



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**Trabajo de Titulación Examen Complexivo para la obtención
del grado de Magister en Derecho Procesal**

**Vías Procesales para la ejecución del seguro de fianza en
la legislación ecuatoriana.**

Autor: Dr. Gabriel Mármol Blum

2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Dr. Gabriel Mármol Blum**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Procesal**.

REVISORES

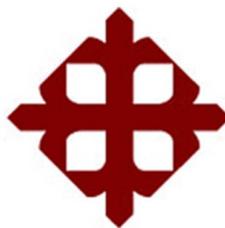
Dr. Francisco Obando Freire

Dra. Teresa Nuques Martínez

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velázquez

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Dr. Gabriel Mármol Blum

DECLARO QUE:

El examen complejo: Vías Procesales para la ejecución del seguro de fianza en la legislación ecuatoriana previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2017

EL AUTOR

Dr. Gabriel Mármol Blum



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

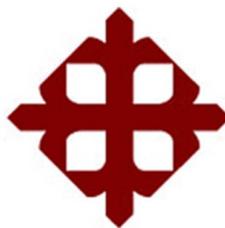
Yo, Dr. Gabriel Mármol Blum

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo “Vías Procesales para la ejecución del seguro de fianza en la legislación ecuatoriana” cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2017

EL AUTOR:

Dr. Gabriel Mármol Blum



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

URKUND

Documento: [Examen Complejivo Derecho Procesal Gabriel Marmol Feb 22 \(Reparado\) \(2\).docx \(024738206\)](#)

Presentado: 2017-01-05 13:06 (-05:00)

Presentado por: Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obando@hotmail.com)

Recibido: santiago.velazquez.ucsg@analysis.urkund.com

Mensaje: RV: Proceso de Titulación. [Mostrar el mensaje completo](#)

4% de esta aprox. 37 páginas de documentos largos se componen de texto presente en 5 fuentes.

Lista de fuentes: Bloques

Categoría	Enlace/hombre de archivo	
	http://www.alfonsozambano.com/memorias/estudiantes/comision1/Ponencia11.doc	<input checked="" type="checkbox"/>
	http://www.seguridadpublica.es/2010/12/et-procedimiento-administrativo-concepto-natural...	<input checked="" type="checkbox"/>
	http://gardillo.com/pdf_tomo4/tomo4.pdf	<input checked="" type="checkbox"/>
	http://derechoia2011.blogspot.com/2011/06/derecho-administrativo-funcion.html	<input checked="" type="checkbox"/>
	http://www.gardillo.com/pdf_tomol/kapituloX.pdf	<input checked="" type="checkbox"/>
Fuentes alternativas		

Fuente externa: <http://repositorio.espe.edu.ec/bitstream/21000/1908/2/T-ESPE-026816.pdf>

ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los diecisiete días del mes de enero del año 2016

EL AUTOR

_____ Dr. Gabriel Mármol Elum

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL SISTEMA DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

AUTORIZACIÓN

Yo, Dr. Gabriel Mármol Elum

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del examen complejo "Vías Procesales para la ejecución del seguro de fianza en la legislación ecuatoriana" cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y

AGRADECIMIENTO

A mis hijos, a mi familia y a Seguros Confianza S.A. quienes me han impulsado en mi vida profesional y académica.

DEDICATORIA

A mis hijos, con el esfuerzo y cariño de siempre.

A mi familia y a todos aquellos que contribuyeron con mi aprendizaje del
Derecho.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	x
CAPÍTULO I.....	1
INTRODUCCIÓN	1
OBJETO DE ESTUDIO	2
CAMPO DE ACCIÓN	3
PROBLEMA	3
JUSTIFICACIÓN	3
OBJETIVO	4
OBJETIVO GENERAL	4
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	4
PREMISA.....	4
CAPÍTULO II.....	5
DESARROLLO	5
MARCO DOCTRINAL	5
SUPUESTOS PARADIGMÁTICOS (EPISTEMOLOGIA).....	5
TEORÍAS GENERALES.....	7
TEORÍAS SUSTANTIVAS.....	12
REFERENCIAS EMPÍRICOS.....	30
MARCO METODOLOGICO.....	31
METODOLOGÍA	31
MÉTODO	32
CATEGORÍAS Y DIMENSIONES ANALÍTICAS.....	32
GESTIÓN DE DATOS	45

CRITERIOS ÉTICOS	47
RESULTADOS Y ARGUMENTOS	47
PROPUESTA VALIDADA POR EXPERTOS	48
PROPUESTA	48
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	55
ANEXOS	59

RESUMEN

El presente trabajo tiene su enfoque desde el derecho procesal administrativo, relacionado con el derecho de seguros particularmente en sede administrativa y el principio del debido proceso, como principio transversal del sistema procesal ecuatoriano. Este estudio se propone determinar los problemas en la ejecución de las pólizas de seguro de fianza por los beneficiarios del sector público, a formular un procedimiento administrativo que cumpla con el principio del debido proceso, a efecto de que no se mermen los derechos de las partes contratantes del seguro de fianza y particularmente se proceda a sanciones administrativas que inclusive pueden llegar a la liquidación de una compañía aseguradora o la quiebra de una empresa contratista. Al respecto se propone una reforma al recientemente expedido Código Orgánico Monetario y Financiero y a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Palabras claves: Derecho Procesal Administrativo- Derecho al debido proceso administrativo-Abuso del Derecho.

ABSTRACT

The present work has its approach from the administrative procedural right, related to the right of insurances particularly in administrative seat and the principle of the had process, like cross-sectional principle of the Ecuadorian procedural system. This study sets out to as much determine the problems in the execution of the insurance policies of guarantee by the beneficiaries of the public sector, to formulate an administrative procedure that fulfills the principle of the had process, to effect of which the rights of the contracting parts of the guarantee insurance are not decreased and particularly it is come to administrative sanctions that inclusively can arrive at the liquidation from an insuring company or the bankruptcy from a company contractor.

Key words: Procedural straight Administrative Right to the had administrative-Abuse process of the Right.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico establece varias vías por las cuales se pueden ejecutar las pólizas de seguros en el país, sean estas por juicio verbal sumario o ejecutivo ante los jueces civiles; sea por arbitraje contractual o por la vía administrativa. En el caso de las pólizas de seguro de fianza, estas pueden ser otorgadas por las aseguradoras para amparar obligaciones tanto del sector público como privado; en el primer caso se sigue el procedimiento administrativo señalado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el segundo lo dispuesto art. 42 de la Ley General de Seguros, recientemente reformado por el Código Orgánico Monetario y Financiero, que faculta al asegurado a presentar ante la Superintendencia de Bancos y Seguros un reclamo administrativo, con el fin de ejecutar la ejecución de la póliza de seguros cuando la empresa aseguradora ha objetado el pago de la indemnización o no lo ha realizado dentro del plazo de 30 días.

También contempla la prohibición a las aseguradoras exigir documentación adicional o trámite, en el caso de ejecución de la póliza de fiel cumplimiento y del buen uso del anticipo del sector público, como consecuencia de la declaratoria de terminación unilateral del contrato sometido al régimen de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, que fueron otorgadas en garantía de dichos contratos a favor de las empresas estatales. Estos procedimientos son muy controvertidos en la praxis, pues vulneran el principio del debido proceso que trasciende en el ordenamiento jurídico en detrimento de los derechos de las partes.

El cuestionamiento formal se configura sobre inicialmente sobre la competencia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en la actualidad y anteriormente con la Superintendencia de Bancos y Seguros, para conocer el fondo de las controversias surgida entre los privados, cuyas obligaciones y derechos nacen del vínculo jurídico de libre voluntad plasmada en una convención de seguros, que es regulado por los principios y normas el Derecho Privado; y particularmente con el

procedimiento administrativo para ejecutar las pólizas de seguro de fianza por parte del sector público en sede administrativa.

El organismo de control, al *dirimir* las divergencias surgidas entre el asegurado o beneficiario y la empresa aseguradora, no solo contraría el principio de la unidad jurisdiccional, al no poder asimilarse la competencia de los jueces de derecho para analizar los fundamentos de las objeciones, y si están o no conforme a derecho; sino que viola el mandato constitucional que enviste a los órganos investidos de poder jurisdiccional los que tienen la facultad de hacer justicia; puesto que la función propia de los organismos de control es procurar y velar para el mejor funcionamiento de los servicios de seguros y no para el restablecimiento del orden jurídico que es el fin de los jueces.

La calificación de los fundamentos de hecho y derecho de los descargos presentados por la aseguradora, por provenir de un contrato de naturaleza comercial sujeto a normas de interpretación y a principios del derecho comercial como al procesal en cuanto a un medio adecuado para discutir en Derecho, las posiciones de las partes contratantes significa por un lado: la incompetencia de la Superintendencia de Compañía, Valores y Seguros para ordenar, producir y valorar pruebas dentro de este procedimiento.

Y por otro lado desde un punto de vista adjetivo, la insuficiencia del procedimiento administrativo para resolver litigios de carácter contractual de seguros. El problema de aplicación referido en el presente proyecto de investigación se inicia con la competencia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y del anterior órgano de control que fue la Superintendencia de Bancos y Seguros, así como una propuesta encaminada a proponer una reforma al recientemente expedido Código Orgánico Monetario y Financiero como a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en lo referente al procedimiento administrativo de ejecución del seguro de fianza.

OBJETO DE ESTUDIO

Derecho Procesal

CAMPO DE ACCIÓN

Derecho Procesal Administrativo en materia de Seguros

PROBLEMA

Este proyecto se plantea como problema de estudio la realidad que enfrentan tanto las aseguradoras como los contratistas de obras públicas, de contar con un procedimiento administrativo que respete sus derechos del debido en sede administrativa tanto dentro del procedimiento de terminación unilateral del contrato como en el trámite de ejecución de las garantías ante el organismo de control; y plantea como solución al problema la reforma a dichos procedimientos mediante la reforma al artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública así tal al reformado artículo 42 de la Ley General de Seguros por el Código Orgánico Monetario y Financiero.

JUSTIFICACIÓN

El Procedimiento Administrativo de ejecución de pólizas de los seguros de fianzas en el Ecuador, no se encuentran agotados, estos carecen de un desarrollo teórico, a pesar de haberse publicado algunos ensayos, estudios o tesis al respecto; por lo que aún sigue existiendo una gran falta de conocimiento de este problema jurídico. Por lo consiguiente, existe la necesidad de analizar la especialización de este sistema de procedimiento en las instancias administrativas para la ejecución de la póliza de seguros de fianzas.

Encuentra justificación en la necesidad imperiosa de afianzados o contratistas y de los garantes especialmente aseguradoras que otorgan fianzas para amparar los contratos que celebra el Estado con los particulares al tenor de lo contemplado dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que intervienen en la realización de las obras públicas y en consecuencia en la satisfacción del interés general mediante la protección de sus derechos al debido proceso y por tanto a su implementación en el procedimiento en sede administrativa.

OBJETIVO

OBJETIVO GENERAL

Elaborar una propuesta de reforma del procedimiento administrativo para ejecutar las garantías otorgadas por aseguradoras para amparar contratos públicos de acuerdo a las principios del debido proceso y proponer una reforma de la legislación.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar los referentes teóricos del derecho procesal administrativo en materia de seguros y contratación pública en cuanto a su naturaleza, fundamento y legalidad de los procedimientos administrativos de ejecución de garantías contractuales para amparar contratos públicos establecidos en la ley.
- Analizar la jurisdicción y competencia de los órganos ejecutores de los procedimientos administrativos de ejecución de la póliza.
- Determinar las causas que podrían dar lugar a las violaciones del debido proceso en la vía administrativa para la ejecución de las pólizas de seguros.
- Describir el procedimiento administrativo de la terminación unilateral del contrato que motiva la ejecución de las garantías en el sector público.
- Elaborar propuesta de reforma al procedimiento administrativo contemplado en el artículo 42 de la Ley General de Seguros para proteger los derechos al debido proceso y la tutela judicial efectiva de los contratistas y los que otorgan garantías para amparar obligaciones contractuales.
- En consecuencia, promover una reforma parcial del Código Orgánico Monetario y Financiero en lo referente al procedimiento administrativo de ejecución de las pólizas del seguros de fianza otorgadas a favor del sector público.

