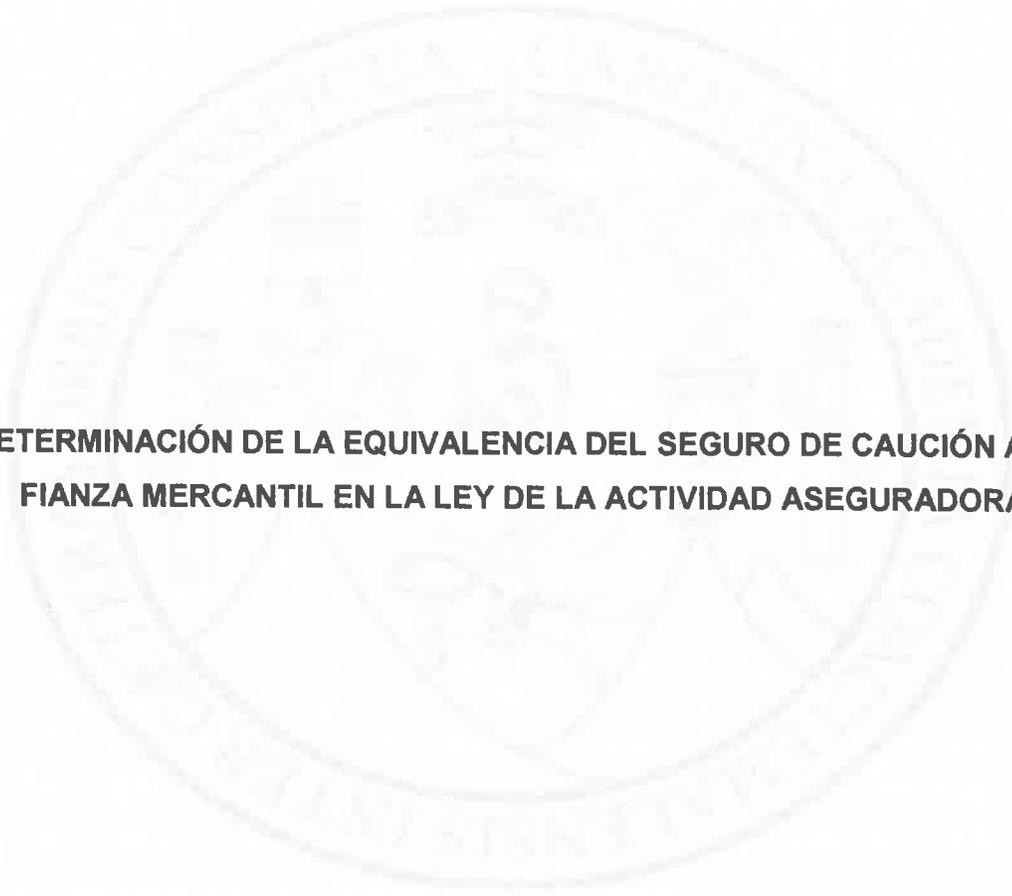


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**



**DETERMINACIÓN DE LA EQUIVALENCIA DEL SEGURO DE CAUCIÓN A LA
FIANZA MERCANTIL EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA**

PAOLA YVETTE VELÁSQUEZ MÁRQUEZ

Guatemala, octubre de 2019.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**

**DETERMINACIÓN DE LA EQUIVALENCIA DEL SEGURO DE CAUCIÓN A LA
FIANZA MERCANTIL EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

por la LICENCIADA

PAOLA YVETTE VELÁSQUEZ MÁRQUEZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD

Guatemala, octubre de 2019.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

TRIBUNAL EXAMINADOR

Dr. Oscar Estuardo Paiz Lemus
Presidente

Dr. Billy René Méndez Dardón
Vocal

MSc. Claudia Beatriz Cuyan Motta
Secretaria

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: MSc. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

Guatemala 20 de noviembre del 2018

Director
Dr. Ovidio David Parra Vele
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Dr. Parra Vela:

Según Acta del Consejo Académico de la reunión Ordinaria celebrada el 31 de mayo del 2017, en el Acta N°. 02-2017, Punto CUARTO, Inciso 4.4 y de la Acta N°. 13.2017, contenida en el Punto CATORCE, Inciso 14.10, se hace de su conocimiento que se ha elaborado, asesorado y revisado el informe final de tesis intitulado **“DETERMINACIÓN DE LA EQUIVALENCIA DEL SEGURO DE CAUCIÓN A LA FIANZA MERCANTIL EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA”**, del estudiante Lic./Licda. **PAOLA YVETTE VELASQUEZ MARQUEZ**, el cual se enmarca dentro de los contenidos teóricos metodológicos de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad cuyo proceso se realizó durante los meses de Julio a Noviembre del 2018.

El informe final de tesis del Lic./Licda **PAOLA YVETTE VELASQUEZ MARQUEZ** cumple con los requisitos establecidos en el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por lo tanto extendemos el dictamen de aprobación para que el sustentante pueda continuar con el proceso de tesis.

Así mismo, se deja constancia que la originalidad de los criterios vertidos en la tesis “título tesis”, son responsabilidad exclusiva del autor, como se estipula en el Artículo 5 Derecho de Autor.

Atentamente,



Dra. Blanca Eugenia Colom García
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.



Magister Geisler Smaile Pérez Domínguez
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.

