de Seguros señala que el contrato de seguro *“(...) es aleatorio en cuanto que el asegurador y el asegurado, al celebrar el contrato, desconocen si su resultado va a significarles ganancias o pérdidas.”*

El asegurador tomando en cuenta de forma masiva su negocio, calcula las probabilidades de ganancia o pérdida que le pueda traer la celebración del contrato.

Por lo expuesto es un contrato de una contingencia incierta que puede o no producir una ganancia o pérdida.

- f. Es un contrato de **tracto sucesivo** quiere decir de ejecución sucesiva, por todo el tiempo que dure el proceso. Su ejecución no es instantánea, se va desarrollando a través del tiempo.
- g. Es **solemne** porque debe cumplir con ciertas formalidades y requisitos, sin las cuales el contrato no produciría efecto alguno, en este tipo de casos no basta solamente el consentimiento de las partes para que se perfeccione el acto jurídico. En estos casos para la ley sólo hay consentimiento si la solemnidad ha llegado a perfeccionarse.

La póliza debe cumplir con formalidades señaladas en la Ley y establecidas por el órgano de control. Las cláusulas insertadas en las pólizas deben ser autorizadas y aprobadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

- h. La póliza es de **libre discusión** ciertos puntos y otras **de adhesión**. Es un contrato de adhesión en lo que se refiere a las condiciones generales porque las mismas son revisadas y aprobadas por el órgano de control, en donde se cerciora que las condiciones reflejen el compromiso, límites y causas de extinción de las obligaciones que tienen las aseguradoras. Pero por otro lado las condiciones particulares son de libre discusión, ya que entre las partes pueden acordar el sentido y aplicación de las mismas.
- i. Es **conmutativo**, debido a que la prima e indemnización deben ser correlativos, esto significa que la prima que paga quien contrata un seguro está suficientemente compensada por la protección y tranquilidad que recibe. Además por la expectativa que tiene el asegurado de que va a recibir una indemnización en el caso de siniestro.

El libro de Los Contratos de Alessandri indica que el contrato oneroso como este tipo de contratos es conmutativo *“cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (...)”*

El asegurado busca protección a sus bienes de interés económico y que se le resarza o indemnice el valor de estos en el caso del suceso de un siniestro.

- j. Es un contrato **típico**, esto significa tipificado en alguna norma, es aquel que es reglado en la normativa legal de un país. Son contratos que sus características fundamentales, origen y ejecución, se encuentran regulados por la ley. En este caso en específico la póliza está regulada en el Decreto Supremo Nro. 1147, Ley General de Seguros y el Código de Comercio.
- k. La póliza es considerada un contrato **mercantil**, porque es un acto de comercio.

1.3. Naturaleza jurídica.

La obra de Derecho de Seguro del Dr. Alvear Icaza, explica que la póliza de seguro es un documento en el cual tanto el asegurador como el asegurado por su propia voluntad se vinculan contractualmente en las condiciones que señalan las condiciones generales y particulares de la póliza, incluso sustentan normas básicas para la interpretación, siendo el contrato un medio de prueba de su existencia.

La póliza de seguro es instrumento solemne y probatorio de las obligaciones de acuerdo a la legislación ecuatoriana.

La póliza de seguro, es el documento a través del cual se establece los términos por los cuales la aseguradora se obliga a indemnizar al asegurado el daño o a pagar una suma al verificarse un siniestro que se haya previsto en el contrato. Como anteriormente lo he señalado la persona que contrata el seguro, se obliga a pagar una prima a cambio de la cobertura.

Por lo expuesto se comprende que la póliza es el documento que contiene el conjunto de normas y disposiciones, cláusulas generales, particulares y adicionales, que regula la relación jurídica entre asegurador y asegurado.

El Dr. Alvear determina que las condiciones generales son *“aquellas que comprenden el diagrama completo de un contrato de este tipo.”* Adicionalmente cita la definición del señor José Alberto Garrone: *“Las condiciones generales de contratación contienen una regulación aplicable no a un contrato singular sino a toda*

una masa o serie de contratos que eventualmente, pudieran celebrarse en lo sucesivo.”

Son cláusulas de uso habitual que son redactadas por el asegurador con la finalidad de regular el vínculo con el asegurado, estas condiciones generales a su vez son revisadas y aprobadas por el órgano de control de las aseguradoras. Son cláusulas que se preestablecen de forma análoga para todas las compañías de seguros.

Al ser cláusulas aprobadas y determinadas por el órgano de control no son cláusulas de libre discusión sino más bien de adhesión, por lo que los asegurados no examinan las mismas a profundidad porque así fuese su interés modificarlas, estas no pueden ser cambiadas.

El artículo 25 de la Ley General de Seguros señala: *“La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros determinará las cláusulas que obligatoriamente contendrán las pólizas, así como las cláusulas prohibidas, las cuales carecerán de efectos y se tendrán por no escritas en caso de existir. Las tarifas de primas y notas técnicas requerirán autorización previa de la Superintendencia. Copias de las pólizas, tarifas y notas serán remitidas a la Superintendencia, por lo menos treinta días antes de su utilización, para fines de verificación, control y sanción.*

Las pólizas deberán sujetarse, mínimo a las siguientes condiciones:

- a) Responder a normas de igualdad y equidad entre las partes contratantes;*
- b) Ceñir su contenido a la legislación sobre el contrato de seguro constante en el Código de Comercio, el Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, a la presente Ley y a las demás disposiciones que fueren aplicables;*
- c) Encontrarse redactada de manera clara, de modo que sea de fácil comprensión para el asegurado;*
- d) Los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles;*
- e) Figurar las coberturas básicas y las exclusiones con caracteres destacados en la póliza;*
- f) Incluir el listado de documentos básicos necesarios para la reclamación de un siniestro;*
- g) Incluir una cláusula en la que conste la opción de las partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros; y,*

h) Señalar la moneda en la que se pagarán las primas y siniestros. La cotización al valor de venta de la moneda extranjera serán los vigentes a la fecha efectiva de pago de las primas y de las indemnizaciones.

Cuando las condiciones generales de las pólizas o de sus cláusulas especiales difieran de las normas establecidas en la legislación sobre el contrato de seguros, prevalecerán estas últimas sobre aquellas. La póliza de seguro tiene como objetivo minimizar o evitar una afectación económica de acontecimientos inciertos, teniendo como finalidad u objetivo la de no perjudicar económicamente el patrimonio de una persona o negocio, impidiendo que el rol productivo de estos no se vea afectado.”

Además de las condiciones generales que tiene la póliza contiene condiciones particulares, este tipo de condiciones son aquellas que son determinadas entre las partes relacionadas jurídicamente a través de la póliza. Son acordadas entre las partes con la finalidad que cubrir las necesidades que han obligado al asegurador y asegurado suscribir este contrato. Este tipo de condiciones prevalecen sobre las condiciones generales por ser aquellas interpuestas por la voluntad de las partes.

El Dr. Alvear en su obra Derecho de Seguros, cita a los tratadistas Picard y Besson, quienes manifestaron: *“(...) en principio, las condiciones particulares deben prevalecer sobre las condiciones generales, pues, elaboradas y debatidas al momento de la formación del contrato y posteriormente a la redacción de la póliza empresa, ellas revelan la verdadera voluntad de los contratantes, que por la agregación de las cláusulas particulares, dan necesariamente a entender su prevalencia sobre las condiciones generales.”*

El Reglamento General de Seguros en sus artículos 47, 48 y 49 determina lo siguiente, entendiéndose cuando hace referencia a la Superintendencia de Bancos, hoy en día es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguro:

- *“Art. 47.- Las condiciones particulares de las pólizas serán el resultado del régimen de libre competencia y se formularán de común acuerdo entre las partes.”*
- *“Art. 48.- Los modelos de pólizas de seguro y notas técnicas requerirán autorización previa de la Superintendencia de Bancos para ponerlas en vigor. Copia de las mismas deberán remitirse a dicha institución para su registro y archivo, por lo menos quince días antes de su utilización y aplicación, de acuerdo a las normas que para el efecto expida la Superintendencia de Bancos.”*

- *“Art. 49.- Las pólizas de seguro deben contemplar las disposiciones del artículo 25 de la Ley General de Seguros y del Decreto Supremo No. 1147. Cualquier condición en contrario deberá ir en beneficio del asegurado más no del asegurador, bajo pena de nulidad de la estipulación respectiva. Esta nulidad no afectará los derechos del asegurado.”*

Finalmente podemos concluir que la póliza de seguro es el instrumento mediante el cual el asegurado y el asegurador determinan las condiciones de la negociación del seguro, estableciendo condiciones generales que son aprobadas por la máxima autoridad de la materia y de adhesión, así como las condiciones particulares que son las acordadas entre las partes, donde determinan el deseo específico de lo que quieren que contenga el contrato y son cláusulas de libre discusión. Finalmente podríamos señalar que la póliza es un documento probatorio del seguro por excelencia, por todo lo establecido anteriormente.

1.4. Elementos esenciales.

Nuestra Legislación, el Decreto Supremo Nro. 1147 de 1963, en su artículo 2 establece que los elementos esenciales de la póliza, contrato de seguro son: *“El asegurador, el solicitante, interés asegurable, riesgo asegurable, el monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso, la prima o el precio del seguro; y la obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.”*, los mismos que definiremos a continuación:

- a. El asegurador: Es la persona jurídica (sociedad anónima), debidamente autorizada por el órgano regulador, para operar en el Ecuador. Es quien asume el riesgo que se encuentre especificado en el contrato.

La compañía de seguros es quien toma el riesgo conforme la normativa legal vigente y como se dijo anteriormente tiene que ser debidamente autorizada, una persona natural no puede desenvolverse como aseguradora ni tampoco una persona jurídica sin autorización.

- b. El solicitante o tomador: Es la persona natural o jurídica que requiere el seguro, es quien contrata por cuenta propia o por la de un tercero la póliza.

El asegurado es la persona de quien los riesgos se aseguran; es sobre quien se paga el seguro.

- c. El interés asegurable: Es el objeto del seguro. Cosas Corporales o incorporales. La persona que contrata el seguro es quien tiene un interés económico sobre la cosa asegurada. No son asegurables, el dolo, culpa grave, actos potestativos, responsabilidad penal o policial, objetos de comercio ilícito.

El Dr. José Alvear en su libro de Derecho de Seguros, define al interés asegurable como: *“la relación económica que una persona tiene sobre un bien o bienes que están expuestos a un daño.”*

El Dr. Galindo Cubides en su obra literaria El Seguro de Fianza, Garantía Única de Cumplimiento, 2011, define al interés asegurable de la siguiente forma: *“En lo relacionado con el cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su fuente. Obviamente existe un interés asegurable, elemento común a los seguros de daños y perjuicios y el de fianza –como seguro patrimonial (...).”*

En conclusión de lo expuesto, es asegurable todo interés que sea lícito y sea susceptible de estimación en dinero.