PREMISA

En base al análisis de categorías de ausencia normativa, de la incompetencia del organismo de control y la inaplicación del principio del debido proceso, se elabora una propuesta de reforma al Código Orgánico Monetario y Financiero en lo referente al procedimiento administrativo de ejecución de las pólizas de los seguros de fianza otorgadas a favor del sector público, en sede administrativa.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

MARCO DOCTRINAL

SUPUESTOS PARADIGMÁTICOS (EPISTOMOLOGIA)

La Constitución proclamó que el Ecuador es un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, así mismo se reconoció el modelo llamado *garantismo* mediante el cual todos los derechos están amparados y deben ser respetados por servidores públicos y jueces. Además, que no solo se debe cumplir en la fundamentación de las resoluciones con la legalidad *formal* basada en el cumplimiento de normas de procedimiento sino de *contenidos*, siempre vinculados a principios, valores y el uso de técnicas tendientes a la protección de derechos.

La Constitución es por lo tanto de aplicación inmediata por parte de cualquier autoridad, funcionario o servidor público y en armonía con ella; caso contrario carecería de validez cualquier actuación que atente a los derechos fundamentales proclamados en ella. La argumentación como técnica debe ser aplicada celosamente no solo por los operadores de justicia, sino además por todos los servidores públicos; es decir, todos ellos deben tomar decisiones debidamente razonadas y de contenido. El poder normativo del Estado sin duda afecta y regula las conductas de los ciudadanos y por tanto la forma como deben desarrollar su vida, guarda relación con la interpretación de las normas que determinan *lo prohibido, lo que está permitido y lo que debe ser obedecido*. Todos los ciudadanos deben acatarla, puesto que están sometidos al Derecho.

Además de las reglas en la esfera jurídica, existen principios y valores aplicables. Ya no es posible para interpretar alguna norma de interés, aplicar métodos gramaticales o ceñirse a la letra de la ley. Tampoco solamente recurrir a las técnicas del *positivismo*, interpretar las variadas situaciones jurídicas recurriendo a la

vara de la interpretación literal o *invocar su espíritu* como justa medida de lo que quiso decir el legislador para desentrañar el contenido de una norma.

Hoy el sistema jurídico evolucionó, las antinomias (contradicciones) no solo se resuelven con la subsunción de la hipótesis al caso específico, usando los viejos criterios de especialidad, antigüedad y jerarquía. Y las anomias (lagunas) mediante la proclama de que todo lo no prohibido está permitido en lo privado o todo lo que está permitido únicamente pueden ser aplicadas en lo público. Hoy nuevos métodos como la ponderación adquieren suma importancia en la interpretación como en la aplicación de las normas jurídicas.

El Estado Constitucional de derechos supera la versión del Estado legal de derechos basado en el positivismo, poniendo énfasis en la división de poderes y de un Tribunal Constitucional, garante de los derechos fundamentales como eje del sistema jurídico en base a la coexistencia de principios y reglas, los primeros pasan a ser de aplicación directa, la presencia de los derechos fundamentales mediante la protección absoluta de los mismos inclusive frente a las normas, lo que obliga a que los argumentos en consecuencia deben ser debidamente sustentados y también justificados en base a la argumentación jurídica; y el control de convencionalidad mediante el reconocimiento en la cima del bloque de constitucionalidad de los tratados en materia de derecho fundamentales. Esta nueva corriente encuentra su fundamento en el llamado *neoconstitucionalismo*.

Esta nueva corriente impacta todo el sistema jurídico como lo sostuvo Carbonell (2010) donde indica que “la influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con particulares (...)”. (p. 34)

Desde el punto de vista de Paolo Comanducci citado por, Cárdenas Gracia (2007) “el Neoconstitucionalismo es una ideología, una metodología y una teoría.” (p. 39), la primera porque pone énfasis en la limitación del poder estatal para garantizar plena y extensivamente los derechos humanos y es así que autores como Ferrajoli o Alexy, basan su teoría jurídica en la garantía de los derechos. En cuanto a metodología porque los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un vínculo entre el derecho y la moral como lo sostiene Dworkin. Y en cuanto a teoría porque adoptan un modelo axiológico y no solo descriptivo.

También es importante señalar el modelo jurídico llamado garantismo construido por Ferrajoli, que encuentra en el Estado Constitucional su desarrollo, puesto que los funcionarios públicos y los jueces están obligados a garantizar los derechos fundamentales, ente aquellos, la de contratistas y afianzados en el marco del seguro de fianza. El garantismo es concebido tanto como una teoría jurídica como filosofía por cuanto las normas para que sean válidas no solo deben tener su origen en la competencia de la autoridad que las emite y en el procedimiento sino en el respeto a las normas fundamentadas en el sistema constitucional en cuanto a las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y la satisfacción de los derechos sociales.

TEORÍAS GENERALES

En el marco jurídico donde se desarrollan los riesgos protegidos por el seguro de fianza, es decir, en la contratación pública como privada son aplicables los derechos fundamentales, así el derecho de acceder a los jueces, en caso de una resolución administrativa que adolezca de ilegalidad o nulidad pueda ser llevada en este caso al contencioso administrativo es igualmente aplicable en todo procedimiento administrativo. En efecto el derecho a la tutela judicial efectiva forma parte de las garantías fundamentales judiciales.

Necesariamente el acceso a la justicia forma parte de los requisitos para tener un juicio justo si se impide llegar al órgano judicial no se podría hablar de protección efectiva de derechos humanos, no solo en cuanto al acceso sino a un tribunal competente, independiente e imparcial como así lo sostienen textos jurídicos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles en su art. 7, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6 (Zambrano, 2005, p. 8).

Según estos preceptos tanto en el procedimiento administrativo como en el judicial se debe observar: el derecho a ser escuchado, el plazo conveniente, el juez natural, jurisdicción establecida por ley, autonomía, ecuanimidad; estos son facultades tantos del afianzado como del garante contractual.

Acceso a la Jurisdicción.- El derecho de acción es un derecho abstracto, es el derecho acceder al órgano jurisdiccional para pedir tutela, poner en movimiento al sistema jurisdiccional. Es de libre acceso para todo aquel que quiera hacer valer una pretensión o solicitar la protección de un derecho, caso contrario nos encontraríamos ante un caso flagrante de negación de justicia. Además, todo individuo tiene derecho a ser oído para resolución de sus controversias, con las garantías debidas y un tribunal competente, independiente e imparcial. El ser oído implica que nadie pueda impedir el ejercicio de las acciones de garantía por los particulares cuando se produzcan hechos que amenacen o violen sus derechos constitucionales.

Derecho a un tribunal competente.- Otro principio fundamental del debido proceso tiene que ver con el tribunal competente, no solo por razones de cuantía o territorio sino que principalmente con la jurisdicción determinada por ley o juez natural.

El derecho al plazo razonable.- La valoración razonable de tiempo a disposición del magistrado para emitir sentencia, así como la proporcionalidad del tiempo que la complejidad que el caso requiera, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

La presunción de inocencia.- El artículo 8 en su inciso 2 de la Convención Americana de Derechos humanos establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca lo contrario.

El derecho de defensa.- Las garantías que permiten asegurar el derecho de defensa en el marco de los procesos penales.

Derecho a la doble instancia.- Toda persona tiene derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. La pluralidad de instancias es un derecho que a

efectos de garantizar la sujeción a derecho del fallo se recurre a una instancia inmediata superior con el fin de que confirme o revoque la sentencia y genere cosa juzgada.

Prohibición del *bis in idem*.- No se puede volver a juzgar al mismo sujeto por los mismos hechos.

Publicidad del proceso.- El control social de la actividad jurisdiccional así como la participación de los ciudadanos en materia judicial, evita procesos secretos, sirviendo de garantía contra cualquier omisión al debido proceso. (Zambrano, 2005, p. 8 - 11)

El debido procedimiento constituye el conjunto de garantías indispensables para que un proceso pueda ser considerado justo; que se constituye por varios derechos que lo integran como, el derecho al juez natural, la doble instancia, el derecho a la defensa y la motivación de las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa.

Igualmente, estas garantías deben aplicarse en el procedimiento administrativo tanto en la parte formal con el cumplimiento de formalidades conforme al procedimiento establecido en la ley, y por la realizarse en base a criterio de razonabilidad, proporcionalidad, equidad que permitan resolver conflictos y constituir la paz como valores sociales; es decir; que *el debido procedimiento* debe ser una garantía que gozan todos los administrados, en la parte formal y material para exponer argumentos, pruebas y exigir decisión motivada y conforme a derecho, entre los cuales que se amparan, consta el derecho a ser oído, por lo cual la administración no puede decidir sin escuchar a la parte interesada; el derecho a la prueba, a ofrecer y producir prueba.

A que la misma sea dentro de un plazo razonable y que sea fundada, esta garantía debe estar presente tanto el reclamo administrativo para la ejecución de la póliza de seguro de fianza, tanto del sector privado, como el procedimiento de terminación unilateral del contrato que da origen al cobro de las garantías en el sector público. En ese orden, como lo sostuvo Gonzalez Alvarez (2013) se diferencia entre tutela jurisdiccional y efectividad de los derechos, puesto que se entiende que la garantía

está vinculada a la efectividad o realización, más que a la tutela o defensa, de tal manera que el *garantismo* no es sino *efectivismo* de derechos, que es la realización o efectividad de los derechos.

EL PRINCIPIO DE DEFENSA O DEL DEBIDO PROCESO

La garantía de defensa o del debido proceso encuentra su sustento en la protección que da la Carta Magna al disponer que “nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa”. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Incluye además varios derechos:

a) **Ser escuchado.**- Permite a los administrados exponer sus razones por lo que debe existir un mundo publicidad del procedimiento; oportunamente se deben expresar los argumentos antes y después de la emisión del acto administrativo, interponiendo recursos; el derecho a ser patrocinado y representado profesionalmente. Garantizado el “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 76 numeral 7 literal c)

b) **Ofrecer y reproducir prueba.**- La administración tiene la obligación de realizar las diligencias necesarias para averiguar la verdad de los hechos que fundamenten su decisión, sin perjuicio de que los administrados puedan ofrecer y reproducir prueba pertinente. Para que este derecho se pueda concretar es necesario que toda prueba razonable sea producida; que la producción se realice antes que se adopte la decisión; y permitir el control de la producción de la prueba por parte de la administración conforme lo dispone es “presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

c) **La fundamentación de las decisiones.**- Incluye criterio de eficacia administrativa y de eficacia política; por lo que debe de existir una consideración expresa de los argumentos y de las cuestiones propuestas. Es obligación de la

administración decidir expresamente las peticiones y fundar sus decisiones. La Constitución establece:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundan y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

d) **Impugnar la decisión.-** El debido proceso y el derecho a la defensa como parte de aquel exigen que no se prohíba u obstaculice con limitaciones extracontractuales o inconstitucionales las posibilidades de poder impugnar las decisiones administrativas por vía judicial. Garantizado en “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

El artículo 75 de la Constitución reconoce que “toda persona tiene derecho al acceso gratuito de la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses (...)” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Sin embargo este mandato parece sufrir límites cuando en materia de ejecución de pólizas de seguro, cuando se decide en sede administrativa su pago. Asimilando el órgano de control su funciones a las jurisdiccionales. Esto ha dado lugar a enconados debates inclusive en la doctrina, pues que se considera que la administración no ejerce funciones jurisdiccionales en sentido jurídico estricto, y por tal aquella denominación de *jurisdicción administrativa* es una contradicción lógica, que arroja dudas sobre la naturaleza de la función administrativa.

TEORÍAS SUSTANTIVAS

LA DIVISION DE FUNCIONES DEL ESTADO.

