



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

EL PAGO EX GRATIA VS EL PAGO DE LO NO DEBIDO EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA

Monografía previa a la obtención del Título de
Abogada de los Tribunales de Justicia de la
República del Ecuador y Licenciada en Ciencias
Políticas y Sociales.

Autora:

Nancy Lorena Quito Merchán

Director:

Dr. Edgar Geovanni Sacasari Aucapiña

Cuenca – Ecuador

2016



Resumen

En la presente monografía se aborda dos tipos de pago, el pago de lo no debido reconocido como un cuasicontrato en el ámbito civil y el pago ex gratia que se utiliza por costumbre en el quehacer diario en el ámbito mercantil concretamente en seguros. Debido a la falta de regulación del pago ex gratia pero a su existencia real en el mundo jurídico es necesario encontrar las normas escritas aplicables a dicha figura, al igual que saber diferenciarlo del pago de lo no debido por ello en el presente trabajo se analiza qué normas del ámbito civil y mercantil son aplicables al pago ex gratia, normativa que deba ser observada en el caso de presentarse inconvenientes jurídicos para dar seguridad jurídica a los ciudadanos que pueden verse inmersos en problemas relacionados con este tipo de pago; precisamente para dilucidar la aplicación y regulación de ambas figuras jurídicas se analiza un caso práctico real en donde los administradores de justicia resuelven un pago de lo no debido bajo el argumento de ser un pago ex gratia.

PALABRAS CLAVES: Pago Ex gratia, Pago de lo no debido, principio indemnizatorio, Libertad Contractual, Donación Remuneratoria, No indemnizatorio



Abstract

In the present monograph it is approached two payment types, the payment of the no due grateful as a cuasicontrato in the civil environment and the gratia payment that it is used by habit in the daily chore in the mercantile environment concretely in sure, due to the lack of regulation of the gratia payment but to their real existence in the juridical world is necessary to find the applicable positive norms to this figure, the same as to know how to differentiate it of the payment of the no presently by it work it is analyzed what norms of the civil and mercantile environment they are applicable to the gratia payment, normative that should be observed in the case of being presented juridical inconveniences to give security to the citizens that can be it turns in problems related with this payment type; in fact to elucidate the application and regulation of both juridical figures is analyzed a real case where the administrators of justice solve a payment of the no due under the argument of being a gratia payment.

KEYWORDS: Ex gratia payment, payment not due him, compensation principle, Freedom Contract, Donation remunerative, not compensation



Contenido

Resumen	2
Abstract	3
Contenido	4
Cláusula de derechos de autor	6
Cláusula de propiedad intelectual	7
Capítulo 1	12
1.1 Generalidades	12
1.2.1 Historia del pago de lo no debido	13
1.2.2 Historia del pago ex gratia	15
1.2 Definición de Pago.....	17
1.3.1 El pago dentro del contrato de seguro	18
1.4 Principios aplicables a cada una de las figuras.....	19
1.4.1 Principios aplicables al pago de lo no debido.....	19
1.4.1 Principios aplicables al pago ex gratia	23
1.5 Características propias del pago ex gratia y del pago de lo no debido	29
1.5.1 Pago de lo no debido	29
1.5.2 Características del pago ex gratia	30
1.6 Definiciones de cada figura.	34
1.6.1 Pago de lo no debido	34
1.6.2 Definición de pago ex gratia.....	34
Capítulo 2	36
Normativa aplicable tanto al pago ex gratia como al pago de lo no debido	36
2.1 Constitución del Ecuador.....	36
2.3 Código de Comercio.....	55
2.4 Ley General de Seguros reformada por el Código Orgánico Monetario y Financiero.	57
Capítulo 3	60



Análisis y comparación entre las dos figuras propuestas	60
3.1 Similitudes	60
3.2 Diferencias	61
3.3 Aplicabilidad de cada una de las figuras	62
3.4 Aplicación a un caso en concreto	64
Juicio N° 168-2007 ordinario por pago de seguro propuesto por El Fénix del Ecuador contra el Ministerio de Defensa y otros.....	64
Recomendaciones.	77
Bibliografía.....	78
Anexos	83



Cláusula de derechos de autor



Universidad de Cuenca
Cláusula de derechos de autor

Nancy Lorena Quito Merchán, autora de la Monografía "EL PAGO EX GRATIA VS EL PAGO DE LO NO DEBIDO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Enero de 2016

Nancy Lorena Quito Merchán

C.I: 0106545940



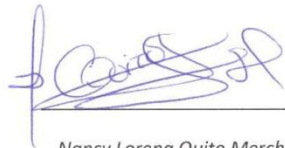
Cláusula de propiedad intelectual



Universidad de Cuenca
Cláusula de propiedad intelectual

Nancy Lorena Quito Merchán, autora de la Monografía "EL PAGO EX GRATIA VS EL PAGO DE LO NO DEBIDO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Enero de 2016



Nancy Lorena Quito Merchán

C.I: 0106545940



Agradecimiento

En primer lugar agradezco a Dios, a mis padres por el apoyo incondicional para culminar mis estudios universitarios y sobre todo para realizar este trabajo, por la dedicación de mi madre al cuidado de mi familia lo que me permitió finalizar esta monografía, y de quien he aprendido a no darme por vencida, a trabajar por lo que deseo y a superarme.

A mi amado esposo por el apoyo no solo económico, sino de tiempo y compañía para que pueda alcanzar esta meta más en mi vida.



Dedicatoria.

Este trabajo y todos mis logros universitarios se lo dedico al ser que más se sacrificó en este trayecto, a mi hija Camila, con quien en estos años de universidad dejé de compartir parte de su infancia.

A mi bebé Santiago, quien llegó inesperadamente pero que se convirtió junto con su hermana en el motor para superarme cada día más.



Introducción

En la presente monografía se aborda dos figuras del derecho privado tanto civil y mercantil, como son el pago de lo no debido y el pago ex gratia, figuras poseedoras de particulares características cada una. Así tenemos al pago de lo no debido como aquel pago que se realiza sin tener la obligación de realizarlo y que se configura dentro de nuestra legislación civil como un cuasicontrato, en tanto que el pago ex gratia, propio en materia de seguros se lo considera como un pago realizado por el asegurador sin tener la obligación de realizarlo, pero que lo realiza conscientemente con el fin de evitar gastos u otros problemas en su relación con el beneficiario o con el asegurado. Sin duda el pago de lo no debido es una figura muy conocida tanto por profesionales, administradores de justicia y estudiantes, empero el pago ex gratia carece de esa popularidad por pertenecer a una rama del derecho no muy común, como es el derecho de seguros en el cual participan generalmente empresas o personas con mayores posibilidades económicas en comparación de un pago de lo no debido del cual puede ser perjudicado cualquier persona sin considerar el monto de su perjuicio; por esta razón y tras encontrar jurisprudencia ecuatoriana donde se aborda ambos temas, especialmente el pago ex gratia ante su novedosidad y falta de información del mismo se realiza este trabajo de investigación; así pues desarrollo tres capítulos referentes a estas figuras.

En el primer capítulo se aborda la historia, las definiciones, características y principios aplicables a cada una de las figuras jurídicas pues es importante saber identificarlas para poder ubicarlas dentro del ordenamiento jurídico, ya que conocer las bases que rigen a cada figura resulta fundamental para así entenderlas en su todo, pero ante la falta de material bibliográfico especialmente sobre el pago ex gratia se aplicó el método deductivo y analítico pues a partir de los conceptos, elementos, principios dentro de los cuales el más importante y discutible del tema es el indemnizatorio que caracteriza a los seguros, aspectos en general que rigen al derecho civil y mercantil así como de la normativa general vigente me permitieron dividir a esta figura en sus partes y éstas ir las adecuando a las normas jurídicas, por ello pude colegir qué normas y de qué cuerpos legales



son aplicables para regular un pago ex gratia, y esto precisamente es desarrollado en el capítulo segundo, donde luego de leer y analizar cuerpos legales como la Constitución de la República, Código Civil, Código de Comercio, Ley General de Seguros Reformada por el Código Orgánico Monetario y Financiero deduje las normas implícitas que regulan un pago ex gratia y las normas explícitas, especialmente del Código Civil que regulan el pago de lo no debido.

Finalmente, en el tercer y último capítulo pude hacer las comparaciones entre ambas figuras y sacar sus similitudes, diferencias, su aplicabilidad pues entre ellas existen puntos de encuentro que pueden llegar a confundirnos y confundirlas sino se identifica sus diferencias, las cuales marcan la particularidad de cada figura. Sobre todo en este último capítulo se aplica lo estudiado a un caso real donde la Jurisprudencia en el recurso de casación por pago de lo no debido se lo deniega a la parte actora, una empresa de seguros, bajo el argumento de verificarse un pago ex gratia que personalmente considero carecía de esa naturaleza, por no ser un pago indemnizatorio como se advierte en el fallo.

Al concluir este trabajo de investigación, me reafirmo en la hipótesis que el pago ex gratia no es un pago indemnizatorio, sino a mi parecer es sui generis, además de que este pago es incompatible con el pago de lo no debido.



Capítulo 1

1.1 Generalidades

Generalmente se dice que el Derecho Mercantil es una rama que surgió de la madre del Derecho Privado que es el Derecho Civil, división dada por las necesidades propias y urgentes de un grupo del colectivo, los comerciantes, que en un momento dado vio la necesidad de crear una regulación que responda a sus necesidades e intereses, pues aquel grupo buscó " *soluciones a los actos que el derecho civil no los tenía por su rigidez y formalismo*" (Cevallos, 23 tomo 1), es así que nace el derecho mercantil como una rama autónoma sin la formalidad de los rituales civiles y que inició como una compilación de las costumbres de esa comunidad.

En cambio, el derecho civil tiene su origen mejor desarrollado en el derecho romano con el *ius civile*, como norma de derecho privado busca regular las relaciones de los ciudadanos de un lugar geográfico, así como regulaba el *ius civile* a los ciudadanos romanos, pues es el "*derecho propio de los nacionales de un país o Estado*" (Alessandri, 83). En forma concreta esta rama del derecho se concibe como "*el conjunto de principios y preceptos jurídicos sobre la personalidad y las relaciones patrimoniales y de familia.*" (Alessandri, 83)

Al ser el derecho civil general y común, por no estar dirigido a un grupo en específico de personas y por no existir otra rama del derecho especial que regule dichas relaciones, además por ser la norma supletoria por excelencia que sirve de base para llenar vacíos o lagunas jurídicas que no pueden ser completadas con otras leyes, se diferencia del derecho mercantil pues este es especial dirigido al grupo específico de la sociedad como son los comerciantes, cuyas normas están destinadas a regular y solucionar problemas propios de este grupo y solamente en caso de no existir norma concreta para el caso específico se recurre a las normas civiles.



Entendidas así estas dos ramas, dentro de cada una de ellas han surgido dos figuras de una interesante regulación cada una, el pago de lo no debido y el pago ex gratia, figuras con características propias pero que dentro de su estudio podríamos encontrar similitudes y diferencias producto de su origen común, el Derecho Privado.

Nuestra legislación civil considera al pago de lo no debido como un cuasicontrato cuyo estudio legal podemos encontrarlo a partir del art. 2195 del Código Civil ecuatoriano, y que a consideración del legislador se puede verificar tanto en cosas fungibles tanto como de especies.

En cambio, dentro de la legislación mercantil, en la ley pertinente, es decir la Ley General de Seguros no se encuentra una regulación taxativa del pago ex gratia, tanto así que esta figura por el objeto mismo del contrato de seguros en muchos casos se puede dar en cosas fungibles, es decir dinero sin perjuicio de determinados casos que se de reposición de objetos materia del seguro, al ser *una prestación patrón que sirve de medida a casi todas las prestaciones.* (Valencia, 10).

El pago ex gratia es parte de las obligaciones de los negocios jurídicos unilaterales, donde quien recibe el pago se compromete al abandono de sus derechos de acudir a otras instancias para reclamar derechos que eventualmente creyere vulnerados en relación con el asegurador, esto en razón de que dicha renuncia es un “ *abandono considerando como una especie del género renuncia de derechos, que es una manifestación de voluntad unilateral de dimisión de un derecho de carácter patrimonial...se precisa como elementos: capacidad del que lo realiza y que el derecho sea renunciable acorde con la ley.* (Cevallos, Contratos civiles y Mercantiles 40.)

1.2 Antecedentes históricos de las dos figuras propuestas.

1.2.1 Historia del pago de lo no debido.

Debido a que nuestro ordenamiento jurídico civil tiene como orígenes el Derecho Romano, resulta importante referirnos en primera instancia a éste.



Fue ahí donde se fijó que quien hizo un pago por error que no debía “*le nace la obligación de devolver... siempre que se produzca un aumento patrimonial para una persona sin que exista una causa que pudiera justificarlo*”(Aguilar, 1), creándose para cada caso en concreto una acción especial, que “*fueron aplicaciones de un tipo de acción abstracto: la *condictio*, considerada como la más importante de las acciones civiles *in personam**”(Aguilar,1), de ahí que el autor Arias Ramos citado por Bito Aguilar en su tesis doctoral, nos da cinco tipos principales de “*condiciones*” ,tenemos así:

- *La “Condictio indebiti” corresponde propiamente al pago de lo no debido;*
- *La “Condictio ob causam datorum” por medio de la cual se reclamaba la devolución de lo que se había entregado por una causa lícita futura, que no llegó a producirse;*
- *La “Condictio ob turpem causam” con la que se reclamaba la devolución de lo entregado bajo el supuesto de que el que recibía se abstuviera de una mala acción, si quien hace la entrega también persigue un fin deshonroso no podrá hacer uso de dicha “condictio”;*
- *La “Condictio ob iniustam causam” muy similar a la anterior, de la que se diferencia en que el fundamento de la entrega no tenía validez jurídica, sin que existiera, de por medio ningún hecho delictuoso;*
- *La “Condictio sine causa” que recogía varios casos en los que surgía la obligación de devolver lo recibido sin una causa suficiente, cuando no podía acudirse a cualesquiera de los cuatro grupos ya enumerados, se recurría a este último. (Aguilar, 1)*

Otro antecedente histórico del pago de lo no debido lo encontramos dentro del antiguo Derecho Español que, además de ser influenciado por el Derecho Romano supo desarrollar los llamados "Fueros", en especial de "el *Fuero Real y las Siete Partidas*"; el primero influenciado por el Derecho



Romano y *"complementada con las ideas jurídicas del pueblo castellano que predominaban en cuanto a contenido"* (Aguilar,1) donde se estableció que cuando alguien esté obligado a dar o hacer y otra persona debía ejecutar la obligación por él *" puede demandarlo aun cuando el verdadero sujeto pasivo no le haya pedido que cumpla la obligación no sufre un error, sino que simplemente está pagando una obligación ajena a sabiendas"* (Aguilar,1) más en el segundo cuerpo legal *"se advierte notablemente la inspiración de la doctrina del derecho romano justiniano, predominando sobre las ideas jurídicas locales existentes en la época"*(Aguilar,1) y es ahí donde se reguló el pago de lo no debido y se permitía repetir lo pagado por error probando el pago hecho por error; incluso cuando pagó teniendo la sola duda de que si le pertenecía o no la obligación de pagar.