- d. Riesgo asegurable: Esto es el alejar de sí el impacto económico del riesgo, de manera que si este se verifica debe afrontarlo sin asumir los resultados perjudiciales, trasladándolo a otro, como es el asegurador quien para caso de ocurrencia de un siniestro cubra el daño o pérdida. Son los riesgos que no se puede evitar con la voluntad humana, siempre se refiere a hechos inciertos y futuros.

Es la conducta del deudor, significa que en el caso de que este incumpla la obligación que ampara la póliza, de este depende la ejecución o no de dicho documento, o sea el riesgo se radica en la persona.

- e. El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador: Es el valor del bien asegurado, debe ser valor real y equivalente al bien. El artículo 23 del Decreto Supremo Nro. 1147 dispone: *“El asegurador no está obligado a responder, en total por cualquier concepto, sino hasta la ocurrencia de la suma asegurada.”*

- f. La prima o el precio del seguro: Es el valor del seguro. Es el precio del seguro, la contraprestación del asegurado. Es la obligación principal del asegurado, valor que tiene que pagar a efecto que el asegurador asuma la obligación de resarcir las pérdidas o daños que ocasione el siniestro, en caso de que se produzca. El artículo 17 del Decreto Supremo Nro.1147 indica: *"El solicitante del seguro está obligado al pago de la prima al momento de la suscripción del contrato. (...)"*

El Dr. Peña Triviño en su libro Manual de Seguros 2003, define a la prima como la obligación principal que adquiere el solicitante al momento de contratar el seguro.

Decreto Supremo 1147 en su artículo 17.- *"El solicitante del seguro está obligado al pago de la prima en el momento de la suscripción del contrato. En el seguro celebrado por cuenta de terceros, el solicitante debe pagar la prima, pero el asegurador podrá exigir su pago al asegurado, o al beneficiario, en caso de incumplimiento de aquél. (...)"*

En el caso específico de las pólizas que son emitidas en el ámbito de las fianzas, al ser entregadas para garantizar el cumplimiento de obligaciones ajenas no pueden ser revocadas por decisión unilateral de la aseguradora ni tampoco por falta de pago de la prima, a diferencia de otro tipo de seguros que por la falta de pago de prima no surte el efecto jurídico.

- g. La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro: sin esta característica el contrato de seguro no sería tal.

El artículo 5 del Decreto Supremo Nro. 1147 señala que se denomina siniestro la ocurrencia del riesgo; cuando sucede el siniestro está la obligación de la aseguradora de indemnizar.

Esta es una obligación de carácter incondicional, ya que si se cumple con todas las formalidades de ley en el reclamo, el asegurador debe indemnizar en el caso que suceda la eventualidad amparada por el contrato de seguro.

1.5. Requisitos que debe contener la póliza de seguro.

El artículo 7 del Decreto Supremo Nro. 1147 manda:

“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 cosa 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 modelo 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.”

Con respecto al literal J., el artículo 25 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III, Ley General de Seguros establece que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros será la entidad que señalará las cláusulas obligatorias que deben contener las pólizas de seguro así como determinará las prohibidas. Si alguna persona impondría una de estas cláusulas consideradas vedadas se entenderían como no escritas.

CAPITULO II

2. TIPOS DE GARANTÍAS

2.1. Fiel Cumplimiento de Contrato

La Garantía de Fiel Cumplimiento asegura que se cumplan los contratos dentro del tiempo y con la calidad de las condiciones estipuladas en el contrato.

Estas pólizas son otorgadas tanto para contratos celebrados con el sector público como el sector privado para obras, fabricación, prestación de servicios, provisión de suministros.

Son pólizas que se emiten con la finalidad de garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, objeto o condiciones que deberán enmarcarse dentro de lo que permite la ley.

Esta caución se emite para garantizar obligaciones surgidas de relaciones contractuales entre personas y por lo general tienen relación con contratos de ejecución de obra, suministro o gestión.

Cuando la póliza de Fiel Cumplimiento es emitida para el sector privada será regida por la Ley General de Seguros, mientras que las pólizas de carácter públicas generadas para respaldar el cumplimiento de obligaciones de contratos celebrados con entidades del sector público son reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone: *“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. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor. (...)”*

Características de la póliza de Fiel Cumplimiento en el sector público:

- Esta fianza es otorgada cuando el beneficiario de la póliza es una entidad del Sector Público.

- Esta fianza está regida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Esta garantía corresponde al 5% de valor del contrato.
- En contratos de obras, así como en contratos integrales por precio fijo, esta garantía también asegura la debida ejecución de obra y buena calidad de materiales.
- Con cargo a esta garantía se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista

Características de la póliza de Fiel Cumplimiento de Contrato Privado:

- Esta fianza es otorgada cuando el beneficiario de la póliza es una entidad del Sector Privado.
- Esta garantía es equivalente al porcentaje estipulado en el contrato.

La vigencia de este tipo de pólizas está determinada por el plazo contractual y/o hasta la recepción definitiva de la obra.

Estas pólizas son liberadas una vez que el objeto del contrato sea cumplido y con la devolución de las pólizas originales y las respectivas renovaciones.

La póliza es ejecutada cuando se incumple el contrato, por terminación unilateral, o cuando la póliza no es renovada oportunamente.

En síntesis estas pólizas son emitidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en un contrato, si este contrato que es amparado por este tipo de pólizas de seguro son incumplidos, se ejecuta la póliza y la aseguradora tiene la obligación legal y moral de pagar al beneficiario el valor señalado en dicha póliza.

En el caso de que la compañía aseguradora no cumpla con el pago de la póliza por incumplimiento, será liquidada forzosamente por su órgano de control, así lo señala el artículo 42 de la Ley General de Seguros.

2.2. Buen Uso del Anticipo

Esta fianza garantiza que los recursos entregados como anticipo al contratista, sean invertidos en la realización del contrato. Este tipo de fianza puede ser otorgado para el sector público y para el sector privado, en la ejecución de obras, fabricación, prestación de servicios y provisión de suministros.

Las garantías de anticipo son las que solicitan los contratistas que van a recibir un pago anticipado por el cumplimiento del objeto del contrato, esto puede ser construcción, suministro, instalación, etc. La garantía representa el 100% del valor total recibido como anticipo y se va devengando según el avance del objeto del contrato.

La garantía del Buen Uso del Anticipo respalda al beneficiario los recursos entregados al Contratista como anticipo para la ejecución del contrato.

Características de la póliza de Buen Uso de Anticipo en el sector público:

- Esta fianza es otorgada cuando el beneficiario de la póliza es una entidad del Sector Público.
- Esta fianza está regida por la LOSNCP.
- La garantía será emitida por el total recibido como anticipo.
- El valor asegurado de la fianza se irá devengando aprobación de planillas o con certificado del Beneficiario que indique el valor devengado.

El artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala: *“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.”*

Características de la póliza de Buen Uso de Anticipo en el sector público:

- Esta fianza es otorgada cuando el beneficiario de la póliza es una entidad del Sector Privado.
- Esta garantía es equivalente al porcentaje estipulado en el contrato.
- La garantía será emitida por el total recibido como anticipo.
- El valor asegurado de la fianza se irá devengando conforme se aprueben planillas por parte del beneficiario.

La póliza permanecerá vigente hasta la recepción definitiva o provisional de la obra o suministros (objeto del contrato), o hasta devengar la totalidad del valor de la póliza.

Esta póliza es liberada por la amortización total del anticipo aceptado por el beneficiario, mediante entrega del Acta de Entrega definitiva y/o con la devolución de las pólizas y sus renovaciones.

Esta póliza se ejecuta cuando los fondos entregados como anticipo han sido utilizados para otros fines diferentes al del contrato, el beneficiario ordena el pago.

2.3. Garantía Aduanera

Debido a la existencia de operaciones de tránsito aduanero que existe alrededor de todo el mundo de todo tipo de bienes, los mismos tienen que ser afianzados, esto se produce tanto a la entrada o salida de mercancías de un país a otro.

Los bienes que vienen del exterior para entrar al país de su destino deben pagar impuestos, pero como se sigue una serie de operaciones, por lo general la Aduana permite que no se pague el impuesto pero que a cambio se entregue una póliza aduanera que respalde esta obligación, cerciorándose el pago del impuesto no cobrado.

Esta garantía se emite bajo las normas dispuestas en la Ley de Aduanas, y tiene como objeto el pago de los tributos al comercio exterior eventualmente exigidos a la importación o exportación de cosas.

Características:

- El único beneficiario de esta póliza es el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador (SENAE).
- Son incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato. (48 horas para el pago).
- Las garantías aduaneras son emitidas de acuerdo a los regímenes especiales que señala el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

2.4. Garantía de Ejecución de Obra y Buena Calidad de Materiales

Esta fianza garantiza la debida ejecución de obra y la buena calidad de los materiales que se han utilizado en las obras.

En el libro de El Seguro de Caución del Dr. Hoyos Elizalde 2014, denomina a esta garantía como Garantía de mantenimiento o calidad y nos indica lo siguiente: *“Es habitual en los contratos de obra, suministro o gestión que el asegurado imponga al*

tomador del seguro la obligación de que garantice la calidad o buen funcionamiento de la obra o del servicio prestado. Esta garantía se identifica con el término de garantía de calidad en su sentido más lato, esto es, como respuesta ante defectos de fabricación provenientes de la calidad de los materiales o de las actuaciones de los fabricantes.”

Estas pólizas son utilizadas en el sector privado y es equivalente al porcentaje estipulado en el contrato.

La vigencia de esta garantía está determinada en el contrato, según el acuerdo entre las partes y su liberación mediante entrega de recepción provisional o contra la devolución del original de las pólizas y sus respectivas renovaciones.

Esta garantía se puede ejecutar cuando los materiales empleados en la obra no son de la calidad acordada.

2.5. Seriedad de la Oferta.

Esta póliza garantiza la propuesta para la celebración de un contrato entre el beneficiario y el contratista, en las condiciones y montos señalados en la propuesta recibida. Rige únicamente para el sector privado.

“Esta póliza exige para garantizar que el contratista cumplirá con lo establecido en su propuesta, en caso de que le sea adjudicado el contrato en el que está participando. Cubre entonces los perjuicios derivados del incumplimiento por parte del afianzado de sus obligaciones y, especialmente, de aquellas que tienen que ver con la suscripción del contrato objeto de la licitación u oferta.”¹

Características:

- Como mencioné anteriormente se otorga estas pólizas para compañías del sector privado.
- El contratista deberá presentar conjuntamente con su propuesta, una fianza de seriedad de oferta privada, equivalente al porcentaje estipulado en el las bases de contratación.

¹ Galindo Cubides, Hernando. El Seguro de Fianza 2011.

Está póliza permanecerá vigente hasta la celebración del contrato entre las partes o el contratista adjudicado y el tiempo de vigencia dependerá de lo estipulado en la propuesta.

Se libera contra la devolución del original de la misma, certificación de que el proponente no ha sido adjudicado, certificación de declaratoria desierta la licitación o concurso o porque el proponente fue adjudicado y suscribió el contrato.