La división de Poderes se encuentra en el *Titulo IV: Participación y Organización del Poder*, de la Carta Magna que las divide en: Función Legislativa: desde el artículo 118 hasta el 140; Función Ejecutiva: desde el 141 al 166; Función Judicial y Justicia Indígena: desde el art. 167 al 203; Función de Transparencia y Control Social: artículos 204 al 216; y, Función Electoral; art. 217 al 224. Son funciones distintas y claramente diferentes, con obedecen a varias razones inclusive históricas, que responden a varios interrogantes propios de la tensión del poder con el Derecho, como en efecto lo sostuvo Dromi (2006):

Las diferencias específicas de las funciones, por las que se canaliza y exterioriza el ejercicio del poder, son consecuencia de aspectos sustantivos, orgánicos y procesales. Los *aspectos sustantivos* responden a la pregunta *qué*, y forman la naturaleza o contenido esencial de la actividad pública que ejercerá dicha función; los *aspectos orgánicos*, (*quién?*) son los que determinan al órgano o sujeto que cumplirá la función designada. Los aspectos procesales (*cómo?*) especifican el modo de preparación de los procedimientos y exteriorización de actos, que comprende los procedimientos de formación y manifestación de los actos del poder (p. 95)

Así, en la teoría cada órgano debe de tener a su cargo una sola función del Estado; por ejemplo la Función Jurisdiccional dirime los conflictos de intereses que alteran o pueden alterar el orden social; la función Legislativa es la encargada de elaborar o crear Derecho mediante normas jurídicas generales; la función gubernativa es la que determina las directrices de orientación política mediante la gestión de asuntos importantes para la sociedad; la Función Administrativa objetivamente es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, sin importar el órgano que la realice mientras sea de ejecución concreta y práctica.

Sin embargo en la práctica no existe tal perfección, ya que cada función no se puede limitar a las facultades que le corresponden, y en consecuencia existen órganos administrativos que realizan funciones administrativas pero también funciones legislativas y jurisdiccionales, en consecuencia surgen dificultades cuando se trata de definir las actividades de los propios órganos administrativos, quienes realizan actos materialmente similares al acto legislativo cuando emiten un reglamento; y actos jurisdiccionales cuando deciden recursos jerárquicos presentada por los administrados contra actos de órganos inferiores. Por ello se han desarrollado criterios para poder conceptualizar a la función administrativa, en una búsqueda desde la ciencia del Derecho que permiten explicar este fenómeno político, así esgrime mediante la teoría orgánica “que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo” (Gordillo, 2013, p. 8).

La teoría residual o negativa pregonada dice “que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislativa y jurisdicción” (Gordillo, 2013, p. 8). La teoría material ha tenido muchos partidarios entre los que destaca, la de Marienhoff al definirla como: “la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran” (Gordillo, 2013, p. 8).

En un análisis a estas teorías se observa que: la *orgánica* no es suficiente para explicar todos los actos de la administración; la teoría *residual* no resuelve en nada los problemas planteados en la praxis; y, la teoría material en cierta forma nos da idea de lo que es la administración, a pesar de la imprecisión de sus conceptos. Por lo que ninguno de aquellos juicios es completo para diferenciar las funciones del Estado dado que a) constan hechos ciertamente legislativos que son orgánicamente administrativos, como por ejemplo los reglamentos; b) los actos materialmente administrativos que son orgánicamente legislativos, tal como la investigación, pedir informes, autorizaciones etc.; c) los actos materialmente administrativos que son orgánicamente judiciales como la remoción de empleados iniciales; y, d) los actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos. (Amazonaws, 2011)

Si estos criterios son aplicados a la práctica en la función jurisdiccional es notorio que “desde el punto de vista material u objetivo, podemos considerarla como la decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes” (Gordillo, Tratado, 2013, p. 14) en la cual se está estudiando desde un punto de vista de función; donde el precepto jurídicamente inherente de la Función Jurisdiccional reside en que el resultado otorgue ser definitivo y, esencialmente sea formulada por un organismo ecuánime e independiente. En algunas ocasiones la ley faculta al Poder Ejecutivo para realizar actividades de solución de “controversias entre particulares, o entre ella misma y los particulares”, (Gordillo, 2013, p. 14) sin embargo esta actividad que realiza “el Poder Ejecutivo es semejante, materialmente, a la actividad jurisdiccional”, (Gordillo, 2013, p. 14) pero no poseen el mismo régimen jurídico.

Por otra parte doctrinarios como Padigua (2010) quien sostuvo que los mandatos de la Constitución dirigen a los poderes públicos los cuales no se pueden reducir al modelo estrecho de la teoría de la división de poderes, ya que éste ha sido ampliamente desbordado en la realidad. El Estado interventor lleva a cabo un extraordinario conjunto de actividades en consonancia con los mandatos constitucionales, porque lo que le sucede a los ciudadanos difícilmente escapa a la competencia o responsabilidad directa o indirecta de los estados contemporáneos.

LA POSTESTAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA.

Para entender su naturaleza es necesario comprender que la evolución de la administración ha sido el derecho del poder; su evolución histórica ha estado en función de la historia de la evolución del poder; la administración es una estructura orgánica, compuesta por el aparato administrativo o la administración públicas siendo principalmente con la función ejecutiva con la que se equipara ya que por medio de ella se realiza la mayor parte de los fines estatales.

En razón de aquello la actividad teológica de la administración se despliega a través de tres vías principales: la intervención, el fomento y el servicio público. Por lo que la función administrativa posee un amplio número de actividades públicas: el dictado de normas jurídicas generales como los reglamentos o individuales como los actos administrativos; actuaciones materiales en la ejecución de decisiones para satisfacer las necesidades públicas mediante el hecho administrativo; la certificación

de hechos jurídicamente relevante como los registros, transcripciones, certificaciones de actas; la constitución, modificación, extinción de las relaciones entre los particulares; consultas; control preventivo de legitimidad que los órganos estatales; la efectiva realización de los intereses. La administración pública tiene principios y misiones atribuidas constitucionalmente con un *mandato de potestad* para que puedan afrontar dichas misiones encomendadas; asimismo el ordenamiento jurídico le otorga técnicas e instrumentos de los que dispone la administración pública para el ejercicio de las potestades.

Las potestades son atribuidas por la Constitución, y el ordenamiento jurídico a la Administración, sin embargo debido a la gran cantidad de potestades administrativas que se encuentran en la legislación es difícil poder enunciarlas; estas deben estar sometida al principio de legalidad, ya que la administración sólo puede ejercer lo que se le ha permitido por ley. Esto significa que la atribución de potestades debe ser expresa y específica sea en la Constitución o en las leyes de donde se puede realizar la siguiente clasificación:

Las potestades reguladas son una constatación del supuesto hecho contemplado en la norma en toda su complejidad y la aplicación automática de la consecuencia jurídica que también se encuentra prevista en el ordenamiento. **Las potestades discrecionales** son aquellas que crean un marco exento de aplicaciones automáticas en que la administración tiene que hacer un juicio subjetivo en busca del interés público. **La potestad reglamentaria** surge de la Carta Magna y confiere el poder de dictar reglamentos a la administración y al gobierno, su límite es el subordinado a la ley. *La potestad sancionadora*, como la denominó Padigua (2010) tiene su fundamento en:

Que toda comunidad política para su correcto funcionamiento exige que sus integrantes cumplan con sus obligaciones y, en consecuencia, el incumplimiento de las mismas por los miembros de la comunidad deben permitir estos mismos que el Estado reprima al incumplidor al que pudiera llegar a imponer sanciones.
(p. 292)

Esta potestad por las garantías constitucionales deben responder a los principios non bis in ibem, al principio de proporcionalidad, de irretroactividad y de prescripción.

La potestad de autotutela reviste la característica que es necesaria para la actividad de la administración y que por tanto excluye la acción del juez; debido a que el juez no puede interferir en el momento de la declaración y por esta razón la intervención judicial sólo puede tener lugar a partir del acto administrativo. **La autotutela conservativa** de la administración pugna por la conservación de una situación preexistente que la favorece, como es la prerrogativa para interpretar contratos del sector público.

La tutela agresiva es la que persigue el cambio de una situación existente, creando situaciones nuevas o transformándolas. **La autotutela declarativa** es en la que no necesita la carga de acudir a un juicio declarativo para dotar sus actos de eficacia ejecutiva, debido a que posee la presunción de legalidad de los actos administrativos; las consecuencias jurídicas de esta presunción es que el acto se presumirá válido y producirá efecto desde la fecha en la que fueron emitidos. Por otra parte la *autotutela ejecutiva* exime a la administración de acudir un juicio ejecutivo para que sus actos se impongan coactivamente, porque lo obtiene de la propia esfera de su poder.

La autotutela administrativa en todas sus manifestaciones, no puede equipararse a una autotutela judicial, porque el ejercicio de cualquier potestad jurisdiccional exige la neutralidad e independencia de los órganos que le imparten, posición que ocupa en nuestro sistema los jueces y tribunales, y que no se da en las autoridades administrativas. Además de las actuaciones de la administración y de los jueces es diferente.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Lo que para Padigua (2010) fue uno de los instrumentos y técnicas utilizadas por las potestades (funciones) para cumplir con las misiones encomendadas por el Estado o autoridad y consagradas en la Constitución (mediante poder constitutivo) o normas; para Dromi (2006) es el instrumento por el que se viabiliza las *relaciones jurídicas administrativas*, pues la actividad estatal produce consecuencias jurídicas de modo

directo o indirecto dando como consecuencia la construcción recíproca de derechos y obligaciones entre las partes que intervienen (estado-individuos).

El procedimiento administrativo en una noción básica sería una serie de actos y diligencias que regulan el despacho de los asuntos ante la Administración Pública, sin embargo Gordillo (2012) lo definió “como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen en la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa”. (p. 20)

El Estado de Derecho para ser tal, requiere de las *solemnidades declarativas constitucionales* y también de la *implementación constitutiva- legal- procesal*, debido a que es indispensable que el ordenamiento jurídico procesal posea los medios para el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales. Pues el procedimiento administrativo es un instrumento para hacer valer los derechos e intereses de los administrados mediante la tramitación e impugnación de los actos administrativos.

El procedimiento administrativo es un instrumento de gobierno y de control que se desenvuelve en doble vía, por un carril el ejercicio del poder mediante la seguridad, la legalidad, y por otro lado, la defensa de los derechos por las sendas procesales. Cada función tiene su particular modo de exteriorizarse, con un procedimiento propio y específico que manifiesta la voluntad de ese poder, por ello es que existe un procedimiento legislativo, un proceso judicial y un procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo puede entenderse desde dos puntos de vista: un criterio *objetivo-formal* en el que se acentúa el reglamentarismo procesal ¹, la creación de procedimientos pseudo o semijurisdiccionales y la pluralidad de vías procedimentales; el segundo criterio sustantivo-material, que lo concibe como parte de la axiología política ², que debe ser enfocado desde un aspecto político, un aspecto jurídico y un aspecto técnico.

Desde el aspecto político (participación procedimental), el procedimiento administrativo es un instrumento idóneo del logro eficaz del bien común; en qué la administración y los administrados poseen recíprocamente derechos y obligaciones

¹ Y no se acentúa en imparcialidad judicial ya que, al no poseer la misma naturaleza jurisdiccional, no posee los mismos objetivos y medios que el proceso judicial.

² No es un instrumento procesal neutro.

(aspecto jurídico- relación procedimental), que tienen que estar bajo ciertas reglas técnicas ajustados a ciertas pautas que buscan la unificación, simplificación, codificación e información (aspecto técnico).

Pero Villanova (1943) clarificó que la administración pública no puede realizar todos sus actos con un mismo procedimiento, porque éste depende de una íntima relación con respecto de la materia y la diversidad de los fines administrativos. Atendiendo la finalidad del procedimiento pueden distinguirse tres clases: *el procedimiento de gestión de servicios* de interés general en el cual la administración se preocupa por organizar y garantizar la calidad de los servicios; *el procedimiento ordinario* donde la administración tiene como finalidad realizar los actos administrativos; *el procedimiento de reclamación o recurso* en los que se impugna un acto administrativo existente, pidiendo que se dicte otro que lo reforme o anule; *el procedimiento sancionador* en el que se persigue castigo del particular que infringido las disposiciones administrativas o en la que los funcionarios públicos han faltado a sus deberes; y *el procedimiento ejecutivo o de apremio*.

LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Dromi (2006) en su Tratado de Derecho Administrativo pregonó que “los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo son pautas directrices que defienden su esencia y justifican su existencia, que permitiendo explicar más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, su porque y su para que”. (p. 1170) La transgresión sea para regular o aplicar los principios traen como consecuencia la lesión jurídica como un efecto de nulidad en lo jurídico y de desviación del poder en lo político.

A esto acotó Olvera (2000) “el derecho se compone tanto de realidad se compone tanto de realidad como de valores y norma. Los principios o valores representan proposiciones jurídicas o directivas, pero no tiene un desarrollo normativo”. (p. 3) Por lo que este autor considera que los principios son criterios fundamentales en sí mismos, y que sirven para darle el sentido de justicia a las normas jurídicas.

Es por eso que para Olvera (2000) “los valores o principios jurídicos son más importantes que las normas; que está no se pueden contradecir, en la solución del caso” (p. 3) entonces esclarece que los principios que conllevan al sistema legal son implícitamente contenidos en el mismo; y su aplicación significa aplicar el espíritu de las leyes en consecuencia la ley misma; es así como entrada en vigencia la ley, entran en vigencia los principios.

Espíndola (2010) nos dice que “los principios generales del derecho son las premisas fundamentales jurídicas que buscan, con su aplicación, la justicia, la equidad, el bien común, el bienestar social”, (p. 4) es por ello que se encuentran en un nivel jerárquico superior a los demás elementos del sistema; qué es lo que permite que sea una garantía individual. Los principios generales del Procedimiento Administrativo se pueden encontrar consagrados en la Constitución, o en las leyes; sin embargo cualquier principio general, que sea congruente con el sistema mismo, debe ser empleado por fines hermenéuticos o de integración.

Dromi (2006) ha clasificado a los principios del procedimiento en:

Los principios sustanciales:

- Legalidad
- Transparencia
- Defensa
- Gratuidad

Los principios formales:

- Oficialidad
- Simplicidad
- Informalismo
- Eficacia

Olvera (2000) en su obra detalla que existen principios fundamentales, que se constituyen en la base del ordenamiento; y existen principios institucionales, que surgen de una determinada institución para cumplir con su idea organizativa y los clasifica en:

- El carácter contradictorio del procedimiento administrativo
- El principio de economía procesal.
- El principio indubio pro actione
- El principio de oficialidad
- Exigencia de legitimación
- La imparcialidad en el procedimiento administrativo
- La tensión publicidad-secreto en el procedimiento administrativo

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio se sintetiza en la frase: “las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite”. (Olvera, 2000, p. 8) Es por eso que este precepto sólo considera la columna vertebral de todas las actuaciones administrativas, ya que obliga a la administración pública a someterse al sistema jurídico vigente, ajustando sus actuaciones a una ley preexistente, so pena de violar alguna garantía.

El principio de legalidad se encuentra consagrado en la Constitución del Ecuador:

Artículo 226.- Las instituciones del Estado su organismos, dependencias, las servidoras y los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar las acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Implica que las autoridades administrativas no pueden fundamentarse, a falta de ley expresa, en sus potestades discrecionales, para el ejercicio de sus funciones, porque de lo contrario caerían en una *extralimitación*, que acarrearía la inseguridad jurídica y la violación de las garantías propias.

La legalidad no implica la convivencia dentro de cualquier ley, sino de una ley que produzca dentro de la Constitución y con garantías plenas de los derechos fundamentales, es decir, no se vale cualquier contenido de la ley sino sólo aquel contenido que sea conforme con la Constitución y los derechos humanos. (Olvera, 2000, p. 10)

Dromi (2006) determinó que debe de existir la concurrencia de las siguientes cuatro condiciones: “1) delimitación de su aplicación (reserva legal); 2) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto; y, 4) precisión de los poderes que la norma confiere” (p. 1173). Por lo que el principio de legalidad administrativa está integrada por:

- a) **Normativa jurídica.-** Todas las actividades administrativas deben fundamentarse en normas vigentes; sin importar su jerarquía con su fuente, es decir de la totalidad del ordenamiento jurídico.
- b) **Jerarquía normativa.-** Una norma o al demandado de un órgano inferior podrá dejar sin efecto lo dispuesto por uno superior; por qué esto significa la unidad del sistema y el normal desenvolvimiento del orden jurídico
- c) **Igualdad jurídica.-** Comprende no conceder prerrogativas o privilegios a unos y negarle arbitrariamente derechos a otros; pesar de existir un carácter contradictorio entre la administración y el administrado este último debe de tener una participación igualitaria a los intereses, so pena de ilegitimidad de la decisión, ya que está afectada por la imparcialidad.
- d) **Razonabilidad.-** Todo acto administrativo debe estar fundamentado en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo cause. Deben de ser lógicos y proporcionados entre el antecedente que lo causó y su consecuencia; entre el objeto y el fin; por ello es necesario que el la administración valore razonablemente las circunstancias del hecho.
- e) **Control judicial.-** Es la capacidad que posee el ordenamiento jurídico de exigir la justicia habilidad de los actos administrativos.

Olvera (2000) describió el principio de la legalidad objetiva como “el apego a la irrazonabilidad de la forma reglamentaria, como supuesto cumplimiento de la ley”, (p. 11) a lo que acota Olvera (2000) al referirse este principio es el precepto de un hecho o resultado administrativa en la que se hayan extenuado todas las manera por investigar las acciones donde determinen al accionar, y que estas acciones estén en concordancia con verdaderamente acaecido, para aclarar una apropiada correlación entre la norma y los hechos, donde:

El principio de la legalidad objetiva es la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos en el constitucional y supranacional, por encima de los frecuentes desvaríos de la norma reglamentaria o del acto o comportamiento del administrativo. (Olvera, 2000, p. 11)

TERMINACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS

La terminación unilateral de los contratos administrativos es una figura muy singular propia del Derecho Administrativo. Gallegos (1995) aporta a la teoría explicando que la naturaleza jurídica de la terminación unilateral de los contratos administrativos es una prerrogativa de la administración de terminar el contrato debido al incumplimiento imputable al contratante.

Existen dos teorías para explicar la terminación unilateral del contrato administrativo; una corriente que se origina de la Teoría General del Estado y del Derecho Administrativo para esgrimir que el ejercicio del poder público en busca del bien común se debe de manifestar en cláusulas exorbitantes; y la segunda corriente que responde una visión civilista. La resolución es la figura que más se parece a la terminación unilateral, aunque existe la diferencia de que mientras la una es una acción que se demanda ante los jueces, la otra es una potestad que permite a la administración obrar por sí sola, por propia autoridad.

La potestad resolutoria es una prerrogativa que permite a la administración declarar la terminación unilateral del contrato administrativo por razones incumplimiento imputable al contratista. Por tratarse de una potestad, reviste un carácter de indelegable e irrenunciable, tornando su aplicación obligatoria y no

facultativa. Por lo que está caracterizada por ser una cláusula exorbitante de derecho común, fundamentada en la teoría del ejercicio del poder público sus prerrogativas.

EL RECLAMO ADMINISTRATIVO

El ordenamiento jurídico obliga a la administración a cumplir su misión dentro del marco de los derechos, por lo que con frecuencia se producen conflictos por actos emitidos por los órganos administrativos, que los particulares consideran ilegales y que lesionan sus derechos legítimos. El administrado entonces ejercerá su derecho dentro del respectivo recurso administrativo, para lograr obtener la revocatoria o la reforma del acto administrativo que considera lesivo para sus derechos.

La administración al otorgar la protección a las situaciones jurídicas subjetivas de los individuos, mediante el control de la legalidad, fiscaliza los actos administrativos a través de sus órganos de régimen jerárquico, que lo pueden cumplir de oficio o a petición de parte. Si se lo realiza de oficio es un autocontrol administrativo donde fácilmente pueden extinguirse o reformarse los actos administrativos que se aparten de la ley; si lo realizan a petición de parte mediante la impugnación por la vía de recursos, reclamaciones y denuncias administrativas.

Marienhoff (1990) lo definió como: “los recursos administrativos son ciertos medios impugnar la decisión de una autoridad administrativa, con el objeto de obtener, en sede administrativa su reforma o extinción” (p. 85).

Galindo (1984) consideró que:

Los recursos administrativos consisten en el derecho especial que tiene la administrado para obtener del órgano administrativo correspondiente, una resolución en la pretensión interpuesta contra un acto administrativo, en defensa de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, con el propósito de lograr su revocación, sustitución o reforma. (p. 85)

Dromi (2006) “en un sentido restringido el recurso es un medio administrativo específico por el que se atacan solamente actos administrativos y se defienden derechos subjetivos o intereses legítimos”. (p. 150)

LA FUNCION DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL

Como había expresado Agustín Gordillo (2013) que la clásica división de tres funciones del Estado queda restringida para todas las funciones que necesita un organismo nacional realizar para conseguir los fines de su existencia. A finales del siglo XX se popularizó la institución de la *autoridad administrativa independiente* cuyo génesis se encuentra en el modelo norteamericano de autoridades reguladoras. Son creadas y no dependen del poder ejecutivo, los funcionarios que integran sus directorios se designan por períodos escalonados; lo que les permite tener una estabilidad para el período que han sido designados, pero éste no coincide con el de las autoridades políticas.

“Su función no es dictar normas generales con fuerza de ley ni resolver contiendas con autoridad de cosa juzgada”, (Gordillo, 2013, p. 43) es decir que ni buscan ni legislan: su objetivo es fiscalizar y controlar a las entidades y a los organismos del sector público. La Función de Transparencia y Control Social es un mandato constitucional que se fundamenta en el poder de fiscalización que posee el pueblo y que lo ejerce mediante su derecho a la participación; regulado en el Título IV, Capítulo Quinto, se encuentra conformado “por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS Y SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

El antecedente de esta institución la encontramos en el año de 1909 en la Ley de Compañías, promulgada durante la presidencia de Eloy Alfaro y publicada en el Registro Oficial número 1105 del 18 noviembre 1909. En esta ley se estableció por primera vez las causales de nulidad del contrato de seguro causadas por las violaciones a la ley por parte de la compañía de seguros y la sanción pecuniaria a los representantes de dicha empresa; sin embargo se reconocía al Juez de Comercio como el único competente para conocer dichas violaciones.

Actualmente, las Superintendencias tanto de Bancos como de Compañías, nacieron en virtud reconocimiento constitucional del pueblo al mandante y primer interventor en el poder público, donde en la Función de Transparencia y Control

Social en razón de la competencia de promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, a las personas naturales y también a aquellas personas del sector privado donde suministren servicios o desarrollen actos de interés público. En efecto, en el inciso tercero del artículo 204 de la Constitución instituye a las Superintendencias como parte de la Función de Transparencia y Control Social; las cuales tendrán personalidad jurídica de autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa (Constituyente, 2008), además que en la sección cuarta del mismo Capítulo, en el artículo 213, se establece a “las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas”, (Harvard T.H. Chan School of Public Health, 2008, pág. 63) cuyo propósito de velar por el bien común, mediante impulso de oficio o por petición del ciudadano.

El artículo 42 de la Ley General de Seguros atribuía a la Superintendencia de Bancos, y hoy con la reforma a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, capacidad de conocer conflictos que se presentan entre los clientes y las compañías de seguros, facultades de naturaleza jurisdiccional, a emulación de las asignadas a las autoridades judiciales corrientes, inmersa en el poder judicial propiamente dicho.³

LA FUNCION JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional dirime los conflictos de intereses que alteran el orden social justamente para precautelar la paz social; dicha función del Estado consiste en el deber de impartir justicia, manifestado a través del acto jurisdiccional (sentencia), restándoles en consecuencia a los ciudadanos de la facultad de obtener justicia por mano propia; por ello es que a los ciudadanos se les garantiza el derecho de la *acción* y al Estado se le impone el deber de *jurisdicción*.