Luego, con la conquista española a América se introdujo este sistema jurídico en las colonias donde tuvieron *"una vigencia más efectiva que en la propia metrópoli, pues aquí no se tenía que luchar para su aplicación como derecho supletorio contra las normas jurídicas locales o fueros municipales..."* (Aguilar, capítulo 2 punto 1).

Dentro de la modernidad fue el código alemán el cual trató de los enriquecimientos injustos y por ende del pago de lo no debido o *condictio indebiti* por primera vez en 1900. (Valencia, 448).

1.2.2 Historia del pago ex gratia

Para remitirnos a su historia y al no encontrar fuentes que registren la historia en forma concreta del surgimiento de esta figura, debemos en primer lugar ubicarnos dentro de la rama del derecho en la cual se encuentra, que es precisamente el Derecho Mercantil, concretamente en materia de seguros que obviamente es una rama mucho más joven que su madre el Derecho Civil, que data de siglos de historia principalmente en el derecho Romano y Griego.



Es entonces importante para este punto revisar la historia del Derecho Romano en la clasificación de las “condictio”, aunque como figura jurídica su origen data de la mano de la aparición de los seguros, puedo colegir que el pago ex gratia se hubiese podido ubicar dentro de las condictio sine causa, pues dentro de este grupo constaban las situaciones de enriquecimiento no imputables a la otras condictio, lo cual es cuestionable ya que al ser esta figura de seguros se *sugieren basados en el principio de mutualidad.*(Mellij,24)

Cabe razonar que al ser parte del Derecho Mercantil y que su historia se remonta a los comerciantes marítimos, en forma más concreta al Derecho de Seguros que surgió en Italia, con la aparición de los contratos de seguros principalmente en Génova en el siglo XIII y en otras ciudades no solo italianas sino francesas e inglesas se empezó a limitar la responsabilidad de los aseguradores quienes solamente respondían por los riesgos cubiertos descritos en la póliza, " *en principio la prima era pagada solo si la empresa llegaba a feliz término de otra forma, se esperaba el pago de la indemnización sin haber realizado ninguna erogación a título de prima, aunque... pronto prevaleció la costumbre ... de que el premio se debía incondicionalmente*". (Mellij, 29), donde probablemente pudieron darse problemas al momento de cuantificar las indemnizaciones y, pues según la revisión histórica que hice de este punto como no he encontrado vestigios de parámetros para su pago, me permito imaginar que se pudieron haber realizado pagos ex gratia con fines indemnizatorios, es decir un pago sin obligación de hacerlo, pero realizado por la simple bondad y en pro de evitar problemas más onerosos, más aún considerando que a la época la informalidad en el comercio reinaba para agilizar la economía y bienestar de los comerciantes que a diario hacían uso del transporte marítimo.

Aún hoy no existe una regulación expresa de esta figura en el Ecuador, “*a pesar de la evolución en la legislación de seguros en el siglo XIX con la ley belga, holandesa y húngara y en el siglo 20 donde surgieron nuevas ramas como con el derecho aeronáutico*” (Mellij, 32) ni siquiera con la regulación y



vigilancia del estado mediante entes encargados de la protección básicamente de la parte débil del contrato como es el asegurado.

En definitiva no hay rastros de una fecha en concreto donde surgieron los pagos ex gratia en seguros, pues estos han ido surgiendo con la misma evolución de la materia, siendo especiales, me atrevería a denominarlos sui generis; sin embargo éstos no pueden quedar fuera del amparo legal y el hecho de carecer de una regulación expresa no es sinónimo de su inexistencia, a decir de Rivarola citado por Amadeo Soler Aleu en su libro *Agentes y productores de seguros,* " *en la vida moderna los hechos que en ella se producen no esperan a que las leyes se sancionen para regirlos: ellos ocurren con ley o sin ley que los regule; y mientras tales hechos no constituyan una violación del ordenamiento jurídico vigente, esos hechos voluntarios lícitos constituyen actos cuyos efectos jurídicos exigen y deben tener solución, pues han sido celebrados para crear o extinguir relaciones jurídicas.* (31)

1.2 Definición de Pago

Nuestro Código Civil vigente define al pago como la prestación de lo que se debe, entendido más como una forma de extinguir las obligaciones, aunque comúnmente se restringe la palabra pago al cumplimiento de las obligaciones con las prestaciones económicas en dinero; pero como lo define el código las prestaciones no solo pueden ser en dinero sino también " *en transmitir la propiedad, las de constituir derechos reales, las de hacer cesión de créditos o de realizar prestaciones de mero hacer o servicios*" (Valencia, 487).

Además el pago puede ser de dos clases: el pago efectivo y el no efectivo, el primero cuando se cumple con la *prestación convenida* y en el segundo caso cuando es *reemplazarla por una nueva obligación (novación) o por*



prestación distinta (dación en pago)(Valencia, 487); incluso puede existir un cambio de objeto para el pago.

1.3.1 El pago dentro del contrato de seguro

En el contrato de seguro encontramos que tanto el asegurador como el asegurado tienen una obligación de pago, que en la generalidad de los casos es una prestación dineraria, sin perjuicio que el pago sea en especie, es decir, sea la reparación o reposición del bien que sufrió el siniestro para el asegurador, y tiene la obligación de indemnizar; dicha indemnización se verifica a través del pago en dinero. En cuanto que el asegurado su *principal obligación* es el pago de la prima

“que representa la contraprestación del riesgo asumido por el asegurador...constituye un elemento esencial del seguro y, sin acuerdo de las partes sobre la misma, no habrá contrato... vienen determinadas con arreglo a tarifas que se elaboran por comisiones técnicas sobre bases estadísticas y matemáticas. La prima se paga anticipadamente y es indivisible en el sentido de que una vez pagada la hace suya íntegramente el asegurador aunque cese la cobertura del seguro”. (Uría, 621)

Aunque esta no sea una obligación exclusiva del asegurado, pues dependiendo del tipo de seguro será también obligado a su pago el tercero que contrató el seguro, el tomador del seguro o incluso personas ajenas al contrato de seguro pero que tienen un interés directo en su vigencia como por ejemplo el *acreedor hipotecario que desea mantener cubierto el bien hipotecado contra el riesgo de incendio*, y en el caso ecuatoriano es el solicitante del seguro el obligado directo al pago de la prima pudiendo incluso exigir al beneficiario o al asegurado en caso de su incumplimiento, ya que *“El interés asegurado tiene necesariamente un valor económico que, en unos seguros se determina a posteriori por criterios rigurosamente objetivos... y en otros aparece determinado apriorísticamente con arreglo a cantidades fijas, establecidas legal o convencionalmente. .. No hay que confundir el valor del interés que se asegura con la llamada suma asegurada*



que representa la medida en que queda cubierto por el seguro el interés asegurable esa suma...no solo sirve de base para el cálculo de la prima sino que representa el límite máximo de la prestación del asegurador sobre la suma asegurada como límite de la indemnización”. (Uria, 610 611)

Para que el pago sea válido debe hacerse al “asegurador o la persona por él autorizada, incluso el agente con facultades para celebrar el contrato también puede recibir los pago pertinentes”, (Mellij, 20), además de ello el pago debe hacerse en el lugar convenido para ello, y a falta de este en el domicilio del asegurador cuando el asegurado esté en mora, pero en todo caso probar que el pago efectivamente fue hecho le corresponde al asegurado, así como la indemnización correspondiente por el suceso del siniestro que debe pagar el asegurador (art 17, 18, 22 Decreto supremo 1147)

En la forma de pago se pueden utilizar diferentes medios de pago, el principal el pago en dinero, sin perjuicio de que puede pagarse “mediante giro o cheque a la orden del asegurador, pero en estos casos la cancelación de la deuda solo se hará efectiva cuando los fondos girados sean efectivamente transferidos a la cuenta del asegurador,... una excepción resultará cuando el asegurador emita recibo sin realizar reserva alguna (Mellij, 21). Empero puede garantizarse el pago mediante un crédito como pagarés a la orden del asegurador (Mellij, 21) o letras de cambio, más aun en la actualidad incluso puede pagarse con tarjetas de crédito o dinero electrónico en nuestro país, todo dependerá de la estipulación contractual.

1.4 Principios aplicables a cada una de las figuras

1.4.1 Principios aplicables al pago de lo no debido

Buena fe.



Entendida la buena fe como lo que "obliga a todos a observar una determinada actitud de respeto y lealtad, de honradez en el tráfico jurídico, y esto, tanto cuando nos encontramos en el ejercicio de un derecho como en el cumplimiento de un deber." [1] la buena fe como un principio general de derecho, en el cuasicontrato del pago de lo no debido, la encontramos al momento de realizar el pago, pues el deudor creyéndose obligado a cumplir una obligación que no la tenía hace el pago de buena fe, sin la intención que causarle un daño al supuesto solvens- acreedor, quien a su vez recibe el pago también guiado en el mismo error; y por el mismo principio debe restituir lo pagado- cobrado, puesto que en ambos casos por este principio las personas deben obrar "correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente." [2] ya que si actuaran con mala fe estarían incluso abusando del derecho, es decir irían en contra de este principio, principalmente porque para que se verifique este principio es imperante que sea "ignorancia pero legítima ignorancia, esto es, tal que con el uso de la normal diligencia no hubiera podido ser superada." [3].

No enriquecimiento a expensas de otros

"Es frecuente que una persona se enriquezca a costa de otra. El incremento de un patrimonio suele provocar el correlativo deterioro de otro." (Sanhueza, 1), precisamente porque existen causas lícitas que permiten este incremento en un patrimonio y el detrimento del otro, el problema surge cuando no existen causas lícitas para que dichos sucesos se realicen, de ahí que surge la teoría del enriquecimiento injusto que a decir de Josserant, citado por Sanhueza indica "el equilibrio entre los patrimonios enfrentados se ha roto injustamente; como en el caso del delito, pero en condiciones diferentes, hay lesión injusta. Consistirá el remedio en dar al enriquecedor un crédito contra el enriquecido, lo mismo que se confiere a la víctima de un delito una acción contra el autor del hecho dañoso; en hacer así del enriquecimiento ilegítimo, lo mismo que del delito o cuasidelito, una fuente de obligaciones; en armar al enriquecedor con una acción de indemnización, de recuperación, que se llama acción de in rem verso" (1) lo cual tiene su



asidero ya en Roma en su digesto al contemplar que" es justo, por derecho natural, que nadie se haga más rico con daño y perjuicio de otro", presupuesto que no solo es lógico sino que responde al más alto valor que actualmente se busca en este estado constitucional de derechos que es la Justicia.

En virtud de este principio quien realizó el pago sin causa justa tiene pleno derecho a que se le restituya lo suyo pues obró de buena fe y sin existir una obligación que extinguir, quizá este es el principio más importante que fundamenta el pago de lo no debido, ya que permite restablecer el orden y la paz social lo cual evita a futuro el desorden y la justicia por mano propia.

Legalidad.

Este principio en general se entiende como que toda actuación debe ceñirse a lo que señala la ley, más aun en cuanto existen sanciones que puede ser sujeto una persona por incumplir lo que ella manda, prohíbe o permite, así dota de certeza y seguridad a los ciudadanos al saber que sus conductas y sanciones se encuentran reguladas con anterioridad *"pues supone que todo aquello que se realice ... deben adecuarse a las permisiones de la ley pues... se corre el riesgo de que aquello que se realice se convierta en antijurídico o contrario a la ley y consecuentemente declarado nulo."* (Camargo, 3), motivo que permite a la ley tener plena supremacía.

Ahora bien, cabe preguntarse si de acuerdo a la creciente corriente del neo constitucionalismo al cual el Ecuador se embarcó a partir de la constitución del 2008, si este principio de legalidad ha quedado un poco restringido^[4] (página 48) por las nuevas tendencias neopositivistas, a lo cual me inclino a creer que por ser un campo exclusivamente civil, incluso mercantil, en el tema propuesto la legalidad no se ha visto afectada por la supremacía de la constitución con la cual debe guardar armonía todo el ordenamiento jurídico, pero que por tratarse de derechos económicos, derechos humanos secundarios según Ferrajoli, es plenamente vigente este principio.



Autonomía de la voluntad

Debemos considerar a este principio como “el poder de autodeterminación de la persona; es «aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social»...”^[5] al permitir una mayor producción de negocios jurídicos no regulados, y que simplifican el trabajo del legislador en tanto que disminuye su labor legislativa, en virtud de que por simple naturaleza humana resultaría imposible regular todas las actividades del hombre dentro de sus interrelaciones sociales.

Por este principio “que contribuyó a la desaparición del formalismo” ^[6] se basa en “una doctrina de filosofía jurídica, que proclama que las obligaciones se sustentan en la manifestación de la voluntad de las partes” bajo el presupuesto de que no hay legislaciones o sistemas de derecho positivo autosuficientes para regular todas las actividades humanas y que por lo tanto en mayor o menor medida las mismas conceden eficacia jurídica a la iniciativa privada para generar y regular obligaciones entre los particulares. (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 23) con lo que ayuda a llenar vacíos legales y permiten que la dinámica jurídica no sea frenada escudándose en el argumento de falta de normas concretas que regulen esos cambios.

En nuestro sistema la autonomía de la voluntad está “subordinada al orden público según lo prescribe el art 9 del Código Civil que nos previene que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención ...” (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 24).



1.4.1 Principios aplicables al pago ex gratia

El autor Mellij dentro de su libro "Manual de Seguros", ha expuesto determinados principios técnicos en consideración a los seguros en general, de los cuales en razón del tema de investigación -pago ex gratia- me permitiré deducirlos.

El riesgo

Según la definición que nos trae el diccionario online de Mapre[7] tenemos que es:

"Combinación de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y sus consecuencias. Puede tener carácter negativo (en caso de ocurrir se producen pérdidas) o positivo (en caso de ocurrir se producen ganancias). En la terminología aseguradora, se emplea este concepto para expresar indistintamente dos ideas diferentes: de un lado, riesgo como objeto asegurado; de otro, riesgo como posible ocurrencia por azar de un acontecimiento que produce una necesidad económica y cuya aparición real o existencia se previene y garantiza en la póliza y obliga al asegurador a efectuar la prestación, normalmente indemnización, que le corresponde. Este último criterio es el técnicamente correcto, y en tal sentido se habla del riesgo de incendio o muerte para aludir a la posibilidad de que el objeto o persona asegurados sufran un daño material o fallecimiento, respectivamente; o se habla de riesgos de mayor o menor gravedad, para referirse a la probabilidad más o menos grande de que el siniestro pueda ocurrir. "

Así entendido el riesgo como un principio técnico general en seguros, es su objeto *"paliar los efectos negativos que produce la ocurrencia de los sucesos riesgosos"* (Mellij, 4), por lo cual una de esas formas es mediante el pago ex gratia, el cual busca satisfacer la necesidad económica que surge en caso de verificarse un riesgo, mas propiamente dicho el siniestro, pero siempre en determinados casos por ser un pago con carácter de:



“gestión comercial...cuando el asegurador que ha negado un siniestro sobre un objeto asegurado por considerarlo que el asegurado no ha cumplido con las obligaciones y cargas que tenía en el contrato o el siniestro no se ha realizado dentro de los límites de espacio, tiempo, causa establecidos en el contrato pero que aludiendo motivos comerciales en relación a ese contrato resuelve reconocer una suma determinada de dinero al asegurado” (Gaceta Judicial, 1396).