Esta garantía se ejecuta cuando el contratista se niega a suscribir el contrato.

2.6. Fianza Legal

La Fianza Legal garantiza las obligaciones provenientes de una disposición legal cuya cobertura se encuentre de acuerdo a las Condiciones Generales de la póliza.

Esta fianza es otorgada a favor del beneficiario del Sector Público. Estas fianzas se rigen por las leyes que regulan la obligación caucionada.

El valor de la garantía depende del tipo de obligación que deba cumplirse de acuerdo a la ley.

La vigencia de esta póliza se determina por la disposición legal a la que accede. Permanecerá vigente hasta el cumplimiento de la obligación garantizada o la devolución de la póliza y sus renovaciones por parte de la entidad beneficiaria.

Este tipo de pólizas cumple con la formalidad de la póliza de señalar una fecha de vigencia, pero estas no caducan y permanecen vigente mientras la obligación se encuentre en dichas condiciones.

La garantía se libera con la resolución administrativa de la entidad beneficiaria que declara el cumplimiento de las obligaciones del afianzado y la devolución de los originales de la póliza y sus renovaciones.

Pueden ejecutarse mediante comunicación dirigida a la entidad aseguradora indicando que este ha incumplido con las obligaciones garantizadas conforme a los requisitos determinados en la póliza y la Ley General de Seguros para la ejecución de las garantías en cuanto a la prueba del incumplimiento y la cuantía de los daños causados por dicho incumplimiento.

2.7. Garantía Judicial

Las garantías judiciales aseguran el cumplimiento de los actos, resoluciones administrativas y/o providencias judiciales o arbitrales por parte afianzado así como también por daños y perjuicios que ocasiona dicho incumplimiento.

Carlos Hoyos Elizalde en su libro el Seguro de Caución 2014, señala que las garantías judiciales *“garantizan a las Administraciones Públicas u Organismos Judiciales, el cumplimiento de determinadas obligaciones por parte del tomador del seguro, como consecuencia de ciertas actuaciones judiciales, aplazamientos o licencias provisionales, concedidos por la Legislación.”*

Este tipo de pólizas amparan el perjuicio económico que se puede causar al demandante o demandado por el incumplimiento de obligaciones legales que están siendo reclamadas a través de un proceso judicial o arbitral. Permanece vigente mientras el juicio se mantenga vigente y por el monto asegurado.

Características:

- Esta póliza es utilizada para suspensión de medidas preventivas dentro de procedimiento administrativo y/o judicial, presentación de recurso de casación y cualquier tipo de procedimiento que por ley o disposición judicial sea motivo de una garantía.
- Esta póliza es incondicional, irrevocable y de cobro inmediato.

Al igual que las Fianzas Legales y señalar fecha de vigencia esta póliza permanece vigente durante todo el proceso judicial. Esta póliza se podrá renovar a petición escrita de cualquiera de las partes. Así no sea renovada la misma no pierde su vigencia por el hecho de amparar un riesgo dentro de un proceso legal vigente.

Por lo general este tipo de garantías tiene un riesgo complicado porque no se puede determinar el tiempo que durará el proceso judicial, por lo que las aseguradoras otorgan este tipo de garantías a clientes con una buena calificación y respaldándose con importantes contragarantías, las que pueden ser reales o líquidas.

2.8. Garantía de Arrendamiento.

Esta póliza garantiza las obligaciones que genera un contrato de arrendamiento y ampara el cuidado del bien inmueble y las cosas que formen parte del arrendamiento, pagar el canon de arrendamiento estipulado en el contrato y al tiempo que debe ser, así como los servicios básicos y otros adicionales.

El Dr. Galindo Cubides señala que la *“póliza de seguros cubre el incumplimiento de las diferentes obligaciones que adquiere el arrendatario frente a su arrendador.”*

Esta garantía resguarda el riesgo de pago de alquileres dentro del período de vigencia del contrato de arrendamiento y la sustitución del depósito exigido por el arrendador al arrendatario establecido en dicho contrato.

Características:

La suma asegurada de esta póliza se devenga en la medida en que se vaya cancelando los cánones por parte del Arrendatario al Arrendador.

La póliza estará vigente de acuerdo al plazo que estipula el contrato de arrendamiento, el cual será determinado por las partes que suscriben el documento.

La garantía se libera por la terminación del contrato de arrendamiento. Desocupación del inmueble antes del plazo fijado en el contrato. Caduca automáticamente vencido el plazo de vigencia de la póliza. Con el contrato de finiquito de obligaciones firmado por ambas partes. Se libera con el original de las pólizas y sus renovaciones.

2.9. Póliza Global de Fianzas

Esta fianza garantiza los riesgos del beneficiario por parte de sus contratistas, según se detalla en cada anexo de aplicación, para amparar el fiel cumplimiento, buen uso del anticipo, la buena calidad de obra y los materiales

Además garantiza las obligaciones que mantiene el contratista con el beneficiario.

Características:

- Esta fianza puede ser concedida para contratos relacionados con la construcción, provisión de suministros, fabricación y prestación de servicios, los mismos que pueden ser ejecutados por personas naturales o por personas jurídicas.
- La póliza Global permite al beneficiario seleccionar sus proveedores y permite al beneficiario compartir su riesgo con el contratista

Este tipo de fianza debe ser otorgada exclusivamente para el sector privado.

Esta garantía estará vigente por el tiempo estipulado en la póliza y de sus prórrogas o ampliaciones legalmente convenidas.

La garantía se libera con el vencimiento del plazo de vigencia o con la devolución del original de la póliza y sus respectivos anexos de aplicación.

En conclusión es una póliza global, esto se refiere que abarca un conjunto de cosas, en el caso de este tipo de póliza contiene Fiel Cumplimiento, Buen Uso del Anticipo y Buena Calidad de Materiales, en una sola.

CAPITULO III

3. TÍTULOS EJECUTIVOS EN GENERAL

3.1. Definición

Los títulos valores nacen en la edad media, surgen cuando los contratos de cambio resultaron insuficientes para llenar las necesidades mercantiles en cuanto a rapidez, facilidad, certeza y seguridad de circulación de mercaderías.

Cumplen una función común de facilitar la circulación y presentan ciertos caracteres uniformes que han permitido construir una teoría jurídica unitaria.

Los títulos de crédito aparecieron en diferentes momentos, el primero en crearse fue la letra de cambio (derecho cambiario), el pagaré aparece posteriormente y luego el cheque, en este último caso las instituciones inglesas del siglo XVIII lo perfeccionaron y desarrollaron en base a un documento denominado "Ex cheque bill", que constituía una especie de orden de pago.

Los títulos valores tienen gran importancia en la actualidad ya que son documentos que representan el poder económico y social del mundo en general.

El Dr. Andrade Ubidia en su obra, "Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano" 2006, cita algunos autores que definen el título valor.

Vivante: *"El documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo."*

Vay Ryn: *"Un documento que, por sí mismo, confiere a su poseedor determinados derechos y está sometido a un sistema jurídico peculiar, destinado a favorecer la circulación del título simplificando su modo de transmisión e incrementando la seguridad de los titulares sucesivos."*

Escarra: *"El documento necesario para permitir a su portador legitimado el ejercer contra el deudor, el derecho literal y autónomo que en él está expresado."*

Bonfanti Garrone, señala que *"...con Messino podemos sostener, que el título de crédito contiene una promesa unilateral del deudor, quien se compromete a efectuar una prestación. Mediante un negocio jurídico unilateral se está gestando una obligación; pero tratase de un negocio jurídico de características particulares, ya que siendo vinculante e irrevocable es, también, no-recepticio."*

La legislación suiza señala, que los títulos valor son aquellos a los cuales se liga un derecho, expresado en un documento.

La legislación mexicana, lo considera como el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo.

La legislación colombiana, expresa que es el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo, estos son de carácter crediticio, corporativo, de participación, de tradición o representativo de mercadería.

En la obra *La Letra de Cambio, el Pagaré a la Orden y el Cheque* del Dr. Manuel Tama 2014, señala que: *“el título es palabra en masculino, que en su cuarta acepción significa, según el DRAE: Documento jurídico en el que se otorga un derecho o se establece una obligación. En Perogrullo: es el documento formal, el papel en donde se incorpora el derecho (...)”*

Es el documento formal, donde se incorpora la declaración de una voluntad de dar o hacer, se inserta un derecho reconocido por otra persona. Este documento obliga forzosamente al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el mismo.

Los títulos valor contienen la atribución de un derecho, esto significa que el documento tiene incorporado un derecho.

En síntesis, título, es el documento formal, es el documento donde se incorpora la declaración de dar o hacer, como ejemplo tenemos letra de cambio, pagaré a la orden, cheque, etc.

Los títulos ejecutivos tienen la misma significación que los títulos valores y la Ley de Mercado de Valores, en su artículo 2, nos da el concepto de valor, al cual lo considera como el *“derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, incluyendo entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixtos que provengan de procesos de titularización y otros que determine el Consejo Nacional de Valores.”*

El artículo 233 de la misma Ley de Mercado de Valores, se refiere al artículo 2, transcrito y dice; *“Los valores a que se refiere el Art. 2 de esta Ley, tienen el carácter*

de título valor, en consecuencia, incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado, según la ley, constituyen títulos ejecutivos para los efectos previstos en el art. 413 del Código de Procedimiento Civil. Se presume, salvo prueba en contrario, su autenticidad así como la licitud de su causa y la provisión de fondos.”

En el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil encontramos una enumeración de los títulos ejecutivos: *“Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante jueza o juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsa auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos ante jueza o juez o notario público; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos.”*

El Código Orgánico General de Procesos, el cual regirá a partir del 18 de mayo de 2016, en su artículo 347 manifiesta los siguientes títulos ejecutivos: *“Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer: 1. Declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente. 2. Copia y la compulsa auténticas de las escrituras públicas. 3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial. 4. Letras de cambio. 5. Pagarés a la orden. 6. Testamentos. 7. Transacción extrajudicial. 8. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.”*

Es importante recalcar lo que señala el Dr. Manuel Tama autor del libro “Letra de Cambio, El Pagaré a la Orden y el Cheque” 2014, en donde nos explica que no se debe confundir el título con la obligación, como con frecuencia en nuestro país se incurre. Por lo general en las sentencias no hacen distinción de lo uno con lo otro, determinando el título con la obligación como sinónimos, Se ha hecho común ver sentencias en las que no hace distingo alguno, sin realizar el análisis necesario de la obligación, basta que cumpla las formalidades determinadas en el Código de Comercio para aceptar las pretensiones del actor.

Entonces se debe diferenciar que el título es el documento “per se” que debe cumplir con ciertas formalidades y que la obligación es el derecho incorporado en él, derecho que debe ser calificado como lícito.

Un título ejecutivo es aquel documento al cual, la ley le atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de una obligación, que consta en dicho documento. Por lo general, en los diversos ordenamientos jurídicos sólo la ley puede crear títulos ejecutivos.