³ Mediante Registro Oficial No.332, del 12 de septiembre del 2014 se publicó el Código Orgánico Monetario y Financiero, que en su artículo 78 incorpora al ámbito de control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros al régimen de seguros.

Si la ley contemplara un supuesto abstracto, el esquema lógico sería un silogismo, en el que la premisa mayor que la ley, la premisa menor es el caso concreto, conclusión en la decisión jurisdiccional. Para comprender la naturaleza de la función jurisdiccional es necesario analizar los aspectos sustanciales, orgánicos y procesales de la misma:

El aspecto sustancial, es la atribución de definir en los casos individuales la aplicación de la normativa jurídica para la efectiva protección de las garantías y derechos consagrados en la Constitución. *El aspecto orgánico*, es que la decisión jurisdiccional es producida por un órgano imparcial e independiente, encargado por mandato constitucional y exclusivo, del ejercicio de la función jurisdiccional. La imparcialidad se la garantiza al ser un tercero el que dirime la controversia, ya que el juez es ajeno a la situación jurídica negocial; es indelegable ya que una persona determinada ha sido investida con el ejercicio de esta función por orden constitucional. *El aspecto procesal*, se materializa a través de las normas jurídicas que establecen el procedimiento judicial que debe investir al acto jurisdiccional para su aplicación, y que permita garantizar los derechos de los ciudadanos.

La función jurisdiccional es aquella actividad del Estado comisionada para dirimir controversias entre partes con fuerza de verdad legal y ejercida por un órgano constitucional, imparcial, exclusivo e independiente mediante un procedimiento legalmente instituido. En la Constitución en el Título IV, de la *Función Judicial y Justicia Indígena, Sección Primera: Principios de la Administración de Justicia*, artículo 167, se establece que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En el artículo 168 del mismo cuerpo legal, se determinan los principios de la administración de la justicia; en el numeral tres de dicho artículo se ordena que en “virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la constitución”.

En la cotidianidad la jurisdicción se la utiliza como sinónimo con la función jurisdiccional y con la función judicial, sin embargo no toda la función judicial es función jurisdiccional, ni viceversa, ya que existen órganos investidos de funciones jurisdiccionales que no pertenecen a la función judicial. Sin embargo normalmente, la función jurisdiccional coincide con la función judicial.

Para poder comprender cuál es la función jurisdiccional es necesario determinar su naturaleza: cuál es el ser y el deber ser de esta función tan importante en el conjunto de atributos y deberes del Estado. Esta dificultad es consecuencia de la teoría de la división de poderes. Ya que es muy fácil concebir teóricamente a un Congreso legislando, a un ejecutivo administrando y a un judicial decidiendo controversias. Lo difícil es poder comprender cuando un poder ejecutivo dirime controversias, o un poder judicial designa funcionarios.

Los problemas que se suscitan entre la administración y la jurisdicción hacen reflexionar a todo el sistema de función ejecutiva y función judicial. Su dato de la función ejecutiva fuera declarada jurisdiccional, los ciudadanos quedarían privados de la garantía de su revisión por jueces jurisdiccionales, quienes se constituyen como una garantía de los administrados en el orden jurídico frente a la administración. Y esto es porque no hay revisión jurisdiccional de actos jurisdiccionales ejecutoriados, ya que sólo hay, y sólo debe haber, revisión jurisdiccional de actos administrativos.

Con todas estas consideraciones expuestas se puede anotar las siguientes diferencias:

En los sujetos: en administración existen dos sujetos, que son la administración y el administrado; en el jurisdiccional intervinientes, que son el juez, el demandante y el demandado.

Por el interés: la administración tiene interés de satisfacer sus propios fines; mientras la jurisdicción soluciona intereses ajenos.

Por la iniciativa: el acto administrativo opera por iniciativa del funcionario; a diferencia de la jurisdicción en que es a petición del interesado, ejercido mediante la acción.

Por la revocabilidad: el acto administrativo es revocable; la jurisdicción, al percudir las etapas se torna en irrevocables.

Para la doctrina alemana esta disyuntiva de la jurisdicción de la administración no tiene cabida, pues para sus doctrinarios clásicos, la jurisdicción también integra la administración. Rosemberg (1951) por ejemplo señaló:

La delimitación usual entre justicia y administración consiste en que las autoridades administrativas persiguen fines interestatales exclusivamente; dependen del gobierno al actual y deben seguir sus instrucciones mientras que los tribunales, como protectores del orden jurídico y de la justicia efectiva, deben abstenerse de la influencia del actual de centros del poder y de sus concepciones. (p. 27)

Por lo que por ello no hay distinción sino meramente formal externa entre la función administrativa y la función política jurisdiccional. Para los franceses, este tema ha sido de verdadera importancia, ya que van incluidas cuestiones esenciales de la competencia del Consejo de Estado, por lo que existe una doctrina abundante y altamente calificado.

Para poder establecer el concepto de jurisdicción que superen las dificultades más comunes es necesario difundir los tres elementos propios del acto jurisdiccional la forma, el contenido y la función. *La forma* son elementos externos del acto jurisdiccional, que se entiende por la presencia de las partes, jueces y los procedimientos establecidos en la ley. *El contenido* se perfecciona con la existencia de un conflicto, controversia o diferencias de relevancia jurídica, que deben ser dirimidos por los agentes de la jurisdicción, y terminada mediante la cosa juzgada. La *función* que cumplen es asegurar los fines de la justicia, es decir la paz social, y garantizar valores jurídicos.

Resulta fundamental en el proceso: el actor, el demandado, los terceros, los jueces y el método en que opera denominado proceso. Las formas de la jurisdicción y su contenido -existencia de una controversia jurídica- debe ser decidida mediante resoluciones susceptibles de adquirir la autoridad de cosa juzgada.

La cosa juzgada es esencial de la jurisdicción. Ya que si el acto no adquiere la autoridad de cosa juzgada si no es jurisdiccional, por el elemento de la coercibilidad o ejecución de las sentencias de condena. La función de la jurisdicción en la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias como uno de los fines primarios del Estado, es por ello que al ciudadano se lo inviste del derecho de la acción del Estado del deber de la jurisdicción, para evitar que las personas realicen justicia por mano propia.

La cosa juzgada y su coercibilidad dan el carácter de irreversible a las decisiones judiciales, características que no posee ninguno de las otras funciones del Estado. Una constitución puede ser sustituida por otra, una ley puede ser derogada por otra, un acto administrativo puede ser revocado por otro acto administrativo de una sentencia como autoridad de cosa juzgada, jamás puede ser sustituida ni derogada revocada por otra sentencia.

En cuanto al método que es el proceso es el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción y los demás establecidos en la Constitución, con el fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material en un caso concreto particular. Sin duda hay una multiplicidad de actos que guardan una relación muy estrecha entre sí, con un mismo fin, desenvuelto en un orden riguroso, realizado por los órganos investidos de jurisdicción, para conseguir un resultado: la sentencia, que es la finalidad del proceso jurisdiccional en la aplicación de la ley sustancial.

El autor nacional Efraín Pérez (2015) señaló que se suele distinguir entre el proceso y el procedimiento administrativo. En general se considera procedimiento administrativo el trámite que se desarrolla en sede administrativa, que se denomina precisamente procedimiento administrativo, distinguiéndola conceptualmente del proceso, así “(...) Se denomina generalmente proceso la reclamación que procede de la vía judicial”. (p. 39)

Por otra parte las normas jurídicas que regulan las formas procesales no solamente estructuran el exterior de los actos singulares del proceso, sino también la relación del tiempo y el lugar en la que se deben realizar. De esta forma el derecho procesal establece quien debe cumplir cada acto, cuáles serán los medios de expresión a ser

empleados, que condiciones del lugar habrá o en qué tiempo deben ser observados cada uno de ellos. Así mismo los principios generales del derecho procesal, son criterios u orientaciones generales que inspiran el ordenamiento procesal. Son presupuestos básicos consagrados en el ordenamiento jurídico que permite el intervención de otras ramas jurídicas, como el sustancial, ya que se constituyen el pilar para su interpretación e integración, lo que corrobora que los debates en materia contractual de seguros deben ser tutelados judicialmente y no sujetos a un organismos de control.

Sin embargo como lo sostuvo Oyarte (2015), se confunde lo jurisdiccional con lo administrativo, como es el caso de la autotutela administrativa, porque se ha extendido irregularmente las potestades administrativas por interpretación extensiva de atribuciones o porque existen actos normativos que asignan estas atribuciones, como es el caso por ejemplo de la atribución de responsabilidades por parte de la Contraloría General del Estado, lo que abona a la tesis con lo que respecta a la interpretación contractual que indebidamente hace el organismo de control en sede administrativa.

Estas teorías brevemente mencionadas son fundamentales para sostener que la interpretación y ejecución de los conflictos en materia de seguros en materia privada deben ser resueltas por la función jurisdiccional y no por el organismo de control, quien debe velar por el cumplimiento de presupuestos técnicos y no dirimir controversias contractuales.

REFERENCIAS EMPÍRICOS

Doctrinales:

- a) TORRES GALLEGOS Galo (1995), Terminación Unilateral de Contratos Administrativos.
- b) JARAMILLO Carlos Ignacio (1998), Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro.
- c) SUAREZ TINAJERO, Fabián (2005); “Análisis y crítica del Art. 42 de la Ley General de Seguros del Ecuador”.

Legislación Comparada:

JARAMILLO Carlos Ignacio (1998), Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro.

MARCO METODOLOGICO**METODOLOGÍA**

Las investigaciones cualitativas se caracterizan debido a que no se aplican procedimientos estadísticos u otro tipo de cuantificación; además se asocia a investigaciones acerca de los fundamentos jurídicos, filosóficos, hermenéuticos, de los principios del Derecho, la vida de las personas, historias, comportamientos sociales e individuales, funcionamiento institucional, movimientos sociales o relaciones e interacciones de relevancia jurídica. (Aranzamendi, 2010)

La individualización del objeto de estudio de esta investigación es la norma vigente en cuanto al Procedimiento Administrativo declarativo y de ejecución de la póliza de seguros emitida a favor del sector público en la legislación ecuatoriana. Por lo que desde un enfoque de la ciencia del derecho es una investigación cualitativa, ya que se persigue describir y explicar lo que acontece durante el procedimiento administrativo entre los asegurados, las aseguradoras y la Superintendencia de Bancos y Seguros y actualmente con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

De acuerdo al tipo de investigación es:

- Jurídico-descriptiva: del procedimiento administrativo de seguros
- Jurídico-explicativa: de las violaciones al debido proceso, y los principios procesales
- Jurídico-propositiva de los cambios legislativos necesarios para obtener una eficaz tutela jurídica.

MÉTODO

ESTUDIO DE CASOS

Este trabajo se realizará con apoyo en los métodos especiales, particulares, integrados por métodos empíricos y teóricos destacando método histórico y el método lógico, y sobre este último, utilizamos el método inductivo y analítico. Se hará referencia al metodólogo jurídico Lino Aranzamendi. Como sostiene dicho autor, en la investigación jurídica desarrollamos eventualmente métodos y técnicas de estudio de casos y se caracteriza porque:

Permite la investigación particular de un evento, caso o fenómeno jurídico, permite la plena comprensión del caso o fenómeno jurídico estudiado, es descriptivo porque permite la descripción más detallada e intensiva de la situación analizada; es inductivo, porque es parte del análisis concreto para llegar a generalizaciones más amplias. (Aranzamendi, 2010, p. 202)

CATEGORÍAS Y DIMENSIONES ANALÍTICAS

Tomando como antecedente lo expuesto este trabajo tendrá como finalidad analizar el procedimiento administrativo de ejecución de garantías de contratos otorgadas por aseguradoras, así como una propuesta encaminada a una reforma parcial al recientemente expedido Código Orgánico Monetario y Financiero en lo referente al procedimiento administrativo de ejecución del seguro de fianza y en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Contratación Pública. Donde estará en base a las siguientes categorías:

1 Derechos Fundamentales

- 1.1 Ejecuciones abusivas de la terminación unilateral del contrato previo a la ejecución de las garantías otorgadas por aseguradoras a favor de contratistas del sector público.
- 1.2 Procedimiento post-administrativo de ejecución de las pólizas de seguro en sede administrativa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

- 2 Normativas relacionadas con el procedimiento administrativo de ejecución de garantías.
 - 2.1 Garantía del Debido Proceso
 - 2.2 Límites a la tutela judicial efectiva
- 3 Jurisprudenciales
 - 3.1 Sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con ejecuciones de seguro de fianza
 - 3.2 Casos que se relacionan con el derecho exorbitante de la Administración Pública.
- 4 Resoluciones administrativas de Entidades Contratantes y de los Organismos de Control
 - 4.1 Resoluciones que terminan unilateralmente el contrato y limitan el derecho de defensa del contratista y el garante.
 - 4.2 Resoluciones que disponen pago de garantías emitidas por aseguradoras que impiden el derecho al debido proceso.