Principio de Mutualidad.

Este principio en seguros es quizá su piedra angular con el cual básicamente se busca el apoyo, económicamente hablando, de todos los asegurados creando así un fondo común con el cual *"Las pérdidas de pocos son cubiertas por la contribución de muchos. Según este principio, que merece ser el primero o más antiguo, las primas pagadas por una colectividad de aseguradores sirven para reponer, reparar o indemnizar las pérdidas de quienes sufran siniestros."* [8], aplica entonces al pago ex gratia que al ser una forma más de pago dentro del contrato de seguros, será tomado del aporte de todos para el provecho del beneficiario.

Principio de Buena Fe.

Se refiere a la obligación que tienen las partes intervinientes en un acto jurídico , negocio jurídico o contrato de hacerlo con honestidad, cuidado y diligencia indispensables para que los otros sujetos que también actúan como partes o los terceros interesados no sufran perjuicios o menoscabo, la inobservancia de este principio implica dolo, culpa o negligencia de una de las partes negociables y puede reportar responsabilidades de índole civil y eventualmente penal cuando se establezca la misma en legal forma. (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 31)

Que se resume básicamente en el obrar en forma correcta tanto el asegurador como el asegurado, apegados a la verdad en forma especial "el primero describiendo o exponiendo el riesgo tal cual es, sin eludir ni ocultar



nada, a fin de que el asegurador - al apreciarlo debidamente- lo cubra por equidad. Es obligación también del asegurador obrar de buena fe en la atención del siniestro. "[9].

Si bien el pago ex gratia es una prestación económica hecha en forma voluntaria y unilateral por el asegurador al beneficiario de la póliza, este principio es importante y debe primar al momento de que el asegurado lo reciba, pues de su denuncia del siniestro y de lo estipulado en el contrato de seguro dependerá el pago que realice el asegurador. Con este pago este principio impera en el obrar del asegurador; que en inicio y por principio del pago ex gratia no tiene la obligación jurídica de realizarlo.

Principio Indemnizatorio.

Por el cual a toda ocurrencia del siniestro estipulado en el contrato corresponde lógicamente el pago de la indemnización pactada, pues *"la prestación del asegurador es calculada en los seguros de daños patrimoniales conforme al daño realmente sufrido, por el interés asegurado y según la regla proporcional existente entre el valor de la suma asegurada y el interés sobre los bienes expuestos a riesgo al momento del siniestro. De tal manera... se puede establecer que la indemnización es al daño como el valor asegurado es al interés asegurable."*(Mellij, 5)

Dispersión.

"Infiere la necesidad de un riesgo que no esté generalizado y que no afecte contemporáneamente a una masa de personas o cosas". (Mellij, 6). Este principio técnico es requerido pues en caso de verificarse una falta de dispersión del riesgo al momento de realizarse el siniestro y de cumplir con la indemnización, más aún si se realizara pagos ex gratia, puede afectar de manera significativa al fondo común y dejar con problemas económicos (incluso quiebra) de la empresa aseguradora, lo cual no es un buen negocio.



Incertidumbre.

"Es una referencia a la ignorancia temporal de la posibilidad del suceso" (Mellij, 6). De no ser así el contrato carecería de objeto, ya que es propio de este tipo de contratos la *posibilidad* más *probabilidad* de la ocurrencia del siniestro, basado en estudios estadísticos, hechos o considerados por la aseguradora. Obviamente debe operar también la incertidumbre para realizar pagos ex gratia que son extraordinarios y operan en determinadas circunstancias.

Interés Asegurable.

"Es una relación lícita de naturaleza económica respecto de un bien determinado. Cuando este bien se halla afectado por un riesgo que puede dañarlo, se dice que el interés es asegurable. Y el monto por el cual se lo puede asegurar es el del valor real del interés." (Mellij, 7). En principio siempre puede existir un interés asegurable pero debe recaer siempre de operaciones lícitas y que cumpla con los demás principios técnicos. Para aplicar propiamente el pago ex gratia este principio debe ser válido dentro del contrato de seguros, de lo contrario no podría verificarse un pago ex gratia fuera del ámbito de seguros.

Riesgo asegurable.

"Es la amenaza de daño que afecta a un bien o a una persona, hay una referencia al riesgo en sentido amplio que comprende bajo esta denominación a la íntima relación de vinculación recíproca de tres elementos riesgo, interés y cosa." (Mellij, 10). En razón de este riesgo que en caso de verificarse en siniestro y si se cumple las condiciones se realiza el pago ex gratia por parte del asegurador. Este riesgo debe ser claramente *determinado*, *delimitado* e incluso *excluido* en el contrato para poder ser cumplido.

Agravación del riesgo.



"Cuando la agravación del riesgo es de una magnitud tal, que de haber existido así en la época de celebración del contrato el asegurador no hubiera hecho el negocio tendrá derecho a rescindir el contrato preavisando de ello al asegurado. Pero si la agravación cupiera dentro de los negocios aceptables para el asegurador, este procederá a recomponer el precio del contrato ajustando la prima al real estado del riesgo o reduciendo la indemnización pactada, según la prima ya cobrada y el precio del riesgo agravado." (Mellij, 14).

Lo cual no descarta el hecho de que el asegurador realice un pago ex gratia al momento de indemnizar pues queda a su libre arbitrio hacerlo o no, siempre que no afecte a sus finanzas.

Principio de Especialidad

Consistente en *"que solo quedaran amparadas por la cobertura del seguro aquellos riesgos que aparezcan expresamente individualizados en la póliza"* (Uria, 607). Tal y como se puntualizó en el punto sobre el principio técnico del riesgo, pues el pago ex gratia solamente opera cuando se ha negado un siniestro sobre un objeto asegurado.

Principio de Autonomía de la voluntad

Desde el punto de vista económico, que es el eje de este pago, se tiene que este principio surge a la luz del liberalismo económico, el estado aplica el principio del *laissez faire*, es decir debe dejar hacer, dejar pasar, es decir permitir toda iniciativa privada para las transacciones en bien del progreso económico según FLUR Y AUBET, CITADOS POR JORGE LOPEZ SANTAMARIA "el contrato garantiza la justicia y la utilidad social, pues el libre juego de las iniciativas individuales asegura espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económico". La ley de la oferta y la demanda en un libre mercado en el que el estado es un mero gendarme, es el fundamento económico de la autonomía de la voluntad privada como



generadora de actos o negocios jurídicos. (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 26)

Ante la insuficiencia o ausencia de normas jurídicas que regulen una situación determinada, la autonomía de la voluntad permite llenar el vacío legislativo. Como observa Messineo, las figuras contractuales nacen no de la fantasía de los juristas o de la inventiva de los legisladores, sino de la necesidad práctica que plantea los interesados el tráfico comercial. (Soler, 35). Por ello es principio calza perfectamente como fundamento del pago ex gratia, que al no estar regulado en nuestra legislación, encuentra en este la solución al vacío legislativo.

Principio del Consensualismo contractual y libertad contractual

Es la denominación de la doctrina que proclama que el acto o negocio jurídico existe y surte efectos jurídicos por el simple acuerdo de voluntades, sin la observancia de formalidades. (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 26)

Precisamente en materia mercantil, en seguros y en el pago ex gratia, por la facilidad y agilidad que requiere la materia esta debe ser menos formalista que la norma civil, sin que ello signifique la total ausencia de formalismo, pues no se puede prescindir del mismo, siempre estará presente aunque en menor grado.

Este principio está íntimamente relacionado con el principio de libertad contractual que *“Alude a la libertad para introducir el contenido de las cláusulas contractuales y la forma que debe adoptar el acto o negocio jurídico cuando la ley no obliga a que las partes se sujeten a una determinada solemnidad, y por cierto, siempre que dicha libertad no se encuentre en contraposición con la moral, las buenas costumbres y el orden público. (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 29), tanto así que el pago ex gratia puede ser introducido en el contrato de seguros como una cláusula especial o como un contrato aparte.*



1.5 Características propias del pago ex gratia y del pago de lo no debido

1.5.1 Pago de lo no debido

La *conditio indebiti* que hoy conocemos como el pago de lo no debido, debe reunir ciertas características para configurarse como un pago indebido así tenemos que debe existir:

1º) El pago, que podía consistir en una entrega de cosas o cantidades ciertas, o la prestación que se hubiera hecho de un servicio, en cuyo caso se reclamaba la correspondiente indemnización.

2º) Inexistencia de la deuda, entre el que hizo el pago y quien lo recibió. Este elemento comprende cuatro situaciones (1) la primera, se refiere al caso de quien paga encontrándose pendiente una condición, en este caso mientras el hecho contenido en la misma no se realiza, es decir mientras se haya pendiente la condición, no ha nacido la obligación, y por lo tanto hay inexistencia de la misma; en cambio cuando lo que está pendiente es el vencimiento de un plazo, la deuda ya existe ciertamente, y quien paga no podrá alegar que ha pagado lo indebido; por lo mismo, no podrá en este caso hacer uso de la “conditio indebiti”.

La segunda, cuando el deudor ha pagado más de lo que debía, hay inexistencia parcial de la obligación por todo lo que excede a su importe real.

La tercera, se refiere al caso de que el sujeto pasivo este sometido por una obligación natural, en cuyo caso si paga tampoco podrá reclamar lo pagado, porque aun cuando su deuda no existía según el derecho civil estricto, es de la esencia de las obligaciones naturales que autoricen al acreedor para retener válidamente, lo que se le ha pagado en razón de una obligación de esta clase.



Y la cuarta, trata del caso de una inexistencia ficta; es decir que la deuda realmente existió, pero el deudor, disponía de una excepción perpetua, contra la demanda del acreedor; en esta última situación, se considera que hay “indebitum” o sea que si el deudor por error ha pagado, tiene derecho a reclamar la devolución de lo pagado haciendo uso de la “condictio indebiti”.

El error, que entre los romanos no todo error, podía servir de base a la “condictio indebiti”, solamente se admitía el error de derecho, lo cual se mantiene en nuestro código civil actual, y dicho error debe ser con total falta de conocimiento, pues si no se configura en una donación probándose que lo hizo con pleno conocimiento tanto en el hecho como en el derecho, según lo dice nuestro código civil en su art. 2199.

Cuando estos tres elementos: pago, inexistencia de la deuda y error se encuentran reunidos se forma el “Indebitum per errorem solutum”, que da lugar a que pueda ejercitarse la “condictio indebiti”.

1.5.2 Características del pago ex gratia

Pago voluntario.

Teniendo en cuenta que el pago es la prestación de lo que se debe y que la voluntad no es más que *la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa, (Aristos, 804)* al ser resultado de tres momentos: *“deliberación consciente de los motivos que la llevan a la acción, decisión de poner en práctica el acto en cuestión, ejecución y la asunción de las responsabilidades...”*^[10] Los cuales configuran los denominados actos jurídicos que tienen transcendencia cuando se manifiestan en el mundo jurídico, de ahí la importancia de identificar la voluntad como *“el resorte que mueve y da vida al derecho, tanto porque el derecho es un producto social regulador de la conducta humana, cuanto porque la voluntad de cada individuo en particular ha tenido siempre un valor preponderante, reconocido por el derecho objetivo”*(León, 7)



Al ser el pago ex gratia un acto jurídico consecuencia de la manifestación de la voluntad del asegurador, busca *crear, modificar o extinguir derechos* (León, 8) que según BONNECASE, *produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.* Y como acto jurídico posee *dos elementos el primero de índole psicológica, voluntaria y personal y el segundo que constituye la norma de derecho objetivo* (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 16).

Configurado así el pago ex gratia, es decir un acto jurídico que se *caracteriza por el ingrediente de la voluntad del ejecutor que la ley califica en cuanto a su existencia o ausencia... consiste en la voluntad encaminada a producir efectos jurídicos.* (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 18). Debe estar libre de vicios y estar *encaminada a producir efectos jurídicos y eventualmente la observancia de formalidades... pero además para que sea válido debe ser idóneo o válido.* (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 19)

Falta de obligación

Precisamente en el pago ex gratia generalmente no existe la obligación de realizar dicho pago, porque no se estipula en el contrato de seguro o porque la ley no le exige, sino más bien surge de la aquiescencia y libre arbitrio del asegurador de hacerlo.

Para la jurisprudencia ecuatoriana *"no deja de ser un pago indemnizatorio aunque extraordinario, del asegurador, tiene su origen en y es aplicable a la relación contractual surgida a raíz de la suscripción del contrato de seguro. Es indemnizatorio, porque se lo realiza en virtud de la ocurrencia del riesgo asumido en el contrato de seguro; es extraordinario porque si bien no se halla previsto en el contrato de seguro, puede tener lugar bajo determinadas circunstancias que, a criterio del asegurador y de su política empresarial, ameriten l indemnización."* (Gaceta Judicial, 1393)



Personalmente considero que por esta característica es que el pago ex gratia es un pago **no indemnizatorio** en los seguros pues al contrario va en contra de ese principio, ya que nace de la voluntad y no como una obligación de pagar cuando se verifica el siniestro, a mi juicio es un error en los administradores de justicia considerarlo como un pago indemnizatorio, cuando en sí no lo es, porque *la obligación de indemnizar está subordinada siempre al surgimiento del evento dañoso previsto en el contrato...es presupuesto inexcusable de exigibilidad de aquella solo cuando surja un evento previsto en el contrato que produzca un daño, surgirá la obligación de indemnizarlo. La existencia de relación de la causalidad entre el evento y el daño constituirá una cuestión de hecho sometida a las reglas ordinarias de prueba. (Uriá, 623). En el pago ex gratia no existe una obligación que exija que solo deba darse en el acontecimiento del siniestro, ello en virtud de la autonomía de la voluntad del asegurador.*

Evitar gastos excesivos

Es el fin último de este pago, si consideramos que en el tráfico de seguros el asunto económico para el asegurador tiene primacía, todo lo que signifique un ahorro será aceptable a fin de evitar gastos innecesarios y excesivos; para cuidar las finanzas de una empresa más vale "un mal menor para evitar uno mayor. La técnica aseguradora requiere que la empresa de seguros obtenga su capital industrial de sus propios asegurados, según Soler que citando a Vivante señala a la empresa de seguros como " *aquella que asumiendo profesionalmente los riesgos ajenos, trata de reunir con las contribuciones de los asegurados un fondo capaz de proporcionar los capitales prometidos a esos mismos asegurados al vencimiento de la promesa. La empresa de seguros que desarrolla esta industria de manera normal, extrae de los mismos asegurados todo su capital industrial; y estos encuentran a su vez la mejor garantía de sus propios derechos en la integridad del fondo que ellos mismos han contribuido a formar...*" (Soler, 20) y para obtener el capital industrial suficiente la empresa debe lograr la *conservación de cartera... es decir*



mantener vinculados jurídicamente a la empresa de seguros a los asegurados mediante la renovación de los contratos. (Soler 20) como parte de esa estrategia y lograr acrecentar ese fondo común manteniendo a los clientes, es que la empresa genera los pagos ex gratia.