3.2. Características.

Los elementos constitutivos de los títulos valores son los siguientes:

1. Incorporación: se entiende que el derecho está incorporado en el documento. Es una cosa material en donde se materializa una obligación.

La cosa corporal y el derecho como incorporal son distintos pero se unen para crear una sola relación jurídica.

Andrade Ubidia Santiago establece que el título valor es “(...) *la unión íntima del derecho y el documento, hace que éste sea condición precisa para el ejercicio de aquel; que la presentación del título sea requisito esencial que legitima activamente la deducción procesal de las acciones que del mismo título derive.*”

2. Literalidad: La vida jurídica del documento se regula por lo que está escrito.

Se entiende por literalidad lo que exactamente estipule el título, supone constancia plena del texto.

3. Autonomía: Confiere un derecho propio y autónomo. En la obra “Los Títulos Valor en el derecho ecuatoriano” define autonomía, como un: “*derecho que puede ejercer el tercer poseedor, el cual es independiente del derecho que pertenecía a los poseedores anteriores, es decir, que se trata de un derecho originario y no derivado (...)*”

De lo expuesto se entiende que es autónomo el derecho que cada titular va adquiriendo sobre el título y el derecho incorporado en dicho documento; cada persona que adquiere el documento o título, adquiere un derecho propio, debido a que es diferente del derecho que tenía la persona que lo transmitió.

4. Legitimación: Para saber quién es el legítimo tenedor hay que ver la forma de circulación, por la manera de entrega.

- 4.1. Título al portador: el legítimo tenedor es quien tenga el título valor en su poder, circula por la mera entrega.
 - 4.2. Título a la orden: circula por la entrega material más el endoso, lleva un beneficiario.
 - 4.3. Título nominativo: Circula a través de la cesión, lleva a favor del beneficiario, entrega material.
5. Circulación: significa el movimiento comercial del título valor, manera ágil de transmitir el derecho incorporado.
6. Indivisibilidad: el título valor solo puede ser ejercido por el titular y solamente puede ser transmitido en su totalidad, no puede ser fraccionado el derecho contenido en el documento.

Como ya hemos señalado de manera sucinta, las características del título ejecutivo se encuentran establecidas en el artículo 415 del Código de Procedimiento Civil y para que sean exigibles en juicio deben ser: claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido, cuando lo haya.

“Art. 415.- Para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores, sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya. Cuando alguno de sus elementos esté sujeto a lo expresado en un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de éstos. Se considerarán también de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se hubiere anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos, que hubieren sido pactadas. Cuando se haya cumplido la condición o ésta fuere resolutoria, podrá ejecutarse la obligación condicional y, si fuere en parte líquida y en parte no, se ejecutará en la parte líquida.”

Actualmente la legislación aplicada en estos procedimientos, es el Código Orgánico General de Procesos, el mismo que en su artículo 348 determina: *“Para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. (...)”*

A continuación explicaremos el concepto de cada una de estas características:

- a. Claras: Deben ser precisas y que no ofrezca duda alguna con respecto a sus elementos. Se debe distinguir perfectamente, el objeto, los sujetos, la causa, de manera inequívoca, esto quiere decir, que se determina una obligación, un crédito, un compromiso de pagar, un valor determinado.
- b. Determinadas: La obligación debe estar claramente determinada en el documento, es decir debe señalarse cuál es la prestación que debe el deudor y que tiene derecho a recibir el acreedor. Entendiéndose que al cumplir con esta característica ya no debe reconocerse ningún derecho por el hecho de que ya se reconoce la existencia del mismo.

La obligación debe ser expresa, que se encuentre especificada y esta determinación únicamente se la puede hacer por escrito, solo así las partes sabrán que se debe cumplir.

- c. Líquidas: Tiene que ser cierta, en la cantidad del valor declarada, tiene que estar determinada. Debe estar determinada en especie, género y cantidad, determinada de manera precisa.
- d. Puras: Esto significa que sus efectos legales deben producir efectos desde que se contrae la obligación.

No deben estar sujetas a plazo, modo o condición, solamente es ejecutable, la obligación pura y simple.

- e. Plazo vencido cuando lo haya: En ciertos casos se señala el plazo previsto para el cumplimiento de la obligación, pero en ciertos casos puede no existir tal plazo, como por ejemplo las facturas.

Además de lo expuesto y anteriormente, haber hecho referencia a la diferencia entre el título y la obligación, considero importante señalar las características que esta última debe contener para que la misma sea válida.

Para que una persona se obligue para con otra es necesario que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre objeto lícito y que tenga causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin la autorización de otra.

3.3. Naturaleza Jurídica

Los expertos del derecho ubican a la materia en varias ramas por su características, en el derecho procesal lo sitúan en la teoría general de la prueba, en el ámbito civil se lo ve como negocio jurídico y también lo ubican en la rama mercantil.

En México los consideran como cosas mercantiles; en Bolivia les tratan como bienes mercantiles, ya que se les considera como cosas o bienes muebles y no simplemente como prueba de obligaciones.

En el Ecuador se considera el título como un bien, sin embargo existe un problema, el documento como tal, carece de valor intrínseco, su valor está dado por un elemento extrínseco que se une al mismo.

En el libro de Los Título Valor en el Ecuador del Dr. Andrade Ubidia 2006, cita a Vicente y Gella, sobre la naturaleza jurídica del título valor, *“es un trozo de papel al que se le incorpora una obligación de carácter económico, por lo que lo trata como una cosa mercantil. Brunetti pone de relieve, “que toda la elaboración de las obligaciones “propter rem” allana el camino para el conocimiento de la llamada objetivación del derecho, que se estima como institución especialísima del derecho comercial.”*

La Ley Peruana manifiesta: *“Naturaleza Jurídica del Título Valor.- En cuanto a la naturaleza jurídica del título valor, el sustento es que la inmanencia o incorporación del derecho y el soporte material, identifica el título con el derecho (...)”*

Una vez citada la ley peruana, con relación a la naturaleza jurídica, se entiende, que el título tiene un derecho y para lograr que este derecho sea tangible, es necesario que el derecho nazca, a través, del desarrollo del título con sus principios, como la literalidad, incorporación, autonomía, circulación, etc.

La naturaleza de los títulos valor como negocio jurídico, es de carácter unilateral; es independiente de la voluntad del declarante; es de carácter patrimonial porque contiene un activo que afecta el patrimonio de una persona y es fuente de obligaciones.

Como documento, se entiende que es privado porque es suscrito entre particulares, es auténtico, debido a que existe certeza de quien los ha firmado, contiene una declaración de voluntades y constituye prueba plena, es prueba de sí mismo.

La función económica de los títulos valores, se relaciona con el comercio, por lo que los comerciantes requieren de mecanismos seguros y ágiles para respaldar una obligación, esto se da gracias al título valor debido a tres factores:

- i. Facilidad de circulación.
- ii. Incuestionabilidad del derecho contenido en el.
- iii. Presunción de que quien tiene la tenencia del documento es el legítimo tenedor.

3.4. Clases de títulos ejecutivos.

En la obra literaria *La Letra de Cambio, El Pagaré a la Orden y El Cheque* del Dr. Manuel Tama 2014, con relación a los títulos valores, indica: *“Los títulos ejecutivos pueden ser de origen judicial o extrajudicial. Los primeros nacen de las sentencias dictadas en juicio controvertido, pasadas en autoridad de cosa juzgada. Los títulos ejecutivos extrajudiciales pueden ser convencionales o administrativos. Los convencionales se tratan del reconocimiento hecho por el deudor de la existencia de una obligación o deuda exigible, respaldada por un instrumento público o documento privado, a los que la ley concede efectos análogos a la sentencia. Los títulos ejecutivos administrativos se originan en un acto del poder público encargado de administrar, y que su ejecución se acuerda para el cobro de ciertos créditos, por ejemplo el que deriva del pago de impuestos. El Art. 413 del Código de Procedimiento Civil se puede subsumir, que los títulos ejecutivos de origen judicial serían: la confesión de parte (hecha con juramento ante Juez competente) y los documentos privados (reconocidos ante Notario Público), las actas de transacción u otras debidamente protocolizadas, según el caso. Los títulos ejecutivos de origen extrajudicial convencionales serían, las escrituras públicas (copia o compulsas); letra de cambio, pagaré a la orden, cheque, testamentos, documentos privados reconocidos ante Notario Público, las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa. Los títulos ejecutivos de origen extrajudicial administrativos serían, los créditos a favor del Estado o sus instituciones, por ejemplo, el pago de tributos, os documentos que se aparejan al procedimiento coactivo (Art. 945 C.P.C.) Los títulos ejecutivos de origen extrajudicial legal serían aquellos que las leyes especiales les confieren esa calidad, por ejemplo, el pago de alcúotas de condominio, la prima de seguros que constituye*

título ejecutivo al tenor de los arts. 43 y 47 de la Ley de Seguros, la liquidación de sobregiros en la cuenta corriente (Art. 52 de la Ley General del Sistema Financiero) y ahora también lo dispuesto en el Art. 2 de la Ley de Mercado de Valores.” (El subrayado me pertenece).

En la actualidad el Código Orgánico General de Procesos, norma que regirá desde el año 2016, señala en su artículo 347 cuales son los títulos ejecutivos: Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer: Declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente, copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas, documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial, letras de cambio, pagarés a la orden, testamentos, transacción extrajudicial y los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.

A continuación procederé a definir el concepto de los títulos ejecutivos.

a. La confesión de parte, hecha con juramento ante jueza o juez competente:

El artículo 122 del Código de Procedimiento Civil determina que la confesión judicial es *“la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho. (...)”*

Para que la confesión judicial tenga validez debe ser explícita, pura y simple, que verifique los hechos preguntados en la misma. La confesión no puede dividirse porque modificaría su naturaleza y perdiera el efecto de la confesión. Además de los requisitos anteriormente señalados también se considera la sana crítica del juez de cómo la califica.

La confesión es de las pruebas más confiables, ya que al cumplir con las formalidades estipuladas en la ley, se ha confesado de forma libre y sin presión o amenaza alguna, la existencia de una obligación, esta es una prueba perfecta. Por lo general, se presume que la persona, que declara en su contra, no va a mentir.

A partir del mes de mayo de 2016, la legislación aplicable es el Código Orgánico General de Procesos. En el artículo 347 señala en el numeral uno como título ejecutivo, la declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente.

El artículo 187 del Cogep define la declaración de parte como: *“(...) el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes. (...)”*

La declaración de parte será tomada en la audiencia de juicio a menos de que se trate de una declaración de carácter urgente.