Por lo tanto se analizará en consecuencia si se cumple o no con el debido proceso en sede administrativa tanto en el procedimiento de terminación unilateral del contrato y luego cuando se recurre a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, solo respecto a:

La notificación al garante (entendiéndose a los que emiten garantías al tenor de los numerales 1 y 2 del artículo 73) antes de proceder a la terminación unilateral prevista en el artículo 95 de la mencionada ley, con la finalidad de que las aseguradoras o los bancos tengan conocimiento de la situación del contrato que han garantizado. (Torres, 2013, p. 93)

Como ejerzan su derecho constitucional de defensa ante una ejecución *abusiva* y fuera del principio de *legalidad* que norma el sistema de contratación pública conforme lo define la propia ley.⁴

⁴ Que reconocen los compendios de legitimidad, acuerdo conveniente, oportunidad, equidad, excelencia, validez tecnológica, claridad, participación ciudadana, confluencia y promoción.

Al respecto vale aclarar que el trámite de terminación unilateral del contrato se establece un término de 10 días previa a la declaración de terminación unilateral, manteniéndose las causas de terminación de la ley anterior con excepción de la número 7, que incluye la posibilidad del que el ente contratista inclusive pueda enunciar dar la terminación anticipada y unilateral del contrato donde: “Ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato” (Registro Civil, 2013, p. 12). Donde no se efectuará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni estará inscrito al contratante a modo de incumplido.

Dentro del caso mencionado:

El contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de diez (10) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de interés desde la fecha de notificación; interés serán imputados a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Si bien es cierto la Ley Orgánica de Sistema Nacional del Contratación Pública instituye el término de diez días, luego de la notificación, para que:

El contratista justifique la mora o su incumplimiento. Con dicha notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista, que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato. (Torres, 2013, p. 88)

Luego “la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que deberá ser comunicado por escrito al contratista y se publicará en el Portal de

Compras Públicas” (Torres, 2013, p. 88). La misma “no es impugnabile ni podrá suspenderse por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones tipo o de acciones de amparo de parte del contratista” (Mármol, 2013). No establece que el garante del contrato intervenga dentro de dicho procedimiento como parte interesada, aunque la ERJAFE, da esa posibilidad a quien tenga interés en el art. 205, como derecho de los particulares.

Cabe señalar que:

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a:

- Establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable.
- A ejecutar las garantías de fiel cumplimiento.
- Si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no se efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago (Servicio Nacional de Contratación Pública, 2014, p. 4)

Si bien es cierto que se habría notificar el principio del proceso de terminación unilateral, donde además el garante la ley establece con lo siguiente “la resolución de terminación debe publicarse en el portal COMPRAS PUBLICAS que da mayor publicidad al procedimiento y puede ser conocido por la aseguradora, en el caso de que el contratista no comunique el inicio de la misma”. (Torres, 2013, p. 89) Se determina de cierta manera “un derecho subsidiario del garante, puesto que sólo deberá pagar, en el evento de que el contratista incumplido no lo haga en diez días, para el caso de la garantía de buen uso”. (Torres, 2013, p. 89)

Igualmente se ve que el principio del debido proceso en sede administrativa se ve mermado en procedimiento establecido en el art. 42 de la Ley General de Seguros, por lo que se analizará los siguientes casos: Sentencia No. 161-15-SEP-CC, Caso 0338-14-EP, respecto a la violación del debido proceso; Sentencia No.218-14-SEP-CC, Caso 2132-EP igualmente respecto a una acción extraordinaria de protección que viola el debido proceso; Procedimiento de apelación No.AS-2015-053.

Así, será materia de análisis, un caso reciente que se niega el recurso de apelación por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, respecto a una resolución que dispone el pago de una póliza de buen uso de anticipo dispuesto por el organismo de control, sin que medie una liquidación real de los valores devengados por parte de un contratista que es el oficio No.SCVS-SG-2015-0022639-OF.

Es necesario señalar como antecedente al presente proyecto, que el hecho que da origen al procedimiento para ejecutar las garantías es la terminación del contrato que accede, cuando el contratista ha incumplido con la ejecución del contrato o por falta de renovación oportuna de la garantía. En efecto, los contratos administrativos concluyen de diversas formas de acuerdo a lo estipulado en la ley y particularmente la doctrina ⁵ señala como causas a aquellas que tienen origen cuando el estado considera que un contrato debe ser dejado sin efecto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o de ilegitimidad o de moralidad, o por hechos relativos o imputables al contratante. Existe el criterio que entre la extinción de los actos y la extinción de los contratos administrativos existe cierta semejanza en cuanto a las causas y régimen que permiten el estudio de algunos aspectos que son de igual aplicación a los actos administrativos a los contratos.

Otro autor argentino, Marienhoff sostiene que los contratos administrativos pueden terminar por dos razones: por cesación de sus efectos y por su *extinción*. Es decir, una cosa es que una cosa *cese en sus efectos* y otra que dicho contrato sea *extinguido*. En el primer caso el contrato termina normalmente y en el segundo concluye en forma *anormal*, por lo que

⁵ En la doctrina argentina, tratadistas como Escola, señalan que los modos normales de conclusión de los contratos administrativos se limitan a varias causas como la rescisión dispuesta por la administración pública por aplicación de su potestad rescisoria, la que se halla presente, de manera virtual, la existencia de la potestad rescisoria que es propia de la administración pública, y en cuya virtud ésta puede disponer, en forma unilateral, la rescisión de esos contratos, fundada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por causas que atañen directamente al interés público.

la cesación de los efectos del contrato se opera por ejemplo por la expiración del término establecido o por el cumplimiento del contrato, es decir, son contratos ejecutados o cumplidos pero no extinguidos. En cambio la *extinción* del acto o del contrato se opera por ejemplo por la caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión, rescate. Pues no se trata de contratos cumplidos sino de contratos ejecutivos, activos o en curso, que hallan fin, no por causas normales, queridas inicialmente sino a raíz de derechos o circunstancias surgidas con posterioridad. El autor citado, da importancia a las consecuencias que se derivan de la cesación de los efectos del acto o del contrato y de la extinción de éstos que son distintos y pueden varias de acuerdo al ordenamiento jurídico considerarse. Por lo tanto, la cesación de los efectos del contrato o la extinción del mismo constituyen expresiones de la terminación del contrato o sea la conclusión o agotamiento de su ciclo jurídico. Para otro autor argentino Dromi la caducidad procede cuando el contratante particular ha incurrido en incumplimiento imputable o atribuible de las obligaciones a su cargo. La misma pone fin a la ejecución del contrato, extinguiendo la relación contractual, es decir, privando al contratista del ejercicio de los derechos que le habían sido conferidos por el contrato.

La *rescisión* en todo caso, para la doctrina administrativa, es otro modo anormal de extinción del contrato administrativo, existiendo dos fuentes, debido a supuestos de culpa de una de las partes y prerrogativa de la Administración por razones de mérito.

ANALISIS DE LA RESOLUCION UNILATERAL DEL CONTRATO QUE MOTIVA EL SINIESTRO Y LA EJECUCION DE LA GARANTIA.

La declaración que dicta la máxima autoridad de la entidad contratante de terminación unilateral es un acto administrativo conforme lo dispone el artículo 65 de la ERJAFE: “ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa” (Bejarano, 2002, p. 14). Debe estar motivado ⁶ y

⁶ Nuestra legislación de contratación pública y particularmente nuestras normas como la Ley General de Seguros y recientemente el Reglamento de Discrecionalidad establecen una serie de requisitos de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios públicos en el momento que emiten la resolución administrativa de terminación del contrato y por ende de ejecución de las garantías. El Reglamento de Discrecionalidad de la Administración Pública en sus artículos 4 y 7 establecen la debida motivación de los actos administrativos.

dentro del procedimiento ser notificada a la parte contra la que se aplica en el Art. 66 VIGENCIA indica que:

Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho. (Bejarano, 2002, pp. 14 - 15)

Procedimiento de Terminación Unilateral. De conformidad del artículo 95 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Contratación Pública establece, la notificación y trámite al contratista – no dice nada del garante – para proceder a la terminación unilateral del contrato en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Capítulo IV del Título III de esta Ley (Universidad Ecotec, 2008, p. 1).

Como se manifestó la terminación unilateral y anticipada del contrato, obedece a una potestad rescisoria exorbitante de derecho común, que debe ser debidamente motivada y no por simples razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La terminación unilateral no requiere demandarse ante un juez civil en virtud del poder *exorbitante* del Estado de declararlo por sí y ante sí, pero este procedimiento como se ha dicho aquí no puede atentar contra los derechos constitucionales y particularmente los del debido proceso que tiene el administrado que asume la calidad de contratista. De igual manera del garante que otorga la garantía.

Por ese mismo motivo, si el hecho que desencadena el siniestro es el incumplimiento del contratista, que se declara dentro de un procedimiento administrativo de terminación unilateral, el mismo debe ser desde su inicio notificado a la entidad que emitió la garantía para su conocimiento y prevención sobre los eventuales perjuicios que se le ocasionen en virtud del pago que hace por cuenta del contratista que garantiza.

El plazo de pago para la aseguradora es de *cuarenta y ocho horas*⁷ para que proceda al pago de las garantías requeridas y suscriba el acta de finiquito, a pena de ser sancionado por el órgano de control con la suspensión de sus actividades, de acuerdo a la reforma del artículo 42 de la Ley General de Seguros.

ANALISIS DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGANICA DE CONTRATACION PÚBLICA RESPECTO A LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO.

Con el despacho del Reglamento General de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del 12 de Mayo del 2009, su artículo 146, se establece que el garante debe ser notificado previo al inicio del procedimiento de terminación unilateral:

Artículo 146 de la notificación de terminación unilateral de contrato.

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

La declaración de terminación unilateral del contrato se realizará mediante

⁷ Dicho término para pagar es inviable en la práctica puesto que se requiera por parte de las aseguradoras solicitar a los reaseguradores la provisión de fondos de acuerdo a lo que fue concertado dentro del contrato de reaseguro concerniente a la parte proporcionalmente de valores cubiertos de las garantías cual cuya provisión es improbable que se cumpla en un plazo señalado en la ley, ya que la gran mayoría de reaseguradores de las compañías aseguradoras son europeos, solamente por diferencia horaria ya se tiene un día.

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

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

En la resolución de terminación unilateral del contrato se establecerá el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato; requiriéndose que dentro del término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de terminación unilateral, el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de terminación del contrato conforme a la liquidación practicada y en la que se incluya, si fuera del caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado. En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago. (Servicio Nacional de Contratación Pública, 2014, p. 4)

El precepto anteriormente referido considera la obligación, por lado de la entidad pública, de comunicar la terminación unilateral del contrato donde da comienzo a la marcha de las garantías, en el término legal establecido, a los bancos e instituciones financieras o aseguradoras donde hubiesen “otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes a las obligaciones de la entidad contratante y del contratista”. (Instituto Nacional de Compras Públicas, 2008, p. 1) Pero además la resolución cuando se dicte por la entidad pública debe efectuarse

mediante resolución causada de la suprema autoridad del ente donde habrá notificarse al garante.