Cabe hablar dentro de este punto como realiza la empresa esos pagos, obviamente a través de sus dependientes e incluso a través de los denominados agentes de seguros quienes por un contrato de agencia *el proponente, "asume de manera estable el encargo de promover negocios o procurar la otra parte contratos de seguros mediante una remuneración por cuenta de esa otra parte que será la estipulante"*(Soler, 51) donde se puede incorporar una cláusula institoria que faculte a un agente *expresamente para realizar uno o varios actos jurídicos en su nombre y representación, (Soler 61)* los cuales realizados según lo previsto en el contrato expresa y taxativamente pasan a ser observados y respetados por parte del asegurador; incluso observar y realizar pagos ex gratia que el agente en su función de *"buen agente no puede limitarse a una función de simple gestor de ventas, sino que debe forzosa y principalmente actuar como un asesor "(Soler, 31)* en pro de buscar el éxito para la empresa.

Para ello el asegurador debe *"proporcionar los elementos necesarios para su gestión, tales como propuestas de seguros, tarifas, formularios de denuncia de siniestros y recibos de pagos primas y cualesquiera otros materiales necesarios para la correcta gestión del agente"*(Soler 102) elementos que le permitirán al agente actuar con eficacia, quien como contrapartida debe ser leal y actuar con *buena fe y fidelidad... dada la confianza (Soler, 109)* que debe existir entre él y la empresa: en vista de ello el agente debe informar al asegurador sobre *requerimientos del mercado (Soler, 110)* para asegurar y fomentar el éxito económico de la empresa, lo cual se busca con los pagos ex gratia figura que le permite *competir con éxito (Soler, 111).*



1.6 Definiciones de cada figura.

1.6.1 Pago de lo no debido

En nuestra vigente legislación no existe una definición del pago de lo no debido, debiendo así recurrir a las definiciones que nos trae la doctrina tanto como la jurisprudencia, como para el Autor Arturo Valencia el pago de lo no debido " *se realiza cuando una persona, por error, paga lo que no debe* ". (457). En forma más amplia y citando a Josserand en la Sentencia de segunda instancia en el caso 168-2007 de Juicio Ordinario por pago de seguro propuesto por El Fénix del Ecuador contra el Ministerio de Defensa y otros. Publicado en la Gaceta Judicial Serie XVIII N°4 de mayo-agosto 2007 página 1389 se indica que "*es preciso, en efecto, para que haya pago de lo indebido, que el solvens haya cometido un error, que haya pagado creyéndose obligado civilmente, si ha pagado a sabiendas la deuda ajena, o si sabía no estar obligado más que naturaliter, o si ha querido hacer una liberalidad al accipiens, se le niega la acción de repetición.*" Considerando la Sala que "*para que exista error y pago indebido es necesario que, sin existir la deuda, una persona realice un pago con la intención de extinguir la obligación, ... que el pago realizado no tenga una causa real y lícita y que exista error por parte de quien hizo el pago.*"

Más aun compilando las características del pago de lo no debido y en forma concreta podemos definir a esta figura como un pago realizado por error cuando hay inexistencia de una obligación.

1.6.2 Definición de pago ex gratia.

El término *ex gratia* es de origen latino y significa "por favor", razón de ello "*se utiliza con mayor frecuencia en un legal contexto. Cuando algo se ha hecho ex gratia , se ha hecho de forma voluntaria, por bondad o la gracia. En la ley , un pago ex gratia es un pago realizado sin el dador reconocer ninguna responsabilidad u obligación legal.*" (Wikipedia, 1)



Sin duda uno de los conceptos más completos es el que nos trae el diccionario virtual de seguros Mapre, el cual señala que *"se da este nombre al que efectúa el asegurador sin estar obligado a hacerlo a tenor del contrato de seguro. Normalmente se persigue con ello evitar los gastos excesivos que se producirían al tener que demostrar judicialmente, o de modo análogo, la improcedencia de dicho pago, cuyo importe no compensaría la cuantía de aquellos gastos.*

En tales casos, si mediase contrato de reaseguro, el reasegurador no será responsable de los pagos ex-gratia efectuados por la cedente, salvo en el caso de que los hubiera autorizado previamente o que en el contrato se indique expresamente que queda obligado a pagar su parte. "



Capítulo 2

Normativa aplicable tanto al pago ex gratia como al pago de lo no debido

2.1 Constitución del Ecuador

Dentro del nuevo modelo constitucional que se implantó en nuestro país a partir de la constitución de Montecristi de 2008, el Ecuador incursionó en el neo constitucionalismo donde la supremacía, incluso de normas supranacionales, ha modificado todo el marco jurídico vigente; más aún su aplicación e interpretación, principalmente en cuanto a derechos humanos se refiere, cabe entonces con esta brevísima introducción analizar la influencia de este cambio dogmático constitucional al ámbito privado, tanto civil y mercantil, cuanto a las dos figuras que son objeto de la presente investigación.

Art. 66 Derechos de libertad: Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Que dentro de la aplicación de este derecho cabe indicar que "*La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás.*" (Ferrajoli, 159).

En el pago de lo no debido se violaría este principio ,desde una visión muy restringida pues el hecho de acrecentar un patrimonio sin tener la obligación de hacerlo supone una desigualdad de quien paga, pues naturalmente solo debe pagar quien está obligado a hacerlo, lo cual le pondría en una situación de desigualdad frente al falso acreedor, en el sentido obvio de las obligaciones en general; frente a quien acrecienta su



patrimonio en virtud del pago, es situación de desequilibrio porque se lo beneficiaria sin justa causa, empero que sea voluntad explícita del que paga hacer una donación.

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

En el ámbito privado, donde prima el principio de la autonomía de la voluntad fundamentalmente en los negocios jurídicos que generalmente son fuentes de obligaciones, están basadas en este derecho, al desarrollar actividades económicas no solo necesarias para el sustento de la persona sino del desarrollo y progreso de la sociedad en general, es claro que al realizar un pago indebido se está quedando en contra al principio de la autonomía de la voluntad, pues erróneamente se cree extinguir una obligación que jamás se adquirió, no así en el pago ex gratia el cual por su propia naturaleza del giro de los seguros, para agilizar el tráfico comercial, evitar gastos innecesarios o excesivos, y por el principio de la autonomía de la voluntad, el asegurador con pleno conocimiento de causa realiza el pago, como una especie de dádiva mas no como una obligación.

25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

El servicio de seguros como un servicio privado no se aleja de este derecho del asegurado, más aun cuando la carta magna nos prescribe que su acceso debe ser eficaz, y es precisamente para alcanzar esa eficacia que por costumbre se realizan los pagos ex gratia en la solución de controversias, pues es una forma rápida de evitar engorrosos procesos judiciales ordinarios para a la postre terminar con una sentencia afirmativa a favor del asegurado, pero con un alto costo en "tiempo, esfuerzos y dinero".



29. Los derechos de libertad también incluyen: d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

El ejecutar pagos ex gratia como dádivas o donaciones no está proscrito legalmente; es plenamente realizable por aquel derecho de libertad del ser humano, pues es un acto de liberalidad del asegurador y mal podría sancionarlo por dicha conducta preventiva que permite una buena salud en la sociedad en un ambiente de armonía y seguridad.

En cambio, si analizamos en forma somera que está prohibido por derecho natural el enriquecimiento de una persona en perjuicio de otra, mal podría entonces la ley proteger o aceptar el pago de lo no debido, por ello precisamente lo regula y hasta lo sanciona, salvo las excepciones legales, he ahí el desarrollo normativo secundario que garantiza el derecho a la libertad de quien realiza el pago a ser restituido en su pago, cumpliendo los supuestos previstos en la norma civil.

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

El tratadista Antonio Fernández Galiano, en su Introducción a la Filosofía del Derecho, expresa a este respecto "Específicamente, la seguridad jurídica se refiere a las situaciones completas de los particulares dentro del orden del derecho. Este debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos." (Falconi,1)



Como todo en la esfera del derecho la seguridad jurídica es el motor que impulsa el quehacer de las personas, principalmente del asegurador frente al asegurado pues espera que en virtud de ese pago se eviten problemas futuros, y de los que pagan por error tener la certeza que existe tras de ellos el respaldo jurídico de que probarse el pago indebido tiene justo derecho a la repetición del pago.

Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

"Los sectores de la economía popular y la economía solidaria no han sido reconocidos ni protegidos por el Estado ni por la empresa privada. Estos sectores han sido invisibilizados por la sociedad, sin embargo son los que sostienen la economía del país, generando trabajo y empleo (en el caso de alimentación, los sectores de la economía popular y la economía solidaria son los que garantizan la seguridad alimentaria del Ecuador, mientras el sector empresarial se concentra en la exportación de alimentos), contradictoriamente a lo que se afirma sobre el sector de la economía empresarial privada, quien es el que genera la mayor cantidad de riqueza e ingresos para el país y genera fuentes de empleo." ¹Definiendo a este sistema, tenemos que "es un sector en el cual se puede impulsar procesos de cambio, transición y transformación del sistema económico global; la economía popular o de solidaridad viene desde generaciones anteriores que tienen prácticas, formas económicas, expresiones culturales, tradiciones, etc. ancestrales de relaciones de la sociedad; el sector de la economía popular o de solidaridad a lo largo de la historia no ha sido reconocido ni



*protegido por el Estado y; el trabajo es un eje articulador de las sociedades y sectores de la economía."*¹

Podemos entender que si nuestro estado está orientado al buen vivir y que su sistema económico tiene como fin cambiar al modelo social y solidario; dentro de lo privado debe también orientarse a ello, aunque considero que en las relaciones asegurativas y dentro del contrato de seguro es la empresa aseguradora quien busca protegerse siempre ayudada de medidas para optimizar sus negocios como los pagos ex gratia, incumbe un cambio de visión del pago, dejar de ser meramente comercial a convertirse en un pago para que el ser humano puede alcanzar el estado de bienestar luego de la ocurrencia del siniestro.

Otro tanto en el pago indebido, con la acción in reverso, se debe buscar la posibilidad de realización de las otras necesidades del ser humano como educación, salud, vivienda, hábitat, ocio, etc., no solo como la sanción para evitar un enriquecimiento injusto. Pese a ello, esto queda en el ámbito axiológico más que normativa pero sin que ello significa que no tenga relevancia al contrario un cambio de visión así permitiría mayor eficiencia tanto en la producción normativa cuanto en la aplicación de la misma, pues el juzgador dotado de esos valores y concepciones tendrá conjuntamente con la apreciación de la prueba, más argumentos y motivos para dar una justa resolución.

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

"Hablar de una función social de la propiedad significa, en suma, reconocer en ella una fuente de deberes frente a la sociedad, lo cual incide

¹ "Sistema económico social y solidario, disputa y construcción" Internet. <http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/551/2/Capitulo%201.pdf>



definitivamente en el contenido esencial del derecho que nos ocupa. En efecto, la propiedad no se concibe, respeta y reconoce únicamente como derecho individual, sino que también la Constitución le asigna la misión de procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y de permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo, por lo cual se le asigna un papel trascendental en la organización de la economía." (Benalcazar,1).

Citando a Demo Lombe en el libro La modernización de la ley, Mateo Goldstein transcribe que la propiedad " es el poder soberano y absoluto que pertenece una persona sobre un bien cualquiera corporal o incorporal haciéndolo propio". (Goldstein, 4)

Y tiene tanta transcendencia la protección a la propiedad en especial del dinero, como bien fungible el cual permite la circulación del comercio, a través de las respectivas acciones de repetición de pago o de declaratoria de nulidades con el objeto de cuidar el patrimonio de quien paga indebidamente en el caso en concreto, o que permite en cambio la libre disposición de lo propio tanto y cuanto para regalarlo en el caso del pago ex gratia.

Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

Dicha intervención estatal está en función de amparar tanto a beneficiarios como pagadores, y se la realiza a través fundamentalmente de entes de control como la superintendencia de bancos y seguros, defensoría del pueblo, de la función judicial a través de los jueces y de la función legislativa creando normas para la protección de dichos derechos económicos y de propiedad,



en si derechos civiles. Entes que en definitiva, a excepción del ultimo, trabajan en base a lo señalado en la constitución y leyes secundarias.

2.2 Código Civil

Nuestro código reconoce al cuasicontrato del pago de lo no debido dotándole de una expresa regulación a partir del artículo 2195, los cuales sostienen al respecto:

Art. 2195.- El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado. Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho para repetir contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito. Pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor.

Al contrario de otras figuras jurídicas nuestro código civil no da una definición de pago de lo no debido, para lo cual cabe remitirnos a la jurisprudencia o a la doctrina, más bien establece en un primer plano, en virtud del principio de que nadie puede enriquecerse a costa o en perjuicio de otro, reconoce que probando un pago que no debía realizar tiene derecho a que se le restituya lo que erróneamente pago, pero deja a salvo una excepción, cuando quien paga una deuda que si existe pero que no es suya sino ajena tiene derecho a intentar las acciones contra el verdadero deudor y no contra quien era legitimo acreedor.

Art. 2196.- No se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural de las enumeradas en el Art. 1486.

Lo cual es lógico pues existe una obligación, aunque no exigible por acción, pero que si es oponible como excepción, porque tiene vida jurídica propia y el pago es totalmente valido.



Art. 2197.- Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural.

Art. 2198.- Si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no era debido. Si el demandado niega el pago, toca al demandante probarlo; y probado, se presumirá indebido.

Al contrario de la tradición dentro del ejercicio profesional, donde es común excepcionarse con la negativa pura y simple de los hechos y del derecho, en el caso puntual el hacerlo nos trae como consecuencia que el demandado solo deba probar el pago y por mandato de ley se presume que es indebido, más si se actúa de buena fe procesal y se acepta el pago la carga de la prueba de ser indebido le corresponde al actor, por lo cual resulta saber asesorar a los clientes y ejercer la profesión en forma responsable pues de realizarse en este tipo de juicio la excepción común, los resultados pueden ser perjudiciales a los intereses de nuestros representados.

Art. 2199.- Del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho.

El espíritu de esta norma responde a que el legislador ecuatoriano muy al contrario de otras legislaciones considera que el hecho de realizar un pago con pleno conocimiento de que no lo debe no por el solo hecho de hacerlo se debe presumir que es una donación pues para serlo debe existir el animus donandi a más de las normas contempladas en el Código Civil, para que la donación sea válida y surta todos sus efectos.

Art. 2200.- El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, está obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. Si ha recibido de mala fe, debe también los intereses corrientes.