Como es de conocimiento de todos y reconocido legalmente la confesión de parte, hecha con juramento ante el juez competente, es título ejecutivo, según el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano y el artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos, para que tenga plena eficacia es necesario que contenga obligaciones de dar o hacer alguna cosa, por lo que, esta obligación debidamente reconocida puede ser reclamada por la vía ejecutiva.

b. La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada:

La sentencia es la decisión tomada por un juez en base a los hechos y pruebas expuestas en un proceso judicial. Para que tenga el valor de cosa juzgada, esta sentencia debe ser de última instancia, que haya causado ejecutoria, es decir que no exista posibilidad que esta sentencia sea susceptible de cambio. El Artículo 488 del Código de Procedimiento Civil establece, que *“Los fallos expedidos en los juicios sumarios o en los ordinarios, que no se ejecuten en la forma especial señalada por la ley, se llevarán a efecto del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo (...)”*

El Código Orgánico General de Procesos en su artículo 363 señala, como títulos de ejecución la sentencia ejecutoriada entre otros.

El artículo 371 del Cogep determina que para el inicio de la ejecución por sentencia ejecutoriada lo siguiente: *“(...) si se trata de ejecución de sentencia ejecutoriada, la o el juzgador designará una o un perito para la liquidación de capital, intereses y costas en el término concedido para el efecto. Previamente la o el actor tendrá el término de cinco días para presentar los comprobantes de respaldo de gastos conforme con las normas de costas previstas en este Código. Sin embargo, en los procesos laborales, las y los juzgadores y tribunales de instancia, cuando condenen a una de las partes al pago de*

indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, están obligados a determinar en el fallo la cantidad que se debe pagar.”

c. La copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas:

Son aquellos documentos suscritos ante un Notario Público debidamente autorizado, quien da fe pública de dichos documentos, por lo tanto las copias y compulsas auténticas de las escrituras públicas constituyen títulos ejecutivos y las obligaciones que nacen de las mismas, pueden ser exigidas de manera judicial, ejemplo la escritura pública de promesa de compraventa.

d. Los documentos privados reconocidos ante Juez o Notario Público:

Son aquellos documentos que han sido reconocidos por las partes ante autoridad competente, es decir ante un Juez o un Notario, quienes al reconocer las firmas y rúbricas y el contenido del documento, los convierte en documentos públicos con pleno valor legal, que los convierte en títulos ejecutivos.

e. La Letra de Cambio.-

En el libro Los Título Valor en el Derecho Ecuatoriano de Santiago Andrade Ubidia 2006, cita la definición del autor Héctor Cámara, quien establece que la Letra de Cambio es: *“el título formal y completo que contiene la promesa incondicional y abstracta de hacer pagar a su vencimiento al tomador o a su orden una suma de dinero en lugar determinado, vinculado solidariamente a todos los que en ella intervienen.”*

El Dr. Manuel Tama, en su obra, La Letra de Cambio, el Pagaré a la orden y el Cheque 2014, nos dice sobre el juicio ejecutivo lo siguiente: *“(…) la letra de cambio es el título valor por excelencia y el más antiguo de todos. Su utilización se encuentra en el comercio doméstico e internacional. Consiste en una orden incondicional de pago que emite una persona llamada girador-librador en contra de otro llamado girado-librado, ordenándole a pagar una suma determinada de dinero, a la fecha del vencimiento, a una tercera persona denominada beneficiario-tomadora, en el lugar y plazo señalado en el documento.”*

Las partes esenciales de la letra de cambio son el girador, quien es el que da la orden de pago; girado, al que se le ordena pagar; y el beneficiario quien cobra el

documento. Existen otras personas que pueden aparecer como el endosante, aceptante, los avalistas o garantes.

Se considera como funciones jurídicas de la letra de cambio las siguientes:

- Funciones técnico-jurídicas genéricas: Función como cosa mueble, función como instrumento quirografario.
- Funciones técnico-jurídicas específicas: Función de presentación, función traslativa, función de legitimación, función de garantía, función vinculante.

Y como funciones económicas entenderíamos las siguientes:

- Función de crédito: si bien es riqueza circulable, no puede efectivizarse sino en la oportunidad del vencimiento y en el lugar establecido.
- Función de cambio: transporte de numerario se evita mediante el empleo de la cambial.
- Función de circulación: su fluidez, simple circulación, certeza, rapidez y seguridad hace que su utilización sea más común.
- Función de moneda: No es dinero pero en la vida comercial lo reemplaza.

Características:

- a. Es un título valor de carácter crediticio.
- b. Formal, su validez está condicionada al cumplimiento de requisitos de forma, estos requisitos están señalados en el artículo 410 del Código de Comercio.

“Art. 410.- La letra de cambio contendrá:

1o.- La denominación de letra de cambio inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para la redacción del mismo.

Las letras de cambio que no llevaren la referida denominación, serán, sin embargo, válidas, si contuvieren la indicación expresa de ser a la orden;

2o.- La orden incondicional de pagar una cantidad determinada;

3o.- El nombre de la persona que debe pagar (librado o girado);

4o.- La indicación del vencimiento;

5o.- La indicación del lugar donde debe efectuarse el pago;

6o.- El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago;

7o.- La indicación de la fecha y del lugar en que se gira la letra; y,

8o.- La firma de la persona que la emita (librador o girador).”

- c. Literal
- d. Autónomo
- e. Obliga a pagar a su vencimiento y en un lugar determinado una cantidad de dinero a la persona designada en el título, a la orden o a otra distinta también consignada en el documento.
- f. Abstracto, se desvincula de la causa de creación.
- g. Es una obligación de pago, en dinero, no en especie, la suma de dinero debe estar determinada.
- h. Solidaridad, vincula solidariamente hacia el acreedor a todos aquellos que hayan firmado la letra de cambio.

f. El Pagaré a la Orden.-

“El pagaré a la orden, como la letra de cambio, no es un documento probatorio de un derecho, sino un documento constitutivo de derecho que representa un valor económico hábil y ágil para la circulación y operaciones cambiarias mercantiles.”²

En la obra La letra de cambio, el pagaré a la orden y el cheque del juicio ejecutivo, se cita el concepto de pagaré, dado por los tratadistas Arturo Puente y Octavio Calvo, quienes afirman que, “es un título de crédito que contiene la promesa incondicional del suscriptor de pagar una suma de dinero, en lugar y época determinados, a la orden del tomador”

El Dr. Manuel Tama, en su obra, indica que la doctrina establece como “las principales diferencias entre la letra de cambio y el pagaré a la orden, las siguientes:

² Dr. Manuel Tama, La letra de cambio, el pagaré a la orden y el cheque del juicio ejecutivo 2014.

La denominación peculiar;

- a) El pagaré constituye una promesa de pago y no un mandato de pago o una carta representativa de crédito;
- b) El pagaré para ser ejecutivo judicialmente, requiere el reconocimiento de firmas, mientras que la letra es ejecutiva por sí, salvo oponerse tacha de falsedad sobre la aceptación al hacerse el protesto...”

g. Los testamentos.-

El artículo 1037 del Código de Procedimiento Civil define al testamento de la siguiente manera: *“El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”*

El testamento quiere decir testimonio de voluntad, es el acto jurídico a través del cual una persona señala a favor de quien pone a disposición de su patrimonio o parte de él, después de su muerte.

El artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos determina como título ejecutivo los testamentos.

h. Las actas de transacción, las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados.-

Las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa, son títulos ejecutivos. Las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, también tienen el carácter de títulos ejecutivos, cuyo cumplimiento y entrega de la cosa puede ser exigida vía judicial, a través del trámite o juicio ejecutivo.

i. El Cheque.-

Hace muchos años atrás se denominaba la teoría del Exchequer bill, este documento era emitido por el monarca inglés. Los movimientos de dinero solo se daban dentro del banco, se crea como instrumento de comercio para evitar el traslado de grandes cantidades de dinero de un lado al otro.

Es un medio de pago, sustituye al dinero, el cheque tiene un poder deliberatorio, se da por cumplida una obligación, es decir que no es un documento de crédito, es un documento de pago inmediato.

El Dr. Manuel Tama en su obra hace referencia al comentario jurídico de Vivante, “el que entrega una letra de cambio necesita dinero, quien pone en circulación un cheque, tiene dinero. **Esta es la naturaleza jurídica del cheque.**

El cheque consiste en un medio de pago, es una orden de pago que emite una persona denominada cuentacorrentista o girador de una institución financiera, con la cual tiene un contrato de cuenta corriente, es decir el girador dispone el pago a otra persona determinado en el propio cheque. Este contrato de cuenta corriente establece la obligación de que el cuentacorrentista tenga los fondos suficientes para pagar las ordenes que el emite en los cheques.

El banco tiene dos opciones pagar o protestar, el protesto se da por falta de fondos o por cuenta cerrada, es decir que el cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, es título ejecutivo y deberá ser cobrado a través de la vía ejecutiva.

j. Títulos de nueva generación.-

Son todos aquellos señalados en la Ley de Mercado de valores.

El Art. 2.- Concepto de valor.- Para efectos de esta ley, se considera valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de procesos de titularización y otros que determine el Consejo Nacional de valores. Cualquier limitación a la libre negociación de valores no establecida por la ley, no surtirá efectos jurídicos y se tendrá por no escrita.

*“Art. 233.- Los valores a los que se refiere el art. 2 de esta ley, tienen el carácter de título valor, en consecuencia, incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado según la ley, **constituyen títulos de crédito**, para los efectos previstos en el art. 413 del Código de Procedimiento Civil. Se presume, salvo prueba en contrario, su autenticidad así como la licitud de su causa y la provisión de fondos.”*

CAPITULO IV

4. LA ACCIÓN EJECUTIVA

4.1. Definición

El Dr. López Arévalo en su libro de “El Juicio Ejecutivo” 2007, nos hace una reseña histórica del proceso ejecutivo, el cual nace en la Antigua Roma y se señala dos etapas:

La primera, se refiere a la ejecución romana con coacción personal, en este tiempo la persona que adeudaba quedaba obligada a responder al acreedor, quien tenía derecho de someter al deudor a prisión, hasta que él o su familia cumplan con la obligación pendiente, y en el caso de no cumplir con la misma inclusive podría quitarle la vida.

La segunda etapa era denominada la ejecución romana, mediante coacción real, es decir el deudor respondía sus obligaciones con su patrimonio, su patrimonio garantizaba las obligaciones pendientes, costumbre que se la mantiene hasta estos tiempos.

Posterior a estas dos etapas el proceso ejecutivo se fue desarrollando en la institución notarial, proceso mediante el cual, se procedía con embargo preventivo de los bienes, en el caso que contractualmente lo hayan convenido así, con la finalidad de darle licitud a dicha figura.

Los procesos de ejecución son aquellos en donde un derecho que es reconocido en un título, se pueda ejecutar, de modo que no queden obligaciones pendientes sin ser reconocidas, estos títulos son reconocidos por el juez ya que son prueba plena, de tanta fuerza como una decisión judicial.

“Expedito procedimiento judicial de pago que buscaba la conversión en dinero de los bienes del deudor reacio, mediante el previo embargo de bienes bastantes.”³

A través de la vía ejecutiva se procede a ejecutar el cumplimiento de obligaciones de dar o hacer, obligaciones que se encuentran contenidas en un instrumento como el título.

³ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2003.