Donde el citado artículo igualmente menciona que la “resolución de terminación deberá establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato, para que del término de diez (10) el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados”. (Mármol, 2013) En caso de no realizarlo, surge el derecho del ente contratante, los valores adeudados. En el caso de no hacerlo, porque surge el derecho de la entidad contratante, para pedir al garante, que en el lapso del término de 48 horas, pague las garantías otorgadas.

Estas reformas al Reglamento General de la Ley comentada se establece el procedimiento para la terminación unilateral del contrato, donde comienza con un acto administrativo, de modo que es “la terminación unilateral del contrato, que debe cumplir todos los requisitos que la ley dispone”, (Mármol, 2013) para la validez y eficacia; habiendo respetar “los derechos constitucionales y legales del administrado y del garante, entre ellos, el derecho al debido proceso, que en materia administrativa, tiene por finalidad que las actuaciones administrativas sean justas y no lesiones a los ciudadanos”. (Mármol, 2013) ⁸

Sin embargo no fueron completas, por otra parte la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros por mandato constitucional es garante institucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y además como “organismo técnico de vigilancia y control de las actividades y servicios que las compañías aseguradoras en el Ecuador”, (Torres, 2013, p. 90) por lo tanto debe aplicar las garantías constitucionales, amparadas en la mencionada Carta Magna para que “no se vulneren los derechos constitucionales de los administrados por parte de las entidades públicas que irrespetan el procedimiento administrativo”, (Mármol, 2013) considerado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento

⁸ La obligación más alto de un Estado reside en respetar y hacer respetar los derechos asegurados en la Constitución. Donde el Estado, sus concesionarios, delegatarios y toda persona que proceda en ejercicio de dominio público, es su obligación corregir las violaciones a los derechos de los particulares por la carencia o disminución en la prestación en los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios, funcionarias, empleados, y empleadas públicas en el ejercicio de sus funciones.

General, tampoco se quebranten los derechos para el pertinente proceso de las aseguradoras que producen en el Ecuador fianzas; donde por parte de los entes públicos no completan con “los requisitos mínimos que exige la ley para proceder a la ejecución de las mencionadas garantías, sin observar las garantías constitucionales y las referidas disposiciones legales”. (Mármol, 2013)

ANALISIS DE LAS REFORMAS DEL AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 42 DE LA LEY GENERAL DE SEGUROS CONFORME AL CODIGO ORGANICO MONETARIO Y FINANCIERO.

Se han efectuado tres reformas al artículo 42 de la Ley General de Seguros a saber, sin embargo son insuficientes y violan el debido proceso, puesto que el artículo 42 originalmente contemplado en la Ley General de Seguros del 3 de abril de 1998 fue reformado por la disposición reformativa primera de la Ley 2001-55, R.O. 465-S, 30-XI-2001, luego la Disposición Reformativa Primera de la Ley General de Seguros a la Ley s/n, R.O. 395-S, 4-VIII-2008 fue reemplazado a través de la Disposición Reformativa Primera de la Ley s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013, que finalmente establecía una régimen para las pólizas de seguro de fianza emitidas para el sector público que decía:

(...) Tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las empresas de seguros deben emitirlas cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del término de diez (10) días siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.

Queda prohibido a las compañías aseguradoras en el caso de las mencionadas pólizas giradas en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, exigir al asegurado para

el pago de la garantía, documentación adicional o el cumplimiento de trámite administrativo alguno. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar al establecimiento de las sanciones respectivas por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones. El incumplimiento de esta disposición dará lugar al establecimiento de las sanciones respectivas por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones en el Sistema Nacional de Contratación Pública. La reincidencia de una compañía aseguradora en cuanto al no pago de una póliza que instrumente una de las garantías en el ámbito de la contratación pública, dentro del término previsto, será sancionada con la inscripción en el registro de incumplimientos a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública, por dos años, contados a partir del requerimiento formal de la entidad contratante. (Seguros Confianza S.A., 2015, p. 49)

Finalmente el Código Orgánico Monetario y Financiero reformó el Art. 42 mediante:

La Disposición Reformativa Primera a la Ley General de Seguros de la Ley s/n, R.O. 395-S, 4-VIII-2008, por la Disposición Reformativa Primera de la Ley s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013; y, sustituido por la Disposición Reformativa Décima Sexta, numeral 15 del Código Orgánico Monetario y Financiero. (Marmol, 2015, p. 7)

Conforme consta publicado en el Registro Oficial No. 332-2S, 12-IX-2014, cambió la parte pertinente respecto al plazo y condiciones para el pago de las garantías otorgadas mediante pólizas de seguro estableciendo lo siguiente:

(...) 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 en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.

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

El incumplimiento de estas disposiciones dará lugar, asimismo, a la liquidación forzosa de la compañía de seguros. (Marmol, 2015, pág. 8)

Lo importante de esta reforma es que se dispone que para el pago de estas garantías se deberá cumplir con lo previsto en la ley y en su reglamento, es decir lo contemplado dentro del artículo 95 en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Contratación Pública, donde establece el procedimiento de terminación unilateral del contrato y el artículo 146 del Reglamento General de dicha ley, que estatuye un procedimiento apegado al principio del debido proceso, por lo menos a la notificación y conocimiento de los garantes (aseguradoras y bancos) respecto al inicio del procedimiento de terminación unilateral así como luego de declarado este mediante resolución de terminación unilateral dictada por la máxima autoridad de la entidad contratante. Sin embargo resulta insuficiente conforme se realizará el correspondiente análisis en este trabajo.

GESTIÓN DE DATOS

Recolectar datos implica elaborar un plan detallado de procedimientos que nos conduzcan a reunir datos con un propósito específico. Este plan incluye determinar: a) ¿Cuáles son las fuentes de donde se obtendrán los datos? Es decir,

los datos van a ser proporcionados por personas, se producirán de observaciones o se encuentran en documentos, archivos, bases de datos, etc. b) ¿En donde se localizan tales fuentes?. Regularmente en la muestra seleccionada, pero es indispensable definir con precisión. c) ¿A través de qué medio o método vamos a recolectar los datos? Esta frase implica elegir uno o varios medios y definir los procedimientos que utilizaremos en la recolección de los datos. El método o métodos deben ser confiables, válidos y objetivos. d) Una vez recolectados, ¿de qué forma vamos a prepararlos para que puedan analizarse y respondamos al planteamiento del problema? (Hernandez, Fernandez , & Baptista, 2010)

Por ser un trabajo de investigación cualitativa las técnicas para recolectar datos por la observación no estructurada, revisión de documentos, evaluación de leyes, resoluciones y jurisprudencia en base a siguiente cuadro:

Tabla 1
Unidades de Análisis

CATEGORÍAS	DIMENSIONES	INSTRUMENTALES	UNIDAD DE ANÁLISIS
Derechos Fundamentales.	Ejecuciones abusivas. Procedimiento post-administrativo. Organismo de control: Entidades Públicas, Contratistas, Aseguradores	Análisis	Constitución
Normativas relacionadas con el procedimiento administrativo de ejecución de garantías.	Garantías del debido proceso. Límites a la tutela judicial efectiva Aseguradores.	Análisis	Ley Orgánica de Sistema Nacional de la Contratación Pública. Ley General de Seguros Reglamento General de Ley Orgánica de Sistema Nacional de la Contratación Pública.

			Ley General de Seguros Código Orgánico Monetario y Financiero E.R.J.AF.E.
Jurisprudenciales	Derecho exorbitante del Estado. Debido proceso (Cobros abusivos) Entidades Públicas, Contratistas, Aseguradores.	Análisis	Sentencias Corte Constitucional (2) Sentencia del Tribunal Constitucional(1)
Resoluciones administrativas de Entidades Contratantes y de los Organismos de Control.	Organismo de control. Entidades Públicas, Contratistas, Aseguradores.	Entidades Reclamantes (10)	Reclamos Administrativos y Reclamos (10)

CRITERIOS ÉTICOS

El maestrante declara expresamente, que la presente investigación ha sido realizada, bajo los más altos estándares éticos y morales, los cuales han sido promovidos y constatados por el Sistema de Postgrado de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

RESULTADOS Y ARGUMENTOS

1.- Efectuado el análisis de las distintas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, considero pertinente la reforma de dos cuerpos legales que permita la implementación y protección de los principios del debido proceso en sede administrativa en beneficio de los derechos de contratistas y aseguradoras que emiten garantías a favor de las entidades del sector público.

2.- Los resultados de la investigación relacionados con el objeto de estudio, su justificación así como sus objetivos determinar la necesidad de protección de los

derechos fundamentales procesales de contratistas frente a los denominados “cobros abusivos” o por “exceso de poder” que dentro de la teoría administrativista, se dan por la desnaturalización de los “derechos exorbitantes” de las entidades contratantes con los particulares.

3.- En efecto hemos notado que existe el criterio de la Superintendencia de Bancos y Seguros en los casos investigados antes de la reforma al Código Orgánico Financiero y Monetario, que es un órgano de “aplicación” de los reclamos de las entidades públicas sin entrar a considerar del derecho de ser oído del garante del contrato público que motivó la terminación unilateral previa dentro de un procedimiento administrativo igualmente violatorio de los derechos del debido proceso en sede administrativa.

4.- Por lo expuesto es necesario hacer un aporte al sector de los contratistas, aseguradores y demás implicados dentro de los procesos administrativos de terminación unilateral de contratos y luego en la ejecución de las garantías en sede de administrativa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros actualmente competente, mediante reformas a dos normas legales.

PROPUESTA VALIDADA POR EXPERTOS

En base a lo expuesto, considero hacer la propuesta de reforma a los siguientes artículos de los cuerpos legales que a continuación expongo:

PROPUESTA

Reforma parcial al artículo 95 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de la Contratación Pública:

Art. 95 Notificación y trámite.- (Fue reformado por el Artículo 22 de la Ley, s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013). Previamente para proceder a la terminación unilateral, el

Ente Contratante comunicará al contratista y a quienes otorgado las garantías en los términos establecidos en el artículo 73 de esta Ley,

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

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley (Registro Civil, 2013, pág. 18)

pero la entidad pública deberá velar por el cumplimiento de las garantías básicas del debido proceso del contratista y de sus garantes.

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

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

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si

vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley. (Registro Civil, 2013, pág. 18)

Igualmente se propone la reforma parcial del siguiente artículo de la Ley General de Seguros:

Art. 42.- Las compañías de seguros y reaseguros tienen la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro del plazo de treinta (30) días siguientes de presentada la reclamación por parte del asegurado o beneficiario, acompañando los documentos determinados en la póliza.

Las compañías de seguros y reaseguros podrán objetar por escrito y motivadamente, dentro del plazo antes mencionado el pago total o parcial del siniestro, no obstante si el asegurado o el beneficiario se allanan a las objeciones de la compañía de seguros, ésta pagará inmediatamente la indemnización acordada.

Si el asegurado o beneficiario no se allana a las objeciones podrá presentar un reclamo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que ésta requiera a la aseguradora que justifique su negativa al pago. Dentro del plazo de 30 días de presentado el reclamo, y completados los documentos que lo respalden, el organismo de control dirimirá administrativamente la controversia, aceptando total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago del siniestro en el plazo de 10 días de notificada la resolución, o negándolo.

La resolución podrá ser impugnada en sede administrativa con arreglo al artículo 70 de la presente Ley.

El incumplimiento del pago ordenando será causal de liquidación forzosa de la compañía aseguradora. La interposición de acciones o recursos judiciales no suspenderá los efectos de la resolución que ordena el pago.

En sede judicial, el asegurado cuyo reclamo haya sido negado podrá demandar a la aseguradora ante la justicia ordinaria o recurrir a los procedimientos alternativos de solución de controversias estipulados en el contrato de seguro. La

aseguradora, por su parte, podrá demandar la revocatoria o anulación de la resolución que le obligó al pago de la indemnización, en jurisdicción contencioso administrativa, solamente cuando haya honrado la obligación de pago. En caso de haberse revocado o anulado la resolución, para obtener la restitución de la indemnización pagada, la aseguradora deberá necesariamente también demandar al asegurado o beneficiario que la haya cobrado, quien intervendrá como parte en el juicio.