Con lo cual se ratifica la plena vigencia de evitar un enriquecimiento injusto, obligando así a la repetición de un pago que no le correspondía realizar al supuesto deudor, sancionando incluso cuando el supuesto acreedor actúa de mala fe, es decir teniendo pleno conocimiento de que no le corresponde el crédito, lo recibe por lo cual al momento de restituir el pago también debe pagar los intereses por el tiempo transcurrido desde el pago hecho por el supuesto deudor hasta su restitución, lo cual responde al principio de justicia de que se le reconozca un valor al falso deudor por el tiempo que dejó de percibir rentas por lo pagado y en recompensa de los probables frutos que pudo producirle.

Art. 2201.- El que ha recibido de buena fe no responde de los deterioros o pérdidas de la especie que se le dio en el falso concepto de debérsele, aunque hayan sobrevenido por negligencia suya; salvo en cuanto le hayan hecho más rico. Pero desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe.

Esto en pro de proteger los intereses de ambas partes inmersas en este cuasicontrato, recordando los efectos de ser poseedor de buena o mala fe por daños y compensaciones para lo cual debemos remitirnos a lo que señala el Código Civil a partir del artículo 715. En cuanto a la expresión " le hayan hecho más rico" se la debe entender como un incremento en su patrimonio que generalmente es apreciable en dinero.

Art. 2202.- El que de buena fe ha vendido la especie que se le dio como debida, sin serlo, está sólo obligado a restituir el precio de la venta, y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le haya pagado íntegramente. Si se hallaba de mala fe cuando hizo la venta, está obligado como todo poseedor que dolosamente ha dejado de poseer.

Esta norma previene situaciones que pueden llegar a darse, precisamente protegiendo y dando seguridad jurídica a terceras personas que pueden



verse afectadas por los negocios jurídicos realizados como consecuencia del pago no debido, a lo cual la ley nos da una solución obvia pues la obligación de restitución no recae sobre el mismo objeto, sino que se autoriza un cambio de objeto es decir por el precio de la venta y las acciones que se tenga contra el comprador, imponiendo la sanción de encontrarse de mala fe tipificada a partir del artículo 950 en adelante del Código Civil.

Art. 2203.- El que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe, a título oneroso; pero tiene derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya, si la especie es reivindicable y existe en su poder. Las obligaciones del donatario que restituye son las mismas que las de su causante, según el Art. 2201.

Para entender esta norma es imperante distinguir entre título oneroso y título lucrativo, según nuestro propio Código Civil el título oneroso se refiere a la utilidad que perciben las partes con los contratos y en el caso para que sea considerado oneroso debe traer utilidad a ambas partes contratantes. Dicha utilidad no necesariamente debe ser pecuniaria lo cual le diferencia del título lucrativo, el cual es parte del título oneroso pero que para considerarse lucrativo debe significar un beneficio económico, de ganancia pero pecuniaria.

El pago ex gratia en el Código Civil

Como ya he expuesto con anterioridad el pago ex gratia es una figura que no se encuentra regulada dentro de la normativa en nuestro país, pero como todo en el mundo jurídico nada se encuentra aislado ni suelto, por lo cual existe norma para regular todo, al menos en forma ideal pues si bien no existen normas no escritas pero si existen normas presentes en el mundo de los principios generales del derecho y otras que podemos obtener mediante procesos de analogía y subsunción con las normas escritas.



El pago ex gratia es una figura que no se encuentra regulada en forma taxativa dentro tanto de la legislación civil o mercantil como si lo está el pago de lo no debido, pero eso no implica que dentro del ámbito jurídico no existan normas que le sean aplicables, lo que nos obliga a realizar un trabajo de analogía y procurar aplicar las actuales normas escritas para resolver probables problemas que pueden presentarse con esta figura.

Si partimos de la definición del pago ex gratia, tenemos que es un pago voluntario y consciente que hace la aseguradora a favor del beneficiario del seguro con el fin de evitar gastos judiciales o de cualquier otra naturaleza que pueden generar más gastos y que llevan al mismo resultado, siendo este pago una forma eficiente de ahorro a largo plazo para el asegurador.

Si la comparamos con las instituciones reguladas por el Código Civil vemos que se asemeja a la donación, razón que motiva una ligera y restringida comparación. Así tenemos que:

Art. 1402.- La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta.

Concepto compatible con la definición del pago ex gratia, por lo cual es totalmente aplicable la normativa civil en donaciones a la figura mercantil, principalmente por que existe en ambas el animus donandi es decir " *la intención de liberalidad, esto es la intención libre y espontánea del donante de proporcionar gratuitamente y a su costa, un incremento patrimonial a otro sujeto. Basta la existencia real de esta intención. Aunque el donante llevase la idea interesada de ganar mediante su liberalidad el favor del donatario, con el fin de obtener en un futuro mayores ventajas, tal circunstancia no modifica la naturaleza del acto de la donación. Es controvertido si falta el animus donandi en aquellos casos en los que, aunque el fin perseguido no es el interés, sin embargo la donación es consecuencia de un testimonio de reconocimiento por servicios recibidos: es lo que se llama "donación*



remuneratoria". Por la misma razón podría dudarse de la donación hecha por una persona a otra que le ha salvado la vida (D. 39, 5, 34, 1).²

Tiene capacidad para realizar un pago ex gratia quien no ha sido declarado inhábil, es decir quienes no tienen la libre administración de sus bienes salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben. Tal como lo señala el art 1404 , así como pueden recibir una donación quien no es declarado incapaz, existir al momento de la donación, o que exista al momento de cumplirse una condición suspensiva, salvo las excepciones indicadas en los incisos tercero y cuarto del Art. 1005, es decir que las personas se esperan que existan dentro de los 15 años subsiguientes a la donación y también la donación sea hecha como premio a un servicio importante aunque quien lo haga no haya existido al momento de la donación. Siendo aplicables las incapacidades del art 1006 a las donaciones.

Quizá el artículo que más nos interesa es el 1413 pues hace énfasis que hace donación el que **paga a sabiendas lo que en realidad no debe**. En consideración a ello está el fundamento de que el pago ex gratia, mientras no exista normativa taxativa para éste, debe ser regulado al amparo de lo que señala nuestra legislación para las donaciones.

Si se trata de bienes raíces debe otorgarse por escritura pública y ser inscrita, incluso en la remisión de las deudas de esta especie, además se necesita autorización judicial, incluso si se dona el derecho de percibir una cantidad periódicamente siempre que su suma excediera de ochocientos dólares norteamericanos en un tiempo de 5 años, si la donación en cambio es a plazo o bajo condición debe constar por instrumento privado o público y además cumplir con el requisito de escritura pública, insinuación e inscripción en los mismos términos que para las donaciones de presente, más aún en las donaciones con causa onerosa,

² “Concepto y elementos de la donación romana”. Internet. <http://www.derechoromano.es/2012/09/concepto-elementos-donacion.html>



deben darse a través de escritura pública y se sujeta a la insinuación judicial previstos en los artículos 1417, 1418 y 1419.

En caso de que una donación imponga al donatario un gravamen pecuniario o que puede apreciarse en una cantidad determinada de dinero, se sujetan a la insinuación pero con descuento del gravamen. Para las donaciones hechas a título universal, sea de la totalidad o de una cuota de los bienes, exigen, además de la insinuación, del otorgamiento de escritura pública, y de la inscripción en su caso, un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad. Si se omitiere alguna parte de los bienes en este inventario se entenderá que el donante se los reserva, y no tendrá el donatario ningún derecho a reclamarlos, pero en la donación a título universal no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario; empero en la donación en la cual quien dona todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de usufructo o renta vitalicia, lo que se estimare suficiente, según la proporción a la cuantía de los bienes donados. El donatario a título universal tiene, respecto de los acreedores, las mismas obligaciones que los herederos; pero sólo respecto de las deudas anteriores a la donación, o de las futuras que no excedan de una cantidad específica determinada por el donante en la escritura de donación. La donación de todos los bienes o de una cuota de ellos, o de su nuda propiedad o usufructo, no priva a los acreedores del donante de las acciones que contra él tuvieron; a menos que acepten como deudor al donatario, expresamente o en los términos del Art. 1396, ordinal primero, todos estos aspectos legales aplicables al pago ex gratia en particular ya que al momento del pago se puede incurrir en los supuestos señalados.

En el pago ex gratia como en la donación debe ser aceptada por el mismo donatario o por quien tuviere poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de su



representante legal. Pero bien podrá aceptar por el donatario, sin poder especial ni general, cualquier ascendiente o descendiente suyo, con tal que sea capaz de contratar y de obligarse. Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones. Pero la donación entre vivos puede revocarse siempre que no haya sido aceptada y notificada la aceptación al donante. En cuanto a la interpretación se aplica de las asignaciones testamentarias y de las reglas generales de los contratos, salvo el derecho de transmisión.

El donante de donación gratuita goza del beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario, sea para obligarle a cumplir una promesa o donación de futuro, sea demandando la entrega de las cosas que se le han donado de presente.

En la donación a título singular puede imponerse al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante, con tal que se exprese una cantidad determinada hasta la cual se extiende este gravamen. Los acreedores, sin embargo, conservarán sus acciones contra el primitivo deudor, la responsabilidad del donatario respecto de los acreedores del donante, no se extenderá en ningún caso sino hasta lo que al tiempo de la donación hayan valido las cosas donadas, constando este valor por inventario solemne o por otro instrumento auténtico. Lo mismo se extiende a la responsabilidad del donatario por los otros gravámenes que en la donación se le hayan impuesto. El donatario de donación gratuita no tiene acción de saneamiento, aun cuando la donación haya principiado por una promesa. Las donaciones con causa onerosa que es el caso del pago ex gratia, por cuanto el fin de esta dadiva es ahorrar tiempo, esfuerzos, buena imagen comercial, etc. no dan acción de saneamiento por evicción, sino cuando el donante ha dado una cosa ajena a sabiendas. Con todo, si se han impuesto al donatario gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero, tendrá siempre derecho para que se le reintegre lo que haya invertido en pagarlos, con los intereses corrientes, que no parecieren compensados por los frutos naturales y civiles



de las cosas donadas. Cesa en lo tocante a este reintegro el beneficio de competencia (11)³ del donante.

Las donaciones son rescindibles según el caso del Art. 1383.

Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante, o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación. En este segundo caso será considerado el donatario como poseedor de mala fe, para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta. Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en el desempeño de su obligación, y de que se aprovechara el donante. La acción rescisoria termina en cuatro años, contados desde el día en que el donatario haya incurrido en mora de cumplir la obligación impuesta.

La donación entre vivos puede revocarse por ingratitud. Se tiene por acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante. En la restitución a que fuere obligado el donatario por causa de ingratitud, será considerado como poseedor de mala fe desde la perpetración del hecho ofensivo que ha dado lugar a la revocación. La acción revocatoria termina en cuatro años, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, y se extingue por su muerte; a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida, o que el hecho ofensivo haya producido la muerte del donante, o ejecutándose después de ella. En estos casos la acción revocatoria se transmite a los herederos. Cuando el donante, por haber perdido el juicio, o por otro impedimento, se

³ Para GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES², el Beneficio de Competencia es el “Derecho que tienen algunos deudores, por razón de parentesco, relaciones, estado, liberalidad o grado, para no ser reconvenidos u obligados más de los que pudieran hacer o pagar después de atender a su propia subsistencia.”

En nuestro concepto, el beneficio de competencia es el instrumento jurídico del cual se sirven algunos deudores para que, y en consideración a su persona, se les beneficie en el sentido de no atender plenamente sus deudas, otorgándoseles parte de sus bienes para que atiendan sus necesidades; pero con cargo de restituir lo que buenamente se les entregó.



hallare imposibilitado de intentar esta acción pueden ejercerla a su nombre, mientras viva, y dentro del plazo señalado en el artículo anterior, no sólo su guardador, sino cualquiera de sus descendientes o ascendientes, o su cónyuge.

La resolución, rescisión y revocación de las donaciones, no dan acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en los casos siguientes:

1o.- Cuando en la escritura pública de la donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición;

2o.- Cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos, se ha notificado a los terceros interesados, que el donante u otra persona a su nombre se proponen intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario; y,

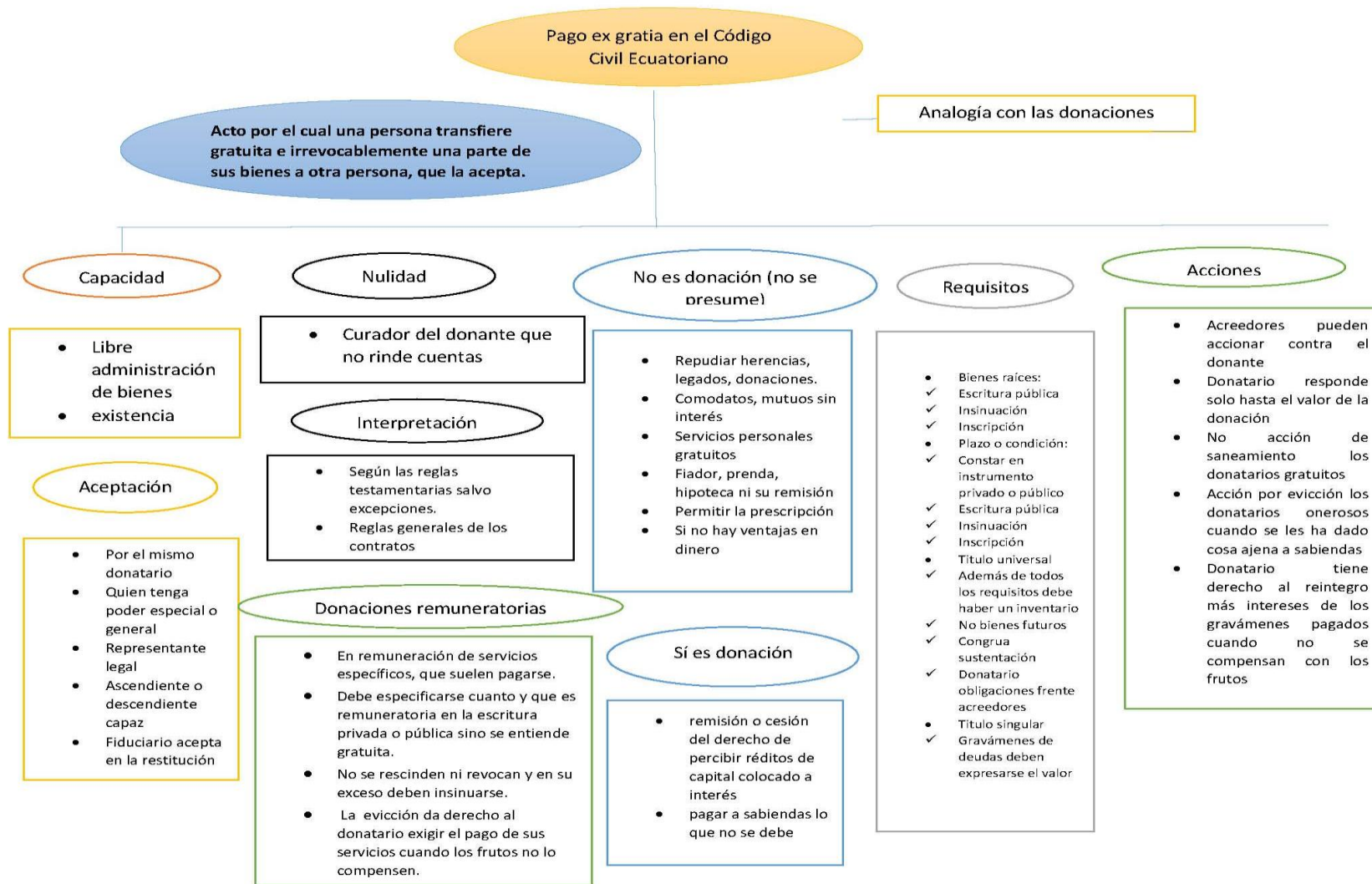
3o.- Cuando se ha procedido a enajenar los bienes donados, o a constituir los referidos derechos, después de intentada la acción. El donante que no hiciere uso de dicha acción contra terceros, podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación.