Es la acción procesal ejecutiva la cual persigue el cumplimiento de una obligación clara, determinada, líquida, pura y de plazo vencida, constituida en un documento reconocido como título ejecutivo por la ley.

La acción ejecutiva tiene dos requisitos obligatorios, el título ejecutivo (papel/documento) como tal y la obligación contenida en ese título que sea ejecutiva. En el derecho romano existe el principio “Nulla Executio Sine Titulo” que significa que “sin título no hay ejecución.”

Por lo expuesto el juicio ejecutivo no va a reconocer si existe o no un derecho, sino más bien ejecutar los derechos que se hallan reconocidos en los instrumentos públicos o privados que la ley les ha dado la calidad de títulos ejecutivos, al ser reconocidos como tales, estos conllevan una presunción de plena legitimidad.

El Dr. Manuel Tama, en la obra citada, trae a colación, la obra “Dictámenes Jurídicos” de Felipe Clemente, que afirma, que “el procedimiento ejecutivo descansa en la confianza que inspiran ciertos títulos, documentos o actos; en el carácter auténtico que se revisten éstos y en la sencillez de la cuestión o de la obligación que de ellos emana. No se trata en él de un derecho dudoso, controvertido, sino de uno indubitado que no reclama otra cosa que no sea su realización.”

El artículo 415 del Código de Procedimiento Civil determina que las obligaciones contenidas en títulos, para que sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya. Los procesos judiciales de carácter ejecutivo iniciados antes de la publicación del COGEP, se aplica el Código Procedimiento Civil.

La actual legislación aplicable para los casos ejecutivos, el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 348 determina: *“Para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título, deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. Si uno de los elementos del título está sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de este.*

Se considerarán de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se haya anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos. Cuando se haya cumplido la condición o si esta es resolutoria, podrá

ejecutarse la obligación condicional y si es, en parte líquida y en parte no, se ejecutará en la parte líquida.

Si la obligación es en parte líquida, la o el actor acompañará una liquidación pormenorizada siguiendo los criterios establecidos en el título.”

El Código Orgánico General de Procesos determina que la ejecución es el conjunto de actos mediante los cuales se hacen cumplir las obligaciones contenidas en un título ejecutivo.

Esta nueva normativa que regula los procesos judiciales, regirá en el Ecuador a partir del año 2016.

4.2. **Características.-**

El Dr. Manuel Tama, en su obra “La letra de cambio, el pagaré y el cheque del juicio ejecutivo” 2014, dice que el *“llamado juicio ejecutivo, es por su naturaleza, sumario, que tiene como fin la ejecución de obligaciones fundadas en derechos indiscutibles y títulos claros, fehacientes, que no sugieren dudas, ni se prestan a discusión profunda.”*

La diferencia sustancial entre lo que constituye un proceso de conocimiento y uno de ejecución, lo tiene determinado la doctrina. **En el procedimiento de conocimiento**, cuando al acreedor se le niega la existencia de un crédito, pide al juez la declaración de su existencia; en tanto que, en **el proceso de ejecución**, el acreedor a quien no se paga el crédito, dirige su acción ante el órgano jurisdiccional, para obligar al deudor a que satisfaga el mismo.

4.3. **Procedimiento.**

Los títulos ejecutivos generan una acción ejecutiva. El procedimiento se encuentra determinado en los artículos 419 hasta 481 del Código de Procedimiento Civil.

El art. 421 del Código de Procedimiento Civil establece, que sí el juez considerará ejecutivo, el título, así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor cumpla o proponga excepciones en el término de 3 días y la citación de esta providencia se hará **después** de cumplirse con la prohibición de

enajenar bienes por parte del ejecutado, prohibición que se notificará a los respectivos registros de la propiedad.

Procedimiento:

1. Se presenta la demanda debidamente acompañada por el título ejecutivo que contenga una obligación ejecutiva.
2. Si el juez califica como título ejecutivo ordenará al deudor que pague o interponga excepciones en el término de tres días. Además se puede solicitar medidas cautelares y posterior a esto procederán con la citación al demandado.
3. Pueden darse las siguientes figuras: el deudor paga; si no paga o no propone excepciones, se dictará sentencia en el término de 24 horas que se cumpla con la obligación.
4. En el caso que determine excepciones de puro derecho, se dan traslado al ejecutante para que conteste o en rebeldía y el juez procederá a dictar sentencia.
5. Excepciones sobre hechos deben justificarse, se da la reconvención con título ejecutivo.
6. Después se procede a realizar la junta de conciliación.
7. Término de prueba de 6 días. Alegatos en el término de 4 días.
8. El juez procederá dictar sentencia, ordenando pago de capital e intereses, o que se entregue en especie o cuerpo cierto, o una obligación de hacer; si entrega un cuerpo cierto se procede a suscribir la escritura pública.
9. En tres días de dictada la sentencia pueden apelar, si no lo hacen el juez ordenará el mandamiento de ejecución.

En el Código Orgánico General de Procesos, que nos rige a partir de mayo de 2016, el procedimiento ejecutivo es el siguiente:

1. Presenta demanda escrita con título ejecutivo, si no se acompaña la demanda con el título ejecutivo se inadmite la demanda, la omisión de este requisito no es subsanable.
2. Controla Requisito de Procedibilidad, si el juez considera que el título acompañado a la demanda no presta mérito ejecutiva niega de plano la acción ejecutiva.
3. El juez tiene un término de 3 días para calificar la demanda y eventualmente puede pedir providencias preventivas hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado (embargo de bienes).

4. El demandado paga o cumple la obligación, o contesta la demanda acompañada de prueba, puede rendir caución para suspender la providencia preventiva dictada, ésta la puede presentar en cualquier momento antes de la sentencia ó reconviene al actor con otro título ejecutivo.
5. Además puede probar falsedad o nulidad del título, o no se lo califica como título ejecutivo o se extingue total o parcialmente la obligación.
6. Si el demandado no paga el juez dicta sentencia mandando al deudor que cumpla con la obligación, esta resolución no admite recurso alguno.
7. Si el demandado paga la obligación el juez dispondrá que se levante las providencias preventivas que pesen sobre los bienes y ordenará el archivo.
8. En el caso que el demandado reconviene al actor con otro título ejecutivo, el juez notifica al actor y concede el término de 15 días para contestar.
9. Cuando el demandado formula oposición debidamente fundamentada, el juez dentro del término de 3 días notifica a la contraparte con copia de la misma y señala día y hora para la Audiencia Única. Debe realizarse en el término de máximo 20 días contados a partir de la fecha en la que concluyó el término para presentar la oposición o contestar la reconvención.
10. El artículo 354 del COGEP señala que la audiencia única tiene dos fases la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda fase es de prueba, alegatos y sentencia.
11. Se emite resolución mediante pronunciamiento oral, y esta puede ser apelada únicamente con efecto no suspensivo, para la suspensión deberá consignar o caucionar el valor de la obligación.

CAPITULO V

5. PÓLIZA DE SEGURO DE FIANZA COMO TÍTULO EJECUTIVO

5.1. Definición

El afianzamiento o garantía se dice que existe desde hace muchos años atrás, el hecho de que terceros respalden una obligación ajena fue utilizada por los egipcios y se organizó de forma rápida en el tiempo de los romanos en donde dice la historia que cuando una persona tenía la necesidad de requerir un préstamo y si no tenía los suficientes bienes como herramientas o tierras, tenían que solicitar a conocidos o amigos de estas personas para que se comprometían como ad promissores, esto significa como garantes de la obligación que adquirieron.

En el caso de que esta persona no podía pagar el préstamo o quedaba insolvente el garante era considerado como el responsable solidario y quedaba automáticamente obligado a pagar dicha deuda.

El Dr. Hernando Galindo Cubides, en su obra el Seguro de Fianza 2011, señala: “(...) seguro de fianza se entiende desde el inicio que se está respondiendo por una obligación ajena o que se está protegiendo al asegurado contra el incumplimiento de una obligación, sin que se llegue confundir con otras especies de cauciones, como la prenda o la hipoteca. El vocablo “garantía” tampoco se nos hacía apropiado para los fines que perseguimos, por considerarlo demasiado amplio o ambiguo (...)”

Manuel Molina Bello, en su libro La Fianza 1994, como antecedentes señala, la historia de la Fianza en Roma, en épocas pasadas la fianza era uno de los contratos trascendentales de ese tiempo en donde se lo denominaba stipulatio (fianza estipulatoria), era considerado un contrato accesorio ya que garantizaba la obligación de un contrato principal.

La fianza se consideraba un contrato mediante el cual el fiador se obliga a cumplir obligaciones en el caso de que el fiado no cumpla con ellas. Existían tres formas de garantizar las obligaciones:

- a. La sponsio que correspondía a una promesa con matices religiosas;
- b. La fideipromissio, esta era más desarrollada que la anterior ya que se permitía celebrar contratos con extranjeros; y,
- c. La fideiussio, el fiador podía exigir que el acreedor persiguiera primero al deudor principal antes de exigirle al fiador el pago.

Concluyendo con la parte histórica de la fianza es importante señalar su definición: El seguro de fianza es un contrato a través del cual una compañía aseguradora, debidamente autorizada por el órgano de control, mediante el cobro de una prima,

protege al asegurado o beneficiario de un posible incumplimiento de una obligación del deudor principal.

“La función primordial de la afianzadora es expedir fianzas mediante el cobro de una prima inicial por un período determinado, así como las renovaciones o prórrogas que correspondan, hasta que quede cancelada totalmente la fianza.”⁴

Es un contrato mediante el cual la compañía de Seguros responde por un contratista o cliente, garantizando que este dispone de suficientes recursos técnicos, humanos y financieros para poder cumplir con las obligaciones contractuales asumidas si, más tarde, el contratista incumple los términos contrato, la compañía de seguros debe pagar el perjuicio sufrido al beneficiario de la fianza.

Galindo Cubides define al seguro de fianza: *“(...) 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 fiado.”*

El tratadista Carlos Hoyos Elizalde en su obra literaria el Seguro de Caucción 2014, define a la fianza o caución a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación, es el compromiso de un tercero de responder por el cumplimiento de una obligación en el caso que no cumpla el deudor principal. Es una persona distinta al acreedor y deudor que se obliga a cumplir la obligación principal si el deudor no cumple.

Es decir la compañía de seguros de fianza emite una póliza de fianza a través de la cual garantiza que en el caso de que el deudor principal no cumpla con la obligación amparada en el objeto de la misma, la compañía de seguros responde por dicho incumplimiento. Las compañías de seguros otorgan estas fianzas a cambio del pago de una prima y una contragarantía que se otorgue por parte del fiado, esto puede ser una hipoteca, prenda, letra de cambio, pagaré, certificados bancarios, etc.

En la póliza de seguro de Fianza intervienen:

- a. El beneficiario de la póliza es la persona natural o jurídica a quien se le otorga la fianza.
- b. El fiado es la persona natural o jurídica a quien se le emite la póliza, es decir es la persona que tiene la obligación principal contractual.