La presentación del reclamo que regula el presente artículo suspende la prescripción de la acción que tiene el asegurado o el beneficiario contra la aseguradora, hasta la notificación de la resolución a la aseguradora.

Todos los reclamos de asegurados contra aseguradoras se sujetarán a las normas precedentes. No les es aplicable, en consecuencia, el procedimiento regulado por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

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 en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.

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

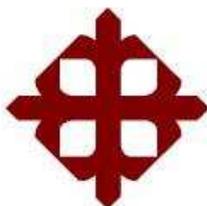
El incumplimiento de estas disposiciones dará lugar, (H. CONGRESO NACIONAL, 2014, págs. 18 - 19)

a que las mencionadas entidades procedan a ejecutar las garantías mediante la jurisdicción coactiva.

CONCLUSIONES

- El adecuado procedimiento y la facultad a la protección judicial garantizada son derechos humanos cuya funcionalidad se enmarca en el ámbito procesal. Tienen un papel relevante respecto al resto de los derechos humanos, pues permite la exigibilidad de aquellos ante un órgano del Estado que se debe caracterizar por su imparcialidad, idoneidad y transparencia, mediante un procedimiento previamente establecido en las leyes. Particularmente el debido proceso es un conjunto de garantías aplicables igualmente al procedimiento administrativo para la realización de la justicia.
- Sin embargo, revisadas las situaciones que se suscitan en el campo del proceso de ejecución del contrato de seguros, se ha podido advertir que la mayoría de violaciones al debido proceso se origina por actuaciones ilegales debido a la falta de competencia como violación a las solemnidades legales que dejan en indefensión a los otros elementos subjetivos del contrato. El procedimiento administrativo en el Art. 42 de la Ley General de Seguros, atenta contra el derecho al debido proceso, por adolecer de elementos que integran como limitación a la prueba es eminentemente documental y al derecho al plazo razonable, en la praxis es ampliado constantemente por organismos de control, previo a resolver, y que al borde de la prescripción son resueltos.
- Procedimiento administrativo que en el caso de los seguros de fianzas, ni siquiera pudiera seguirse por la entidad del sector público beneficiaria de la garantía en el caso del artículo 42 reformado por el Código Orgánico Monetario y Financiero ni siquiera reconoce *el derecho a ser oído* dentro del mencionado procedimiento en clara violación al principio del debido proceso que hemos comentado. Sin duda, el debido proceso constituye el conjunto de garantías indispensables para que un proceso pueda ser considerado justo; derecho que se constituye por varios derechos que lo integran como: el derecho al juez natural, la doble instancia, el derecho a la defensa y la motivación de las resoluciones emitidas por la autoridad administrativa.

- Estas garantías deben aplicarse en el procedimiento administrativo para el cobro de garantías de contratos públicos tanto en la parte formal del cumplimiento de formalidades conforme al procedimiento establecido en la ley, además en la material, la realización de un procedimiento administrativo justo, en base a criterio de razonabilidad, proporcionalidad, equidad que permitan la realización de la justicia como uno de los fines que buscan las sociedades para resolver sus conflictos, establecer la paz como valores democráticos protegidos por el Derecho. Este procedimiento administrativo puede ser mejorado a través de las reformas correspondientes a la Ley General de Seguros y la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, para que sus disposiciones estén acordes con el derecho al debido proceso.
- En el caso de ejecución de pólizas de seguros de fianza otorgadas a favor de entidades del sector público debe aplicarse el procedimiento administrativo de ejecución, es decir, la coactiva, puesto como lo he manifestado en este trabajo la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, carece de competencia para ejecutar garantías de contratos públicos otorgadas por aseguradores.



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR

Nombre: Santiago Velázquez Coello

Cédula N°: 2687691

Profesión: Doctor en Jurisprudencia

Dirección: Edif. Torres del Norte, piso 1, of. 106

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertenecía	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Congruencia	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Universalidad	X				
Moralidad social	X				

Comentario:

.....

Fecha:

Firma _____ CC

BIBLIOGRAFÍA

- Amazonaws. (2011). *ecaths1.s3.amazonaws.com*. Obtenido de eticaylegislacion:
<http://ecaths1.s3.amazonaws.com/eticaylegislacion/466905924.Funciones%20del%20Estado.pdf>
- Aranzamendi, L. (2010). *Invetigación Jurídica*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Carbonell, M. (2010). *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Juridica Cevallos.
- Cárdenas, J. (2007). *La Argumentación como Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CONGRESO NACIONAL. (23 de 11 de 2006). LEY GENERAL DE SEGUROS. *CODIFICACION*. R.O. 403.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial del Ecuador.
- Debbasch, C. (1972). *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo* (2 da ed.). (E. R. Franco, Ed.) Paris, Italia: Dalos.
- Dromi, R. (2006). *Derecho Administrativo*. Argentina: Ciudad Argentina Hispania Libros.
- Espíndola, Z. H. (12 de 2010). *El procedimiento administrativo: Concepto, naturaleza, principios generales. Fases del procedimiento*. Obtenido de Seguridad Pública: <http://www.seguridadpublica.es/2010/12/el-procedimiento-administrativo-concepto-naturaleza-y-principios-generales-fases-del-procedimiento>
- Galindo, N. G. (1984). *Fundamentos del Derecho Administrativo* (5ta ed.). Ecuador: Jurídica del Ecuador.

- Gallegos, G. T. (1995). *Terminación Unilateral de los Contratos Administrativos* (Trama ed.).
- García, J. C. (2002). Cuestiones constitucionales. *Revista mexicana de derecho constitucional*(6), 182.
- Gonzalez Alvarez, R. (2013). *Neoprocesalismo*. Lima: Ara Editores.
- Gordillo, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas Tomo 5, El Procedimiento Administrativo*. Obtenido de Fundación de Derecho Administrativo: http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo1.pdf
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas Tomo 1, Parte general*. Recuperado el 2015, de Fundación de Derecho Administrativo: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Capítulo IX Las Funciones del Poder*. Obtenido de Fundación de Derecho Administrativo: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIX.pdf
- Gordillo, A. (s/f). *La Defensa del usuario y del administrado*. Obtenido de Fundación de Derecho Administrativo: <http://www.gordillo.com/tomo2.html>
- H. CONGRESO NACIONAL. (12 de 09 de 2014). *Superintendencia de Bancos del Ecuador*. Obtenido de http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/Ley_general_seguros_12_sept_14.pdf
- Hernandez, R., Fernandez, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. Colombia.
- Instituto Nacional de Compras Públicas. (2008). *Reglamento general de la ley orgánica del sistema nacional*. Obtenido de ECOMUNDO: http://gye.ecomundo.edu.ec/doc_aula_virtual_ecotec/documentacion/actividades_y_eventos/27835_2008-CEE-GLYNCH-00739.pdf

- Jaramillo, C. I. (1998). *Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro*. Bogotá: JAVEGRAF.
- Marienhoff, M. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ta ed., Vol. Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Mármol, G. (2013). *Nueva legislación de contratación pública en el Ecuador: la historia de una sorpresa*. Obtenido de PASA APF Asociación Panamericana de Fianzas Panamerican Surety Association: http://www.apfpasa.ch/index.php?p=articulos/marmol_sp&sec=formacion&banner=b-formacion-articulosanteriores
- Marmol, G. (7 - 9 de 10 de 2015). *XII SEMINARIO TÉCNICO DE FIANZAS Y SEGURO DE CRÉDITO*. Obtenido de Asociación Panamericana de Fianzas (Panamerican Surety Association): http://www.apfpasa.ch/eventos/paraguay15/Marmol_Esp.pdf
- Olvera, L. (2000). *Principios del Procedimiento Administrativo*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf>
- Oyarte, R. (2015). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Amparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Padigua, E. L. (2010). *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Madrid: Colex.
- Pérez, E. (2015). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Registro Civil (2013). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Obtenido de Registro Civil Identificación y Cedulación: <http://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-14-LEY-ORG%3%81NICA-DEL-SISTEMA-NACIONAL-DE-CONTRATACI%3%93N-P%3%9ABLICA-leyes-conexas.pdf>
- Rosemberg. (1951). *Lehrbuch dees dechtenZivilprozessrecht München* (5ta ed.).

- Seguros Confianza S.A. (2015). *Reclamos Administrativos*. Obtenido de Seguros Confianza S.A. Fianza y Crédito: <http://www.confianza.com.ec/nosotros/transparencia-de-informacion/reclamos-administrativos/>
- Servicio Nacional de Contratación Pública (2014). *Manual de Usuario Contratación Directa - Terminación Unilateral Dirigido a Proveedores*. Obtenido de Compras Públicas Servicio Nacional de Contratación Pública: <http://portal.compraspublicas.gob.ec/compraspublicas/sites/default/files/manuales/Contrataci%C3%B3n%20directa%20Terminaci%C3%B3n%20Unilateral%20-%20Proveedores.pdf>
- Suarez, F. (2005). Análisis y crítica del artículo 42 de la Ley General de Seguros del Ecuador. *Novedades Jurídicas, Ediciones Legales*.
- Torres Gallegos, G. (1995). *Terminación Unilateral de Contratos Administrativos*. Quito: Trama.
- Torres, E. P. (2013). *La ejecución de la póliza de Fianza en el Sector Público del Ecuador*. Obtenido de Repositorio Digital UIDE: <http://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/287/1/T-UIDE-0266.pdf>
- Universidad Ecotec. (2008). *Documentación investigaciones estudiantes trabajos de clases*. Obtenido de Universidad Ecotec: http://www.ecotec.edu.ec/documentacion%255Cinvestigaciones%255Cestudiantes%255Ctrabajos_de_clases/27048_2008-CEE-GLYNCH-00562.pdf
- Villanova, S. R. (1943). *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*. Madrid: Universidad Compluense de Madrid.
- Zambrano, A. (2005). *Memorias del Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Obtenido de Ponencias de Estudiantes: <http://www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/comision1/Ponencia11.doc>

ANEXOS

ANEXO NO.1: SENTENCIA NO.218-14-SEP-CC Caso 2132-11-EP

AUTOR: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

ANEXO NO. 2: Resolución No. 686-2002-RA

AUTOR: Tribunal Constitucional del Ecuador

ANEXO NO. 3: Oficio No. SCVS-SG-2015

AUTOR: Superintendencia, Valores y Seguros



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Gabriel Mármol Blum, con C.C: # 0908113194 autor del trabajo de titulación: Vías Procesales para la ejecución del seguro de fianza en la legislación ecuatoriana previo a la obtención del grado de **MASGISTER EN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 17 de enero del 2016

f. _____

Nombre: Gabriel Mármol Blum

C.C: 0908113194



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Vías Procesales para la ejecución del seguro de fianza en la legislación ecuatoriana.		
AUTOR(ES)	Mármol Blum, Gabriel		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dra. Teresa Nuques Martínez; Dr. Francisco Obando Freire		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	6 de febrero del 2017	No. DE PÁGINAS:	58
ÁREAS TEMÁTICAS:	Vías procesales, legislación ecuatoriana.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho Procesal Administrativo- Derecho al debido proceso administrativo- Abuso del Derecho.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	El presente trabajo tiene su enfoque desde el derecho procesal administrativo, relacionado con el derecho de seguros particularmente en sede administrativa y el principio del debido proceso, como principio transversal del sistema procesal ecuatoriano. Este estudio se propone determinar los problemas en la ejecución de las pólizas de seguro de fianza por los beneficiarios del sector público, a formular un procedimiento administrativo que cumpla con el principio del debido proceso, a efecto de que no se mermen los derechos de las partes contratantes del seguro de fianza y particularmente se proceda a sanciones administrativas que inclusive pueden llegar a la liquidación de una compañía aseguradora o la quiebra de una empresa contratista. Al respecto se propone una reforma al recientemente expedido Código Orgánico Monetario y Financiero y a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0999852977	E-mail: gabriel@confianza.com.e	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Obando Ochoa, Andrés Isaac		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	