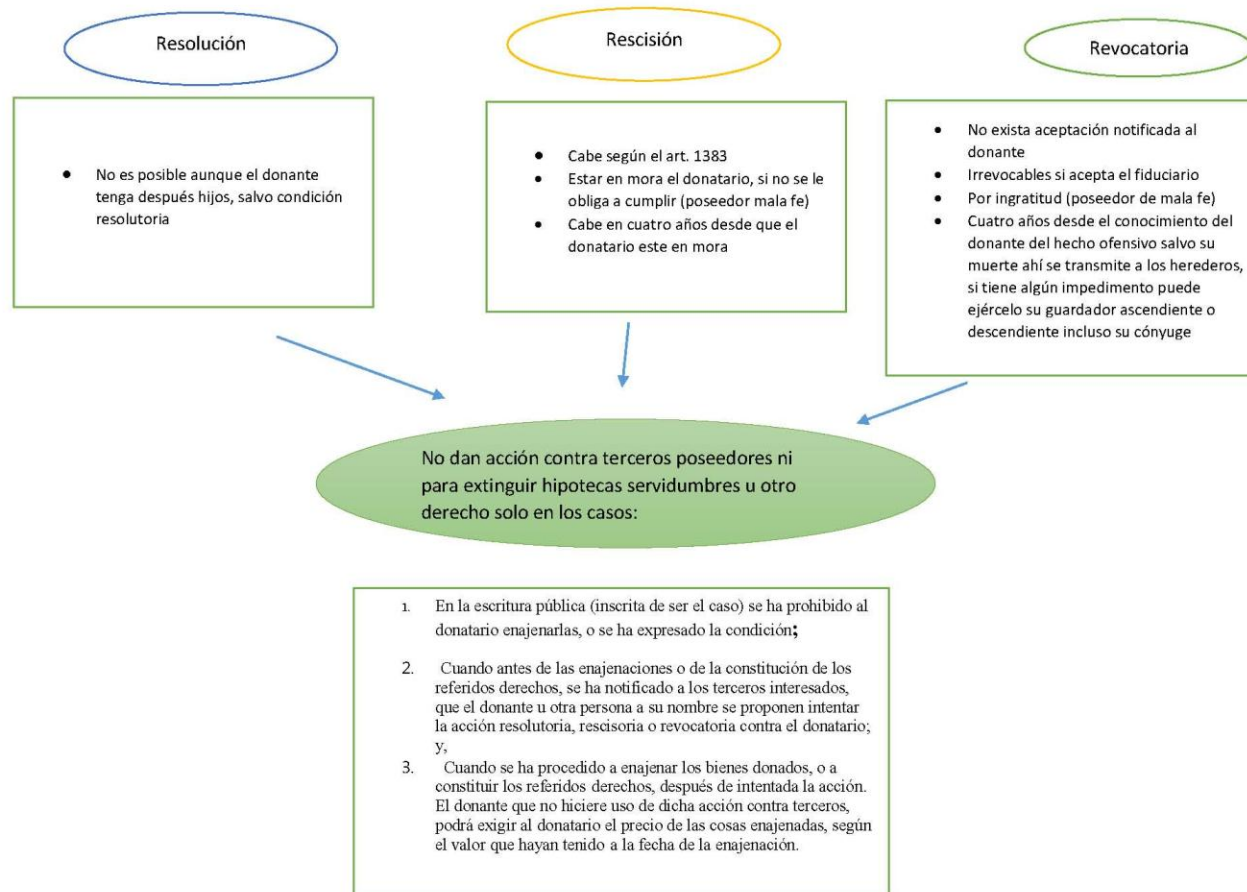
Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse. Si no constare por escritura privada o pública, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación se entenderá gratuita. Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables; y en cuanto excedan a este valor, deberán insinuarse. El donatario que sufre evicción de la cosa que le ha sido donada en remuneración, tiene derecho a exigir el pago de los



servicios que el donante se propuso remunerarle con ella, en cuanto no aparecieren haberse compensado con los frutos. En lo demás, las donaciones remuneratorias quedan sujetas a las reglas de este Título.

Para mejor entender lo señalado en el condigo civil me permito realizar un mapa conceptual de la regulación de las donaciones:







2.3 Código de Comercio

Siendo este cuerpo legal la referencia más antigua en el ámbito mercantil en nuestro país, resulta imperante acudir a su consulta pues es el referente más próximo a analizar para solventar dudas acerca de temas mercantiles antes de acudir en forma general al Código Civil. Tenemos pues entonces que revisar su contenido y verificar que normas son aplicables para el pago ex gratia y el pago de lo no debido.

Par el efecto partimos desde el artículo 4 que señala.- **Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años.** Como hemos esbozado en líneas anteriores, el pago ex gratia nace del tráfico comercial en materia de seguros, siendo una costumbre realizarlo desde tiempos atrás en nuestro país, y que a la fecha está en plena vigencia. Pero que al no estar desarrollado en nuestra legislación nos sigue remitiendo a las normas civiles de la donación, esto en virtud de lo prescrito en el artículo 5 ibídem que dice **en los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.**

En cuanto a la realización del pago ex gratia podemos aplicar lo que señala el artículo 166 **si no se exige la escritura como requisito de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso.** Como el pago ex gratia no está regulado expresamente, mal puede pensarse que necesariamente quede una constancia escrita de su pago, sin embargo no debemos dejar de aplicar lo que indica el Código Civil para el caso de donaciones para montos superiores



a ochocientos dólares norteamericanos, pues en tal caso se debe tener una constancia escrita.

Dentro de los seguros es importante considerar la definición que nos trae el Código de Comercio sobre el contrato de seguro, que al respecto lo señala como **un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato**, como se lee la obligación principal del asegurador es indemnizar dentro de los parámetros del convenio de seguro, en caso de verificarse el siniestro, énfasis en la parte de la norma que indica **dentro de los límites convenidos**, en virtud de ello no existe obligación legal del asegurador de realizar un pago ex gratia al asegurado o beneficiario pues su obligación se limita a lo pactado por el principio indemnizatorio, empero el pago ex gratia nace del acto de liberalidad del asegurador que va contra el principio indicado. Ahora bien cabe recordar que en los contratos de seguro uno de los elementos esenciales del mismo es determinar el monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso y la obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro, elementos que no restringen el contenido del contrato por lo que si bien son importantes porque limitan los pagos nada impide que se estipule un pago graciable no indemnizatorio. Y que en tal caso, al ser el contrato ley para las partes si puede exigirse su cumplimiento o declaratoria de incumplimiento más daños y perjuicios.

Una de las obligaciones

del solicitante o asegurado es mantener el estado de riesgo de la cosa asegurada y notificar si existe alguna modificación al asegurador, con el fin de que él pueda terminarlo o pedir ajuste en la prima, más si no conociere de



esta situación y realiza un pago indemnizatorio basado en ese desconocimiento mal podría hablarse de pago ex gratia sino más bien se configuraría como un pago indebido, puesto que el asegurador no está obligado a responder, en total y por cualquier concepto, sino hasta concurrencia de la suma asegurada.

Respecto del criterio no indemnizatorio que tiene el pago ex gratia, se fortalece con lo señalado en el artículo treinta y dos del capítulo de los seguros, en él se señala; **Respecto del asegurado, los seguros de daños son contratos de simple indemnización, y en ningún caso pueden constituir para el fuente de enriquecimiento. La indemnización puede abarcar a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste debe ser objeto de un acuerdo expreso.** Al sostener que no son fuente de enriquecimiento, carecen de elementos del pago ex gratia en el cual se incrementa el patrimonio del beneficiario, además de enfatizar que la indemnización puede abarcar tanto lucro cesante como daño emergente se restringe solamente a las dos figuras, sin dar cabida al pago ex gratia.

2.4 Ley General de Seguros reformada por el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Como norma especial y reguladora de la organización y funcionamiento de las empresas de seguros mantiene un serie de normas encaminadas a dar , más que a las mismas empresas de seguros, a la ciudadanía en general la seguridad jurídica en

cuanto al correcta y eficaz funcionamiento de estas empresas, especialmente en cuanto a su capital, patrimonio y solvencia, más aun centrándonos en el tema de estudio, el pago ex gratia por no estar expresamente prohibido se entiende está permitido, orientado a que sea la misma empresa la encargada de prevenir futuros inconvenientes, y lo hace en forma obligatoria cuando al señalar en su art. 22 reformado por el numeral 6 de la disposición reformativa



décima sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre del 2014. Que en su inciso final dice lo siguiente: **Toda compañía de seguros y compañía de reaseguros deberá establecer esquemas eficientes y efectivos de administración y control de riesgos técnicos, mercado, liquidez, crédito y operativo**, es el pago ex gratia una figura que permite una forma eficiente de administración de mercado, pues con el fin de mantener la imagen de la empresa, se prefiere en determinadas ocasiones realizar pagos ex gratia y así evitar problemas aún más complejos. sin que ello signifique que sea un acto ajeno a su giro, más bien se encuentra permitido por el artículo treinta y cuatro : **Las empresas de seguros no podrán ejercer otras actividades que no sean las relacionadas con su objeto social, salvo en los siguientes casos:**

1. Cuando tengan que realizar mercaderías, productos, y otros bienes provenientes de recuperación de siniestros;

2. Cuando adquieran bienes que le sean traspasados, directamente o mediante remate, o en dación en pago por deudas que provengan del giro propio de sus negocios. Empero esto no significa que los pagos graciabes no tengan un límite, además de los señalas por la ley civil, cabe aplicar el artículo treinta y cinco: **ninguna entidad integrante del sistema de seguros privados, persona jurídica, acreditará, pagará dividendo alguno a sus accionistas o enviará remesas al exterior mientras existan pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores o cuando existan insuficiencia de reservas, inversiones o del margen de solvencia.** De hacerlo, es decir realizar pagos ex gratia sin poseer los recursos suficientes expone a un riesgo económico evidente a la empresa de seguros, dependiendo del monto del pago y del número de probables beneficiarios del mismo.



Como parte de la actualización en la legislación es importante considerar la reforma introducida en el numeral 15 de la disposición reformativa décimo sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero, que en su parte pertinente señala "**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.** Lo que evidencia que la obligación de pagar las indemnizaciones por parte de la aseguradora nunca se escapa, siempre bajo los límites de pérdidas comprobadas y que estén estipuladas, incluso pueden pactar con el asegurado un indemnización diferente y nada impide que pueda darse pagos extras a los efectivamente obligados que a primera vista parecieren indemnizatorios pero que en el fondo son graciabiles.



Capítulo 3

Análisis y comparación entre las dos figuras propuestas

3.1 Similitudes

De lo estudiado tenemos que tanto el pago ex gratia como el pago de lo no debido comparten ciertas características que a continuación expongo:

- a) Ambas figuras son pagos, es decir prestaciones ya sean en moneda, otros bienes o acciones de recuperación, reparación.
- b) Ambos carecen de una causa justa, es decir, no existe un obligación jurídica de realizarlo, tanto porque en el pago de lo no debido existe un error de quien paga creyéndose que tiene la obligación de hacerlo, cuando en realidad no existe la deuda; y en el pago ex gratia el asegurador sabe que no es su obligación realizar el pago pero aun así lo hace con un fin de eficiencia económica.
- c) Ambos generan por un lado el acrecimiento patrimonial a quien realizan el pago, en cuanto como contrapartida existe un decrecimiento económico en quien paga, que varía dependiendo de la figura y de las circunstancias, pues un pago de lo no debido puede ir de cantidades ingentes a grandes sumas de dinero en cambio en un pago ex gratia deben ser pagos moderados.
- d) Ambos son susceptibles de reclamarse en sede judicial, vía acción de repetición en el caso Del pago ex gratia, o en declaratoria de nulidad, resolución o revocatoria el pago ex gratia.



3.2 Diferencias

PAGO DE LO NO DEBIDO	PAGO EX GRATIA
Este pago se realiza por error del falso deudor.	El asegurador realiza este pago con plena consciencia de que no está obligado a realizarlo pero aun así lo realiza
Puede darse en cualquier área del derecho	Este pago es exclusivo del área mercantil del derecho, concretamente en materia de seguros.
Tiene como fin extinguir una obligación inexistente.	Tiene como fin facilitar las relaciones entre asegurador-beneficiario o asegurado, y evitar gastos innecesarios a la empresa.
La cuantía del pago puede ser por cantidades considerables económicamente así como montos ínfimos.	La cuantía debe ser moderada, es decir de costos no altos.
Cabe la acción de repetición	Cabe la acción rescisoria, resolutoria o la revocatoria, si es gratuita o la acción de saneamiento por evicción si es onerosa.
Es un cuasicontrato	Tiene como antecedente inmediato el contrato de seguro y en sí la figura puede ser acto o contrato.
	Generalmente es de naturaleza onerosa.

Fuente: La autora.



3.3 Aplicabilidad de cada una de las figuras

Pago de lo no debido.

Para ejercer la correspondiente acción de repetición se la realizará en la vía civil, en trámite ordinario o el ordinario abreviado considerado de cuantía menor a cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por no poseer un trámite especial, debe cumplir con los requisitos comunes para entablar una demanda.

La acción de repetición por pago de lo no debido cabe en cualquier materia, no solamente civil, pero es ante los jueces civiles ante quienes debe entablarse salvo norma en contrario.

Pago ex gratia

En la vía de nulidad cabe la reclamación judicial cuando existe falta "*de las condiciones necesarias relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del contrato lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.*" (Cevallos, Contratos civiles y mercantiles, 162) cabe entonces nulidad absoluta y relativa, en el caso de la nulidad absoluta será cuando exista objeto o causa ilícita, omisión de formalidad en relación a la naturaleza del contrato, el obrar de los absolutamente incapaces, e inclusive las nulidades de pleno derecho como las señaladas en el art 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los demás producen nulidad relativa, que da derecho a la rescisión del contrato o acto como una forma de anulabilidad que es la invalidez del acto contrato "*cuando este ha generado efectos desde su perfeccionamiento pero que ulteriormente puede ser declarado nulo.*" (Cevallos, Contratos Civiles y Mercantiles 167.)