⁴ Molina Bello. La Fianza, como garantizar sus obligaciones con terceros. Concepto de afianzadora

- c. Solicitante, es la persona natural o jurídica que solicita el servicio puede tratarse del mismo fiado o un tercero.
- d. Obligado solidario: persona natural o jurídica que responde con su patrimonio de forma colateral por las obligaciones del deudor principal.
- e. Agente de seguros: persona natural o jurídica que contacta a las partes interesadas, cliente, fiado y afianzadora para un negocio comercial a cambio de una comisión.
- f. Afianzadora/Compañía de Seguros: persona jurídica debidamente autorizada por el órgano regulador para responder a título oneroso por el fiado.

El artículo 43 de la Ley General de Seguros señala: “(...) *El afianzado está obligado a entregar a favor de la entidad de seguros, las contragarantías personales o reales que respalden el riesgo asumido. (...)*”

La finalidad de la contragarantía es respaldar a la compañía de seguros de que en el caso de un siniestro y la compañía proceda a honrar un incumplimiento, en el caso de que el fiador no reembolse a la compañía de seguros, esta tendrá la facultad de ejecutar esta contragarantía con la finalidad de recuperar el dinero pagado por concepto de siniestro.

En el segundo párrafo del artículo 47 de la Ley General de Seguros señala que las contragarantías entregadas por el afianzado a la aseguradora, estas podrán ser ejecutadas hasta por el monto demandado o adeudado, por los pagos parciales o cargos provenientes de las pólizas y de sus renovaciones, esto significa por el valor que adeude por concepto de primas.

En el seguro de fianzas opera el principio de la subrogación, esto significa que una vez que la compañía aseguradora, honra la póliza de seguro, paga una deuda en la cual es solidariamente responsable, por ministerio de la ley, tiene la facultad de que se le transmita los derechos del acreedor a la aseguradora.

El artículo 1624 del Código Civil ecuatoriano define a la subrogación como la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga.

El Art. 1626 numeral 3 del Código Civil, manda: “*Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio: 3.- Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente; (...)*”

La subrogación, leal y convencional da la facultad de traspaso al nuevo acreedor cediéndole todos los derechos, acciones y privilegios, del anterior dueño y es por esta facultad legal que puede irse en contra del deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda.

Código Civil: “Art. 1627.- *Se efectúa la subrogación en virtud de convención con el acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor. La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago.*” En el ámbito de seguros de fianzas cuando una compañía de seguros procede a realizar el pago de la póliza requiere se le devuelva la póliza original y la certificación de pagos, esto es el texto en donde se le subroga los derechos para poder iniciar las acciones en contra del afianzado para que reembolse a la aseguradora los valores que la misma cancelo por concepto del siniestro.

El Código Orgánico Monetario y Financiero en su libro tercero en la Ley General de Seguros en el artículo 47 dispone: “*El asegurador tendrá acción contra el afianzado para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aun cuando dicho pago haya sido ignorado o rechazado por éste. Para este efecto la póliza en la que conste haberse efectuado el pago o el recibo de indemnización, constituirá título ejecutivo. (...)*” (El subrayado me pertenece). Por lo expuesto y lo que manda esta ley orgánica la póliza de seguro de fianzas presta mérito ejecutivo.

Para que proceda la ejecución, el asegurado deberá entregar a la compañía seguros el reclamo con la documentación que sustente la ocurrencia del siniestro, una vez que el mismo sea aceptada y la compañía proceda a realizar el pago de la póliza deberá ser devuelta simultáneamente la póliza original, renovaciones y la certificación de pago, siendo esta póliza con el texto de subrogación el título ejecutivo para reclamar los valores pagados al afianzado.

En conclusión, una vez que el beneficiario emita la certificación de pago a favor de la compañía de seguros; queda facultada para ejercer su derecho conforme lo dispone el artículo 47 de la Ley General de Seguros, puede ejercer la acción en contra del afianzado para requerir el reembolso del valor pagado al beneficiario ya que la póliza constituirá título ejecutivo.

En concordancia con la parte final del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto dice: **“Son títulos ejecutivos... y los demás instrumentos a los que las leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos”** (las negrillas me pertenecen). Y lo que manda el artículo 347 del Código General de Procesos que determina: *“Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer: 1. Declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente. 2. Copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas. 3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial. 4. Letras de cambio. 5. Pagarés a la orden. 6. Testamentos. 7. Transacción extrajudicial. 8. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.”*

5.2. Características.

Las características de la fianza o atributos que le diferencia de otras pertenecientes al ramo de seguros son:

- a. La solicitud: Esto es cuando el afianzado o deudor requiere de una fianza y la compañía de seguros proceder a realizar una calificación previa al mismo en donde se analiza la situación económica del cliente y su historial crediticio conjuntamente con su experiencia para ver si procede o no otorgarle la fianza.

La solicitud viene a formar parte de la póliza ya que la información que contiene la misma sirve para ver el alcance del riesgo que se le puede otorgar al cliente, es importante recalcar que la persona tiene la obligación moral de declarar con veracidad la información plasmada en este documento, así como la aseguradora de corroborar la información, en el caso de que se descubra falsedad en la misma se procede a negar la solicitud.

- b. El pago de la prima: el afianzado tiene la obligación de pagar la prima, esto es el valor del seguro, es el aporte económico que paga el cliente a la aseguradora por el riesgo vigente que esta mantiene en cobertura.

El artículo 43 de la Ley General de Seguros señala que la falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía. Es decir, no funciona como en otro tipo de seguros que en el caso que no esté pagada la prima no existe cobertura, aquí así la misma este impaga el riesgo sigue vigente y en el caso de una ejecución la compañía de seguros está en la obligación de pagar el siniestro.

- c. La no terminación: este contrato de seguro no puede ser terminado por la sola voluntad del afianzado o de la compañía de seguros, así como tampoco por la falta de pago de prima como se indicó anteriormente.

La fianza se mantiene vigente mientras no terminen de cumplir con la obligación que la misma respalde, sin que se firme actas de finiquito, hasta que el beneficiario devuelva la póliza original y sus renovaciones o finalmente hasta que la póliza venza y su renovación no haya sido solicitada oportunamente.

- d. La solemnidad: las fianzas a diferencias de otros tipos de seguros no se perfecciona solamente con el consentimiento de las partes, sino se debe cumplir con ciertas formalidades para su validez. En la fianza intervienen tres partes, las mismas que con sus firmas en la póliza aceptan las condiciones de la misma, entendiéndose que aprueban el contenido y alcance del contrato.

- e. Contragarantía: Como se señaló anteriormente es un requisito legal, que el afianzado tiene la obligación de entregar una contragarantía personal, real o líquida a la compañía de seguros que resguarde el riesgo que la compañía está respaldando.

Hernando Galindo Cubides en su obra literaria El Seguro de Fianza 2011, señala: *“Cuando las compañías de seguros aceptan expedir pólizas de cumplimiento, de manejo, de caución judicial, de seriedad de oferta, de garantía única o en fin, seguros de fianza, por lo general, le exigen al afianzado constituir una contragarantía a favor de la aseguradora para en caso de que esta tuviere que pagar cualquier suma de dinero por ocasión del incumplimiento, pueda hacer efectiva directamente dicha contragarantía sin necesidad de acudir a la subrogación.”*

5.3. Procedimiento para su ejecución y ejercicio del derecho de reembolso.

- a. Ejecución de una póliza de carácter privada:

El artículo 42 de la Ley General de Seguros determina cual es el procedimiento del reclamo administrativo ante la ejecución de una póliza privada.

La compañía aseguradora deberá cancelar el siniestro debidamente comprobado dentro del plazo de treinta días contando desde la presentación del reclamo, el mismo que deberá estar acompañado de los documentos que señalen la póliza y sus condiciones. Por lo general, se requiere de informe técnico, económico y

jurídico en donde se sustente el incumplimiento del afianzado y se señale los motivos por los que se procede a ejecutar la póliza.

En el caso de que la aseguradora no esté de acuerdo con el requerimiento de ejecución, podrá objetarla parcial o totalmente siempre y cuando motive su desacuerdo dentro del plazo anteriormente señalado y en el caso de que el beneficiario se allane a estas objeciones la compañía de seguros deberá pagar inmediatamente.

Si el beneficiario no está de acuerdo con las objeciones de la aseguradora, tiene la facultad de presentar un reclamo a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros con la finalidad de que este siendo el órgano regulador de las compañías de seguros, requiera a la misma la justificación del no pago de la garantía.

El órgano de control tiene treinta días para pronunciarse si acepta total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago en el plazo de diez días de notificada la resolución o negándolo.

La Resolución puede ser impugnada en sede administrativa dentro de un plazo de diez días contados desde la fecha de notificación y la decisión que tome la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros causará estado.

En el caso de que la compañía de seguros incumpla con lo ordenado por el órgano de control será causal para liquidar a la compañía aseguradora forzosamente.

b. Ejecución de una póliza de carácter público:

En el ámbito público las pólizas son incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato; cuando hacemos referencia a las garantías de Fiel Cumplimiento se entiende que asegura el cumplimiento del contrato y el valor que ampara la póliza es el equivalente al 5 por ciento al valor del contrato, además de que en el sector público estas pólizas de cumplimiento amparan también la debida ejecución de la obra y la buena calidad de materiales.

Las pólizas de Buen Uso de Anticipo, también son incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, pero el valor señalado en la póliza se irá reduciendo en la

proporción que se vaya amortizando el anticipo, esto es el valor que el contratista reciba provisionalmente para la ejecución del objeto del contrato.

Para la ejecución de una póliza pública se deben seguir los siguientes pasos y formalidades:

El artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina como primer paso la notificación y trámite.

Antes de proceder con la terminación unilateral, la contratante notificará al contratista con anticipación de diez días sobre su decisión de terminar unilateralmente el contrato conjuntamente deberá anexar los informes técnicos y económicos de los supuestos incumplimientos. El contratista tiene diez días para remediar el inconveniente señalado por la contratante y de no hacerlo se procederá con la terminación del contrato a través de Resolución emitida por la máxima autoridad de la contratante, resolución que deberá ser publicada en el portal del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Una vez emitida la Resolución y se ha notificado y ha publicado en el portal, no suspenderá sus efectos por ninguna interposición o reclamo interpuesto por el contratista, así como tampoco el contratista podrá justificar la falta de cumplimiento por falta de pago de la entidad contratante.

En referencia a la garantía de Buen Uso de Anticipo, se debe establecer el avance de la obra, bienes o servicios, según el objeto que amparaba la póliza, y realizar la liquidación financiera correspondiente. El contratista una vez que exista dicha liquidación, deberá en un término de diez días devolver el valor del anticipo no devengado.

Una vez que se termina unilateralmente el contrato la contratante tiene la facultad de volver a contratar de manera directa con otra persona para que termine el objeto del contrato.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 146, indica que además de cumplir con la notificación y trámite señalado en el artículo 95 de la Ley, deberán también notificar a las instituciones financieras y aseguradoras que hubiesen otorgado las garantías. Conjuntamente a esta notificación el beneficiario deberá acompañar copias

certificadas del informe técnico y económico referente al cumplimiento de obligaciones, además deberá notificarse a la aseguradora la Resolución de Terminación Unilateral.