En el pago ex gratia puede presentarse nulidad absoluta cuando su objeto o causa vayan encaminados a fines ajenos a la ley, como por ejemplo darlos para lavar dinero, evitar denuncias a organismos de control, realizarlos con el fin de perjudicar a terceros, entre otros.

Como sostenemos que la normas que regulan la donación son aplicables al pago ex gratia, en cuanto a la omisión de formalidades como causa de nulidad, debemos retrotraernos a la exigencia de insinuación judicial para poder donar cantidades superiores a ochocientos dólares norteamericanos, formalidad que si no se cumple en el pago ex gratia sería causal para su declaratoria de nulidad.

En caso de declaratoria de nulidad en el pago ex gratia sobre la actuación de incapaces, en un inicio no puede concebirse la idea ya que el antecedente inmediato de este pago es el contrato de seguros, donde por la rigurosidad de su control administrativo y empresarial resulta difícil que entre sus celebrantes esté un incapaz pero de darse el caso lógicamente cabe la nulidad.

Rescisión

Cabe cuando un contrato tiene los requisitos esenciales pero alguno o varios contiene un vicio "y en los contratos de tracto sucesivo priva de su eficacia posterior y en otros casos lo extingue retroactivamente... la nulidad relativa es el presupuesto para la rescisión, la rescisión se produce por las denominadas incapacidades especiales en consideración a la calidad de las personas y por lesión enorme... por ella las partes pueden acordar el efecto retroactivo del distracto o que deje de producir efectos para el futuro y que mutuamente se restituyan lo que hubieran recibido la una de la otra." (Cevallos, Contratos Civiles y Mercantiles 169).

Recordemos que los vicios son error, fuerza y dolo, los cuales pueden influir en el consentimiento, pero ya dentro del pago ex gratia el error sería el más



común, ya que la fuerza y el dolo sin excluirlos pueden darse en forma aislada, pero que de darse permitiría incluso acciones penales. En cuanto al error para ser causa de nulidad puede darse en la naturaleza del contrato, en la identidad de las personas o en las cosas y en su esencia, como si el asegurador creyere celebrar el contrato de seguro pero celebra una donación por no existir el primero o como si realiza el pago ex gratia en una liquidación sobre un objeto que no fue estipulado en el contrato, o como si realiza el pago ex gratia a favor de una persona ajena al contrato de seguro.

Resolución por incumplimiento.

Es un “*presupuesto para que el contratante cumplido, cuando ha obtenido dicha sentencia su favor, ejerza eventualmente contra terceros poseedores de la cosa objeto del contrato, la acción reivindicatoria, sin desestimar*” .(Cevallos, Contratos civiles y mercantiles 170) es decir es la terminación del contrato por incumplimiento de las partes, con derecho a pago de indemnización de perjuicios por lo que puede pedir el cumplimiento del mismo siempre que sea declarado por juez y tiene efecto retroactivo. Se aplica más para contratos de tracto único o de un solo acto, pero pudiese aplicarse al pago ex gratia cuando se ha estipulado expresamente en el contrato autónomo o como cláusula en el contrato de seguro.

3.4 Aplicación a un caso en concreto

Juicio N° 168-2007 ordinario por pago de seguro propuesto por El Fénix del Ecuador contra el Ministerio de Defensa y otros.

Antecedentes.

Actora: El Fénix del Ecuador, compañía de seguros.

Demandado: Ministerio de Defensa del Ecuador y Otros



Juicio: ordinario

Acción de repetición de pago por pago de lo no debido

Hechos:

La actora emitió una póliza n° AV 0169 desde el 8 de junio de 1990 asegurando los riesgos de tres helicópteros; dos súper puma AS-332-B E-464 serie 2100, y el AS-332-B E-465 SERIE 2105, además un helicóptero PUMA SA-330-L E457 serie 1645 que para efectos del contrato son el interés y riesgo asegurado. Elementos esenciales de este tipo de contratos.

El 5 de agosto de 1990 el helicóptero PUMA SA-330-L E-455 serie 1641, se accidentó y el asegurado beneficiario notificó de la ocurrencia del siniestro a la aseguradora de la aeronave puma SA-330-L E457 serie 1645 el seis de agosto de 1990 a través del oficio 900207-15-BAE-4 , consiguiendo así que la empresa aseguradora le indemnice por una nave accidentada ajena al contrato de seguro contratado, acto que se descubre cuando la empresa reaseguradora demuestra que la nave accidentada no es la asegurada, pero que la empresa aseguradora ya había pagado la indemnización por la nave accidentada, por orden del Ministro de Finanzas luego de ratificar la decisión de la Superintendencia de Bancos de cumplir el acta de liquidación, reponiendo la aeronave por una nueva valorada en dos millones ciento sesenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La parte demandada que recae en diferentes personas propone las siguientes excepciones:



1. Procurador General del Estado: se adhiere a las excepciones y reconvención del ministro de defensa
2. Coronel Carlos Mendoza Poveda ex comandante de la brigada aviación del ejército n°15.
3. Ex Ministro de Defensa: mediante representante judicial propone lo siguiente; negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, alega cosa juzgada y reconviene al actor al cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia de Bancos y Seguros en su resolución confirmada por el Ministro de Finanzas, esto es el pago de cuatro millones de dólares o su equivalente en sucres
4. Luis Larrea Benalcázar, ex superintendente de bancos quien deduce lo siguiente; negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, improcedencia de la demanda por pretender un reclamo absurdo de acuerdo al acta de finiquito que es el ley para las partes, no ser legítimo contradictor pues dejó la función que desempeñaba, alega falta de derecho del actor y prescripción.
5. Pablo Betterr Grunaum, Ministro de Finanzas; niega los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda, alega improcedencia de la demanda, falta de derecho del actor, inexistencia de perjuicios, cosa juzgada y prescripción.

El actor contesta a la reconvención y la rechaza por ilógica, injurídica e improcedente e impugna el valor legal del acuerdo de 14 de septiembre de 1990 porque no tuvo principio de ejecución carece de validez y de efecto jurídico, alega falta de derecho de quien reconviene, improcedencia de la reconvención y falta de legítimo contradictor. Con lo que se trabó la Litis.



Primera Instancia.

En esta instancia el tribunal unipersonal considera que existe un contrato que *nace del concurso real de las voluntades por lo que se ha creado un nexa bilateral y oneroso*, y que además es *ley para las partes*, existiendo así tres helicópteros claramente identificados y que son *la esencia del contrato en cuanto a la identidad de la cosa*.

Basándose en la prueba actuada durante el proceso se considera un informe presentado por el Capitán Roberto Vascones dirigido al coronel Carlos Mendoza sobre el accidente, señala que la nave se accidentó por fallas lo que provocó la destrucción total de la nave puma; además se considera el testimonio del jefe de logística de la aviación del ejército quien señaló que el ejército ecuatoriano hizo un contrato de prestación de servicios con la compañía UNOCAL y se comprometió a proporcionar tres aeronaves de la aviación del ejército con la obligación de contar con un seguro que asegure las tres aeronaves; pero la nave Puma matricula E 457 jamás entró en operación por encontrarse en mantenimiento en el hangar del grupo aéreo en Guayaquil. El declarante concluye que se incurrió en un error al incluir a una aeronave que no estaba en condiciones de operar, quienes contrataron el seguro no se percataron del error incurrido. Que el comandante Mendoza convocó al equipo a una reunión en su despacho para informar del siniestro y al mismo tiempo la decisión de notificar a la aseguradora que la aeronave objeto del siniestro era el Puma E457 porque es era la aeronave asegurada, cuando en realidad era otra nave. Lo dicho coincide con la prueba documental como el informe técnico del siniestro donde consta q la aeronave accidentada fue alterada, y correspondía a la matrícula E-455.



En tanto que la defensa solo propone a su favor el contrato y actas de finiquito mas otros documentos de procedimientos administrativos, no desvirtúan el asunto de fondo que es el pago realizado por la asegurador sin estar obligada a ello, por lo que en esta instancia se declara con lugar la demanda y se ordena se repita el pago de dos millones ciento sesenta mil dólares norteamericanos, precio de la aeronave a la fecha 3 junio 1992 o a la devolución de la aeronave en las mismas condiciones en las que se recibió. Con fundamento en el artículo 2222 del Código Civil.

Comentario.

Por la forma como se trabó la Litis, es decir el actor alega haber realizado un pago no debido por no haber tenido la obligación de realizarlo, empero lo hizo por orden de una autoridad administrativa y por cuanto habían transcurrido los 60 días que le daba la ley para pagar el seguro y objetar el reclamo hecho por el asegurado, esto porque a esa fecha se descubrió el error en el pago. En tanto que el demandado (Ministro de Defensa) niega los hechos y el derecho, por lo cual recae la carga de la prueba en el actor sobre sus pretensiones, más alega cosa juzgada, excepción incompatible con la primera pero que además no es procedente por cuanto la cosa juzgada es una institución propia de los procesos judiciales y no administrativos como pudo haberse sancionado por la Superintendencia y Ministerio de Defensa. En cuanto a la reconvención planteada, y que cumpla lo ordenado por la superintendencia ya está cumplido puesto que el asegurador ya repuso la aeronave.

En cuanto a las excepciones planteadas por el ex superintendente de bancos niega los fundamentos, es decir los desconoce, también alega improcedencia de la demanda esto basado en que el pago nació del acta de finiquito que como contrato es ley para las partes, por ello el asegurador se comprometió a indemnizar por la nave accidentada, sin considerar que si bien el acuerdo de la



aseguradora consta en el acta de finiquito pero no considera que este es un contrato accesorio que es el contrato de seguro y que en este no era objeto del contrato la nave accidentada por ello esta excepción mal pudo ser considerada. En cuanto a la excepción de no ser legítimo contradictor, es acertada pues en caso de la actora quiso pretender indemnización por perjuicios se debió dirigir al estado por falta de personería jurídica de la superintendencia peor aún en la persona natural del ex superintendente, acción que le correspondería al estado como acción de repetición en caso de que el estado pagara. Respecto de la falta de derecho del actor para entablar la demanda, por cuanto la actora entabla la demanda por un pago realizado por su propia voluntad de acuerdo al acta de finiquito.

La prescripción para mi parecer no procede por cuanto desde que se realizó el pago por el acta de finiquito de 1992 hasta la presentación de la demanda no corrió el plazo ni siquiera de quince años que la ley actual señala para las acciones ordinarias, en el supuesto que la demandada consideraba los 60 días que señalaba anteriormente la Ley de Seguros para objetar el pago, tampoco procede por cuanto ese tiempo era solamente para la impugnación administrativa no judicial.

En cuanto a las excepciones planteadas por el Ex Ministro de Finanzas en lo referente a la inexistencia de perjuicios, no puede tener cabida a luz de la lógica y la obviedad de la situación pues cualquier empresa sufrirá un perjuicio al erogar y cubrir un gasto tan elevado como en el presente caso fue de dos millones de dólares.

He realizado las presentes observaciones en cuanto a las excepciones planteadas por todos los demandados ya que la jueza se enfoca a hacer el análisis de que si hubo o no pago de lo no debido, sin hacer consideración alguna a las excepciones señaladas. En razón de la apreciación del tribunal unipersonal, considero que es correcto fallar de acuerdo al contrato principal



que es el de seguros y no restringirse a las actas de liquidación del pago, puesto que considero que son accesorias y mal pueden considerarse como negocios jurídicos autónomos del contrato de seguros que originó el pago, empero también considero que es muy importante hablar si puede considerarse un pago indebido puesto que fue un pago hecho por orden de una autoridad administrativa, y en el presente juicio nada se pronuncia respecto de dejar sin efecto esa resolución, aunque se concluye que no existía obligación de pagar. Ahora bien respecto del error en el pago es importante anotar que el pago se debió a un error en el objeto siniestrado al no corresponder al efectivamente asegurado, considero que existe dolo por parte del asegurado al informar del siniestro de un objeto no asegurado y hacerse indemnizar por uno que si estaba asegurado, pero no es menos cierto que le corresponde a la empresa aseguradora verificar el siniestro y por tanto es un acto de su diligencia comprobar que sean los objetos asegurados para realizar el pago, esto porque nadie puede beneficiarse de su propia culpa. Entonces, es procedente fallar a favor de la aseguradora por haber realizado ese pago no debido; por el más alto valor y principio de Justicia considero que sí es procedente por tratarse de una cantidad alta pero más que nada porque si sopesamos la falta de diligencia en comparación de la actuación dolosa del asegurado, hay que sancionar el dolo que es más grave.

Segunda Instancia.

El tribunal, por la forma como se trabó la Litis analizó primero si el Comandante General del Ejército y el Ministerio de Defensa tienen personalidad jurídica para ser parte demandada, quienes por ser órganos de mando operativo y administrativo de acuerdo a la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas no tienen capacidad procesal, en cambio el Ministerio de acuerdo al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva si tiene personalidad jurídica única que es la administración pública central y quien la ejerce es el Procurador General del Estado quien no consta



como demandado pero si fue citado dedujo excepciones y ejerció el derecho de defensa. Por lo que el Ministro de Defensa no tuvo atribución para interponer el recurso de apelación pero que procede pues también fue interpuesto por la delegada de la Procuraduría General del Estado. Se analiza el pago de lo no debido contenido en el art 2222 del Código Civil e inician por definir lo que es el pago de lo no debido, haciendo hincapié en uno de sus elementos el error , por lo que analizan el error y falta de causa referidos en el acta de finiquito de 3 de junio de 1992 en la cual se compromete la aseguradora a reponer el helicóptero puma 455, y que el error y falta de causa en convenios anteriores a este no es motivo de análisis del tribunal refiriéndose al contrato de seguro pues el supuesto pago de lo no debido se originó en el acta de finiquito que terminó con la reposición de un helicóptero que para los efectos de la acción deducida es importante saber si el asegurador repuso creyendo falsamente estar obligado, porque solo ahí existe error y procede la repetición, el cual el tribunal considera es improcedente por lo siguiente :

- a) Porque en el acta, la seguradora sabía que no era la nave asegurada sino otra.
- b) Porque aceptó reponer el Puma 455
- c) Entonces se excluye el error y existe una liberalidad sabiendo que no cabía la indemnización lo hizo y no el que constaba en la póliza
- d) Porque en materia de seguros esa liberalidad se conoce como ex gratia, la doctrina señala al respecto que “los pagos ex gratia en puridad de verdad representan una liberalidad presunción de que la reclamación interpuesta carece de base legal y cuyo otorgamiento afecta al fondo común generado por las primas”.

La procedencia de la acción intentada se basa en el error en el pago, error que se elimina en el momento que el solvens conoce que paga por un bien que no



estuvo asegurado y no solo que conoce sin que lo declara expresamente en el acta de finiquito definitiva, es decir se pagó con pleno conocimiento de la inexistencia de la obligación.

Comentario

Al igual que en la sentencia del tribunal ad quo, en esta sentencia no son objeto de análisis todas las excepciones planteadas por la parte demandada salvo el de no ser legítimo contradictor. El análisis que hacen respecto del error es muy acertado pero que a mi criterio no es aplicable para el caso en concreto puesto que el acta de finiquito que según este tribunal es el origen del pago de lo no debido es accesoria al contrato de seguro y que sin él no puede valer por sí sola, entonces no puede considerarse aisladamente como un contrato sino conjuntamente con el contrato de seguro.

Al considerar al pago como una liberalidad conocido en materia de seguros como pago ex gratia y al no tener esta figura una regulación dentro de la legislación ecuatoriana cabe aplicar las normas relativas a las donaciones, tal y como hace el análisis el voto salvado en el recurso de casación como se verá más adelante. Debe entonces cumplir con la exigencia legal de insinuación judicial por ser un monto superior a ochocientos dólares, más todavía cuando se trata de una cantidad tan ingente como de dos millones de dólares, saliéndose incluso de la definición de un pago ex gratia, los cuales son pagos moderados no excesivos.

Recurso de Casación.

Este recurso se interpone por parte de la actora fundamentándose en el numeral 1 y 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo cual la sala procede a analizar primero la causal cuarta esto es cuando la sentencia impugnada ha resuelto aquello que no fue materia del litigio o cuando ha omitido resolver todos los puntos de la Litis, al respecto la



Sala señala que el recurrente omitió precisar si es a su juicio la sentencia es extra o citra petita y que el fundamento de la causal cuarta se debe a que no se resolvieron las excepciones presentadas por los representantes de las demandada sin especificar a qué excepciones se refiere, por ello hacen un análisis y creen que de considerarse citra petita porque no determina cuál es el asunto controvertido en la sentencia que no había sido resuelto. Como la Litis se trabó sobre el hecho de que se negó pura y simplemente el pago in debido por lo que el tribunal ad quem debía dilucidar fundamentada mente si existió el pago no debido alegado y negado y si procedía o no la repetición; se tiene que si fue tratado y dilucidado en base legal y de las pruebas que se consideraron pertinentes. Tampoco se advierte que hayan sentenciado más allá de lo pedido por lo que se rechaza ese cargo en casación.

Analizando la causal primera por aplicación indebida del artículo 6 de la Procuraduría General del Estado no se encuadra en las causales por ser de carácter procesal que llevaría la nulidad procesal y cabía en tal caso invocar la causal 2 del artículo 3 pero como la Corte no puede examinar causales no alegadas mal puede resolverlo, pero en el caso dicha nulidad no pudo declararse porque sí se contó con la delegación de la Procuraduría denegándose también este cargo

En cuanto a la falta de aplicación de los art 1429 1440 y 1444 actuales 1402 1413 1417 del Código Civil que tratan sobre la donación, en forma acertada el tribunal ad quem ni menciona ni se refiere a la donación porque la Litis nunca se trabó sobre ese punto sino sobre el pago indebido, al cual asiente lo dicho por el ad quem a decir que no hay error en el pago por cuanto fue voluntario y con pleno conocimiento para justificar ese acto de liberalidad se refieren a que se realizó un pago ex gratia definiéndolo claramente y al decir que no es una donación es porque sus características propias lo alejan de las del contrato de seguro



(bilateral, oneroso, conmutativo principal en tanto que la donación comporta un acto bilateral y gratuito.

Comentario.

La sala considera que como la litis se trabó sobre el pago de lo no debido, el tribunal ad quem sí resolvió el problema pues a su criterio no hubo pago de lo no debido por que el asegurador pagó al asegurado con pleno conocimiento de que el objeto siniestrado no era objeto del contrato de seguro pero que en el acta de finiquito sí lo reconocieron y que ese se configura como un contrato empero considero que si valora de esta manera debieron también hacer un control de legalidad de dicho contrato donde si se consideró que ese acto fue de liberalidad no puede estar fuera del control normativo y dicho acto de liberalidad se configura como una donación y por tanto debe sujetarse a las exigencias de la ley, por ello para mí si existe una falta de aplicación de las normas referentes a la donación es decir, se necesitó insinuación judicial y por tanto ese acto es nulo y de ningún valor según lo refiere el código civil.

Voto Salvado del Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

Este juez inicia analizando la causal primera del artículo tres de la Ley de Casación, es decir la no aplicación de los artículos 1429 1440 1444 del Código Civil, pues el tribunal ad quem le da carácter de pago no debido sosteniendo que es un acto de liberalidad; señalan que en todo caso se trata de un pago ex gratia, que por no estar regulado en el Ecuador el pago ex gratia lo confunden con donación aunque no en forma explícita, y a consideración del recurrente tampoco es pago ex gratia porque no fue realizado por su voluntad sino por una orden del superintendente. Que la sala considera que en el pago no debido debe existir error y en el acta no existe pues en ese pago indemnizatorio las partes declaran y reconocen que el Fénix ha pagado la totalidad de indemnizaciones reclamadas y generadas en la póliza AV 0169; sí existe error en la identidad del objeto asegurado y está probado. Que el pago ex



gratia al no estar regulado, según el artículo 2 Código Civil, la ley no constituye derecho sino solo cuando la ley se remite a ella como la ley no se remite, se elude por el ad quem porque se considera relevado de emitir un pronunciamiento sobre la forma en que se resolvió el negocio jurídico antes del acta de finiquito del 3 junio de 1992. Que de las definiciones de pago ex gratia la reposición de un helicóptero no es un pago pequeño tampoco puede ser donación incurriendo en nulidad por falta de insinuación que el error no solo es el error de hecho cuando recae sobre la identidad de la cosa sino es solo un clase, el otro se refiere a la especie en acto o contrato que se ejecutó o celebró que consta en la parte primera del art 1496, existe error porque la compañía de seguros lo hizo pensando que era indemnización de otro helicóptero el asegurado y por ello considera que este punto debe ser considerado para que se case la sentencia.

Comentario.

Creo que el criterio del voto salvado es el más acertado para el caso; pues en consideración a todo lo que he expuesto a lo largo de este trabajo, la sentencia si debido casarse por existir un pago de lo no debido y que claramente está demostrado en el proceso, más aún cuando el criterio de ser un pago ex gratia tampoco puede ser considerado por no contar con las exigencias legales para su pago, las aplicables a la donación.



Conclusiones.

1. La más importante luego de realizar este trabajo es que tanto el pago de lo no debido y como el pago ex gratia no pueden coexistir dentro de una acción por tanto que el pago ex gratia al no estar regulado positivamente se asemeja a una donación, por ello en caso de dejarlo sin efecto se debe hacerlo a través de las acciones que le sean aplicables según la donación y que por lo tanto no puede ser motivación el pago ex gratia para justificar un pago no debido.
2. Que el pago ex gratia jamás puede considerarse como un pago de lo no debido pues claramente se ha identificado las características propias de cada figura, principalmente en su diferencia en tanto al error que existe en el pago de lo no debido y la voluntad y consciencia de efectuar un pago ex gratia.
3. Que el pago ex gratia posee una limitación, que dependiendo del negocio económico de la empresa es el ser un pago moderado, ya que jamás puede ser exagerado como en el caso que fue objeto de estudio.
4. Que el pago ex gratia no puede salirse de la esfera mercantil-seguros, en tanto que el pago de lo no debido no se limita a la esfera civil y que también es aplicable en materia de seguros.
5. Que a falta de regulación del pago ex gratia son totalmente aplicables las normas civiles que regulan las donaciones por ser coincidentes en definiciones, en especial el animus donandi.
6. Que por las similitudes entre el pago ex gratia y la donación, la primera por ser onerosa se encuadra en la clase de donaciones remuneratorias.



7. Que el pago ex gratia no tiene naturaleza indemnizatoria, sino sui generis.

Recomendaciones.

Al finalizar este trabajo se recomienda a los administradores de justicia, mientras no exista una positivización del pago ex gratia, se aplique la normativa que regula el Código Civil a las donaciones, en especial a las donaciones remuneratorias, y así generar más jurisprudencia en relación a esta figura mercantil acrecentado el estudio y mayor difusión para el mejor conocimiento de la misma.

A los abogados en libre ejercicio y estudiantes de derecho se recomienda prepararse y estudiar a fondo las características de cada figura para evitar errores especialmente en la argumentación jurídica al mantener una posición lo cual ayudará al juez a fallar en mayor conocimiento de la verdad, lo cual generará alcanzar cada día más alcanzar ese estado ideal de justicia.



Bibliografía.

Libros consultados.

Alessandri, Arturo. Somarriva, Manuel. Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil partes preliminar y general. Tomo I.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1998.

Aristos Diccionario Ilustrado. Quito, Editorial Ramón Sopena. 2004

Asamblea Constituyente. “*Constitución 2008*”. Quito, Publicación oficial de la Asamblea Constituyente. 2008

Cevallos, Víctor. *Contratos Civiles y Mercantiles, Tomo uno, Quinta edición.* Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2013.

-----*Manual de Derecho Mercantil, quinta edición, tomo uno.* Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2013.

Ferrajoli, Luigi “Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad” Internet. http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf. Acceso: 9 noviembre 2015

Galanter, Marc. “La modernización de la Ley”. Internet. <https://books.google.com.ec/books?id=PvfU73-S-YsC&pg=PA82&lpg=PA82&dq=ue+es+el+derecho+de+propiedad&source=bl&ots=-LkUHntkq9&sig=REI1p9nysGKgiA87EROJNo1bIDg&hl=es&sa=X&ved=0CFkQ6AEwCWoVChMI46bihd6QyAIVxNkeCh1a1g9A#v=onepage&q=ue%20es%20el%20derecho%20de%20propiedad&f=false> Acceso: 29 septiembre 2015



Mellij, Gustavo. *Manual de seguros, segunda edición*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997.

León, Avelino. “La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”. Internet. https://books.google.com.ec/books?id=Sqtbq1wCiq8C&pg=PA9&lpg=PA9&dq=que+es+la+voluntad+en+terminos+juridicos&source=bl&ots=q9cSaZTIun&sig=sm_Qh88oSk9KEtZU8QjC_PgnSD8&hl=es&sa=X&ved=0CFIQ6AEwCGoVChMI48z_86yOyAIVQhceCh1gQQsh#v=onepage&q=que%20es%20la%20voluntad%20en%20terminos%20juridicos&f=false. Acceso: 30 septiembre 2015

Órgano de la Función Judicial de la República del Ecuador. “*Gaceta Judicial, serie XVIII N°4 mayo –agosto 2007*” Quito, 2007.

Soler, Amadeo. *Agentes y productores de seguros*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981.

Uria, Rodrigo. *Curso de Derecho Mercantil, segunda edición, tomo dos*. Madrid, Editorial Aranzadi, 2007.

Valencia, Arturo. Ortiz, Álvaro. *Derecho Civil de las Obligaciones, tomo tres, décima edición*. Bogotá, Ediciones Temis, 2010.

Fuentes de Internet.

Aguilar, Bito. “El pago de lo no debido” Tesis Doctoral. Noviembre 1969. Internet.

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/fb1e184dced74653062579570055a8b1?OpenDocument>. Acceso: 23 julio 2015.

Benalcázar, Juan. “El derecho de propiedad en la Constitución ecuatoriana” Internet <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/el-derecho-de-propiedad-en-la-constitucioacuten-ecuadoriana> Acceso: 18 noviembre 2015



Camargo, Johan. “El principio de Legalidad y la irresponsabilidad civil de los jueces”. Internet. <http://www.sopecj.org/jc1.pdf>. Acceso: 8 septiembre 2015

“Código Civil Ecuatoriano” Internet.

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>. Acceso: 10 septiembre de 2015

“CODIGO ORGANICO MONETARIO Y FINANCIERO, LIBRO I”
Internet. http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/codigo_organico_monetario_financiero_2014.pdf Acceso: 27 septiembre 2015.

“Concepto y elementos de la donación romana”. Internet. <http://www.derechoromano.es/2012/09/concepto-elementos-donacion.html> Acceso: 29 agosto 2015

“Decreto Supremo 1147” Internet.

http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/decreto_supremo_1147.pdf. Acceso: 25 agosto 2015

“Ex gratia”

Internet. https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Ex_gratia&oldid=604273933.
Acceso: 27 Julio 2015

“Ex gratia” Internet.

<http://www.mapfre.es/wdiccionario/terminos/vertermino.shtml?p=pagos-ex-gratia.htm> Acceso: 28 Julio 2015

García Falconí, José. “Seguridad Jurídica”

Internet. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2012/01/06/seguridad-juridica> Acceso: 15 noviembre 2015



“Ley General de Seguros, codificación” Internet.

http://www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/Ley_general_seguros_12_sept_14.pdf Acceso: 26 septiembre 2015

Sanhueza, Marcelo. “El Enriquecimiento sin causa”.

Internet. http://www.academia.edu/3738618/Enriquecimiento_Injusto. Acceso: 9 septiembre 2015.

“Sistema economico social y solidario, disputa y construccion”

Internet. <http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/551/2/Capitulo%201.pdf>
Acceso: 29 noviembre 2015

"Tesis Empresas de Seguros en el Ecuador".

Internet. <http://repositorio.uisek.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/50/3/Tesis%20Empresas%20de%20Seguros%20en%20el%20Ecuador.pdf>. Acceso: 5 mayo 2015

[1] “Buena fe”. Internet. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/buena-fe/buena-fe.htm> Acceso: 6 octubre 2015

[2] Rioja, Alexander. “El Principio de buena fe”. Internet. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/05/02/el-principio-de-la-buena-fe/> Acceso: 5 octubre 2015

[3] Rioja, Alexander. “El Principio de buena fe”. Internet. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/05/02/el-principio-de-la-buena-fe/> Acceso: 5 octubre 2015

[4] Espinosa, Sebastián. “El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008” Internet. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2273/1/T0944-MDE-Espinosa-El%20alcance.pdf>. Acceso: 12 noviembre 2015



[5] “Autonomía de la voluntad privada” Internet. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/autonomia-de-la-voluntad-privada/autonomia-de-la-voluntad-privada.htm> Acceso: 10 octubre 2015

[6] “Autonomía de la voluntad privada” Internet. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/autonomia-de-la-voluntad-privada/autonomia-de-la-voluntad-privada.htm> Acceso: 10 octubre 2015

[7] “Riesgo.definición” Internet.<http://www.mapfre.es/wdicionario/terminos/vertermino.shtml?r/riesgo.htm> Acceso: 24 noviembre 2015

[8] “Todo sobre seguros”. Internet. <http://www.apeseg.org.pe/orientacion.html> Acceso: 26 octubre 2015

[9] “Todo sobre seguros”. Internet. <http://www.apeseg.org.pe/orientacion.html> Acceso: 26 octubre 2015

[10] “Definición de Voluntad” Internet. <http://www.definicionabc.com/general/voluntad.php> Acceso: 25 septiembre 2015

[11] “Beneficio de Competencia”. Internet. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2004 . Acceso: 1 noviembre 2015



Anexos.

Fallo en el Juicio N° 168-2007 ordinario por pago de seguro propuesto por El Fénix del Ecuador contra el Ministerio de Defensa y otros.