Este mismo artículo en su cuarto párrafo determina: “(...) *En la Resolución de terminación unilateral del contrato 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 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 estos valores dentro del término señalado, el beneficiario solicitará al garante, la aseguradora, que dentro del término de 48 horas ejecute las garantías y las pague.

Pero en este caso no se aplica las 48 horas sino lo señalado en el Código Orgánico Monetario y Financiero, en el libro III de la Ley General de Seguros que manda: “(...) *Adicionalmente, tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las compañías de seguros deben emitirlos cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, **por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del plazo de diez (10) días siguientes al pedido por escrito den que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.*** (...)” (Las negrillas me pertenecen).

Por lo expuesto podemos ver que el procedimiento de ejecución de la póliza pública es muy sencillo, al tener las características de incondicional, irrevocable y de cobro inmediato y al cumplir con los requisitos interpuestos por ley el pago procede inmediatamente.

La compañía de seguros para realizar la acción de reembolso, requiere de la póliza original con la certificación de pago, que es la subrogación de derechos y en mérito de lo señalado por el artículo 47 de la Ley General de Seguros, este documento tiene carácter de título ejecutivo, en el cual está reconocido un

derecho y a través de la vía ejecutiva la aseguradora ejecuta el documento para que se le reembolse lo pagado por concepto del siniestro.

CONCLUSIONES

1. Por lo expuesto, la fianza es una obligación que adquiere un tercero, es decir una obligación accesoria, en donde se responde por una obligación ajena; en tal virtud, si el obligado principal no cumple, el garante responde por dicha obligación. Es decir que el fiador o garante, no es el deudor principal, sino deudor subsidiario y será quien responderá por la obligación de un tercero.
2. La Ley General de Seguros establece que las compañías de seguros, autorizadas en el ramo de fianzas, se encuentran obligadas a pagar los siniestros cuando la entidad beneficiaria lo exija y la misma cumpla con el procedimiento y requisitos establecidos en la Ley.
3. De la lectura del artículo 47 de la Ley General de Seguros, se desprende que el asegurador tendrá acción en contra del afianzado para el reembolso de lo que la aseguradora haya cancelado, por el pago del siniestro, para este efecto la póliza honrada o pagada, se constituirá en título ejecutivo. (El subrayado me pertenece).
4. Se entiende que las pólizas de seguros son consideradas títulos ejecutivos cuando se tratan de seguros de vida dotales y en los seguros de fianza. Por regla general, los reclamos de seguros se los realiza mediante la vía verbal sumaria. Sin embargo, en los tipos de seguros señalados se presenta algo muy novedoso, que consiste en que la póliza con la respectiva certificación de pago o la factura correspondiente al pago de primas, debidamente certificada por el representante legal de la aseguradora, se convierte en título ejecutivo y por ende podría ser reclamada judicialmente, por la vía ejecutiva.
5. El hecho de que la póliza de seguro (dotales y de fianza) tenga la calidad de título ejecutivo, da como resultado que dicho documento, tiene un derecho incorporado, sobre el cual no cabe, ni debe probarse su existencia, ya que, con el sólo hecho de tener la póliza original con el texto de subrogación de derechos, faculta a las compañías aseguradoras, a través de un juicio ejecutivo, ejecutar este derecho incorporado ya reconocido.

6. Sin embargo, de que la ley indica la naturaleza ejecutiva de dichos documentos, la misma, no determina un proceso claro y en la práctica de la administración judicial se confunde con el procedimiento verbal sumario, utilizado en otras ramas de seguro, como regla general.

RECOMENDACIONES

1. El propósito de esta tesis es hacer conocer todo lo referente al seguro de fianza como título ejecutivo y por el mismo hecho de que contenga un derecho incorporado, este sea ejecutable, sin que tenga observaciones o detenciones por parte de quienes administran justicia. En la práctica, algunos jueces, por falta de conocimiento de la naturaleza jurídica de estas pólizas, no dan paso a que estas sean reclamadas por la vía ejecutiva.
2. Esta investigación que la he venido desarrollando, tiene como fin, el que este tema sea conocido por todos los profesionales del derecho y los jueces, ya que al ser definido con claridad y ser aplicado de forma correcta, da como resultado que la póliza de fianza se convierta en título ejecutivo, una vez que la misma haya sido siniestrada y pagada por parte de la aseguradora, pudiendo ser reclamada judicialmente, a través de la vía ejecutiva al afianzado, quien no ha dado cumplimiento a las obligaciones que la aseguradora garantizaba.
3. Me permito citar los artículos 413 del Código de Procedimiento Civil, que establece: *“Son títulos ejecutivos: y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos.”* Y el artículo 347 numeral 8 del Código Orgánico General de Procesos que señala: *“Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer: 8. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.”* De las normas citadas se entiende que, si el artículo 47 de la Ley General de Seguros, señala que la póliza tiene calidad de título ejecutivo, cabe dentro de la normativa señalada.
4. En el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico General de Procesos, no se señala como título ejecutivo a la póliza de seguro, razón por la cual recomiendo que este vacío legal debería ser llenado, reformando dicho artículo, en vista de que la calidad de título ejecutivo se halla plenamente reconocido por el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III, Ley General de Seguros, de modo que los jueces tengan mayor claridad para someter el reclamo de estas obligaciones a través de la vía ejecutiva.

5. Es por eso que mi propuesta consiste en que el artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos debe ser reformado, de la siguiente manera: Artículo 347: Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer: 1. Declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente. 2. Copia y la compulsión auténticas de las escrituras públicas. 3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial. 4. Letras de cambio. 5. Pagarés a la orden. 6. Testamentos. 7. Transacción extrajudicial. **8. La póliza de seguro y las facturas impagas correspondientes a las primas de las renovaciones de dichas pólizas.** 9. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.” (La negrilla me pertenece).

De las conclusiones y recomendaciones señaladas se desprende que los objetivos y la hipótesis determinados en el proyecto de tesis se cumplen plenamente, en especial, en la necesidad de que la ley sea reformada para que los jueces y profesionales del derecho tengan pleno conocimiento y claridad acerca del funcionamiento de las pólizas de seguro en el ramo de fianzas, las mismas que constituyen títulos ejecutivos con un derecho incorporado, de carácter indiscutible y que puedan ser reclamados judicialmente a través de la vía ejecutiva.

Bibliografía.-

- Abeliuk Manasevich, René. 2008. Las Obligaciones. Chile. Ediar Editores Ltda.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. 1988. De los Contratos. Chile. Editorial Jurídica Ediar-Consur Ltda.
- Alvear Icaza, José. Derecho de Seguros. Guayaquil. Edino.
- Andrade Ubidia, Santiago. 2006. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Quito. Tercera Edición. Fondo Editorial.
- Bonofanti, Garrone. 1984. De los Títulos de Crédito. Buenos Aires. Abeledo Perrot. Segunda Edición.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. 2003. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires. Editorial Heliasta.
- Coello García, Enrique. 1999. Práctica Civil, Volumen III. Universidad Técnica Particular de Loja. Loja. Ciencias Jurídicas.
- Coello García, Enrique. Artículo “La Confesión Judicial”. www.derechoecuador.com. Actualización 17 de julio de 2013.
- Consejo de la Judicatura. “Procedimiento Ejecutivo en el COGEP”. <http://escuela.funcionjudicial.gob.ec/>. 20 de diciembre de 2016.
- Constitución de la República. Fiel Web Ediciones Legales. www.fielweb.com.
- Código Civil del Ecuador. Fiel Web Ediciones Legales. www.fielweb.com.
- Código de Comercio. Fiel Web Ediciones Legales. www.fielweb.com.
- Código Orgánico General de Procesos. Fiel Web Ediciones Legales. www.fielweb.com.
- Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III, Ley General de Seguros. Fiel Web Ediciones Legales. www.fielweb.com
- Código de Procedimiento Civil del Ecuador. Fiel Web Ediciones Legales. www.fielweb.com.
- Decreto Supremo N° 1147. (07 de Diciembre de 1963). Registro Oficial 123. Quito.
- Dr. Carrión Varas, Víctor M. Revista Jurídica Universidad Católica de Guayaquil. Régimen de Fianzas otorgadas por Entidades de Seguros. www.revistajuridicaonline.com. 27 de septiembre de 2015.
- Galindo Cubides, Hernando. 2011. El Seguro de Fianza, Garantía única de cumplimiento. Colombia. Segunda Edición actualizada. Legis.
- García Falconí, José Carlos. 2015. Los 140 contratos Civiles y Mercantiles más utilizados en la Legislación Ecuatoriana. Riobamba. Tomo Único.
- Hoyos Elizalde Carlos. 2014. El Seguro de Caución. Madrid. Fundación MAPFRE.

- Larrea Holguín, Juan. 2014. Derecho Civil del Ecuador XIV. Quito. Segunda Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador XII. Guayaquil, 2002.
- Ley de Mercado de Valores. Fiel Web Ediciones Legales. www.fielweb.com.
- Ley Nro. 17.418 "Ley de Seguros". Buenos Aires, 30 de agosto de 1967. <http://www.infoleg.gob.ar>. 15 de octubre de 2015.
- Ley sobre el Contrato de Seguro. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935. Cámara de Diputados del H. <http://www.diputados.gob.mx>. 15 de octubre de 2015.
- López Areválo, William. 2007. "El Juicio Ejecutivo" Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia. Quito. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición.
- Mendoza Vargas, Janne Karime y García Echeverría Claudia. 2009. El Seguro de Cumplimiento y la Contratación Pública. Bogotá. Leyer.
- Molina Bello, Manuel. 1994. La Fianza. Cómo garantizar sus obligaciones con terceros. México. Editorial Mc Graw Hill.
- Morán Sarmiento, Rubén. Derecho Procesal Civil Práctico. Tomo I, Segunda Edición.
- Novoa Flor, Juan Carlos. 2014. El Derecho de Seguros en el Ecuador. Loja. UTPL Escuela de Ciencias Jurídicas.
- Peña Triviño, Eduardo. 2003. Manual de Derecho de Seguros. Guayaquil: Edino.
- Peña Triviño, Eduardo. 2012. Manual de Derecho de Seguros. Guayaquil: Edino.
- Reglamento General de Seguros. Fiel Web Ediciones Legales. www.fielweb.com.
- Ramírez Romero, Carlos. 2015. Principales Cuestiones acerca del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuesta. Quito. Corte Nacional de Justicia.
- Revista Judicial. Derecho Ecuador. www.derechoecuador.com. 21 de octubre de 2015.
- Somarriva U., Manuel. Tratados de las Cauciones. Chile. Editorial Jurídica EDIAR ConoSur Ltda.
- Tama, Manuel. 2014. La Letra de Cambio, El Pagaré a la orden y El Cheque. Guayaquil. Murillo Editores.