Feb

Dr. Billy René Méndez Dardón
10 Av. 16-81 Zona 11 de Mixco, Colinas de Minerva
Condominio El Gozo, Apartamento 9
Teléfonos 24838820, 24836854 y 24836686
Guatemala

Guatemala, 30 de septiembre de 2019

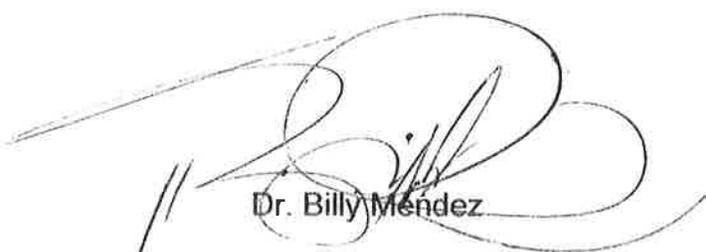
Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala, Ciudad.

Señor Director:

Tengo a bien informar a usted, que la Licenciada **Paola Yvette Velásquez Márquez** cumplió satisfactoriamente las recomendaciones que se le formularon en el examen privado de tesis, sobre el tema "**Determinación de la equivalencia del seguro de caución a la fianza mercantil en la Ley de la Actividad Aseguradora**", realizado el día 23 de julio de 2019.

Por tal motivo, la terna examinadora y por mi medio, considera que la Licenciada Velásquez Márquez, puede continuar el trámite que de acuerdo al Normativo General de los Estudios de Postgrado de esa Dirección, procede.

Cordialmente,



Dr. Billy Méndez

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARÍA DE POSTGRADO
MAESTRÍAS:

RECORRIDO
04 OCT. 2019

DOCTORADO:

HORA: 16:04 FIRMA: 2

Guatemala, 17 de octubre de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

DETERMINACIÓN DE LA EQUIVALENCIA DEL SEGURO DE CAUCIÓN A LA FIANZA MERCANTIL EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

Esta tesis fue presentada por la **Licda. Paola Yvette Velásquez Márquez**, estudiante de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450



D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 24 de octubre del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. Paola Yvette Velásquez Márquez aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad** lo cual consta en el acta número 104-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“DETERMINACIÓN DE LA EQUIVALENCIA DEL SEGURO DE CAUCIÓN A LA FIANZA MERCANTIL EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

- A Dios:** Le agradezco su amor, misericordia y respaldo en todo momento, porque este trabajo le pertenece a ÉL.
- A la Virgen María:** Gracias por ser una madre tan amorosa y preocupada por mí, por interceder siempre en favor mío.
- A mis padres:** Este trabajo se los dedico especialmente, Juan Francisco Velásquez Solís y Erica Beyssi Marquez Soto, por el esfuerzo y el amor que me han entregado y que no ha tenido medida.
- A mi familia:** Gracias Erick Francisco Antonio Velásquez Márquez y Juan Luis Velásquez Marquez porque somos ejemplo de fraternidad, siempre juntos. Sergio Roberto López Gálvez por su amor incondicional. Saira García y Elena Márquez porque ustedes completan mi familia con su cariño.

ÍNDICE



Introducción

CAPÍTULO I

1. La fianza mercantil y el Seguro de Caución	1
1.1. Contrato de fianza mercantil.....	1
1.1.1 Referencia histórica de la fianza mercantil	2
1.1.2 Definición de fianza mercantil	3
1.1.3 Naturaleza jurídica de la fianza mercantil	5
1.1.4 Elementos del contrato de fianza mercantil	6
1.1.5 Clases de fianza	9
1.1.6 La fianza en el Código de Comercio de Guatemala	11
1.2. Seguro de Caución	15
1.2.1. Consideraciones generales sobre el contrato de seguro	16
1.2.2. Clases de seguro	26
1.2.3. Obligaciones de los sujetos en el contrato de seguro	28
1.2.3.1. Obligaciones del solicitante o tomador del seguro.....	28
1.2.3.2. Obligaciones de la aseguradora	29
1.2.4. El contrato de reaseguro	30
1.2.5. Regulación del contrato de seguro	33
1.2.6. Definición del Seguro de Caución.....	34
1.2.7. Naturaleza jurídica del Seguro de Caución	37
1.2.8. Elementos del contrato de Seguro de Caución	39
1.2.9. Suscripción del Seguro de Caución	43



CAPÍTULO II

2. La fianza mercantil y el Seguro de Caucción en el derecho comparado.....	49
2.1. La fianza mercantil y el Seguro de Caucción en Argentina.....	49
2.2. La fianza mercantil y el Seguro de Caucción en España.....	55
2.3. El Seguro de Caucción y la fianza en México	61
2.4. Apreciaciones generales	68

CAPÍTULO III

3. Diferencias y equiparación del Seguro de Caucción y la fianza mercantil.....	75
3.1. Diferencias entre el Seguro de Caucción y la fianza mercantil	75
3.2. Determinación de las diferencias entre el Seguro de Caucción y la fianza mercantil	77
3.3. Inequivalencia del Seguro de Caucción y la fianza mercantil	86
3.4. Desacierto de la sustitución de la fianza mercantil por el Seguro de Caucción	89
3.5. Efectos de la introducción del Seguro de Caucción a la legislación guatemalteca.....	96
Conclusión	99
Referencias.....	101
Anexo	105

INTRODUCCIÓN



Por muchas décadas en Guatemala estuvo vigente la ley que regulaba a las sociedades aseguradoras, que era conocida como Ley de Empresas Aseguradoras; sin embargo, con el transcurso del tiempo la ley citada se encontraba desactualizada, lo cual motivó que, en el año 2010, el Congreso de la República aprobara la Ley de la Actividad Aseguradora, Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala que inició su vigencia en el año 2011.

Con el inicio de vigencia de dicha normativa se presentaron cambios sustanciales en las operaciones de las sociedades aseguradoras, puesto que dicha normativa regula técnicamente lo referente a la constitución, autorización, funcionamiento y reservas de las aseguradoras. Otro efecto sustancial fue la incorporación del Seguro de Caución, figura jurídica que no existía regulada dentro del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala como una clase de contrato, razón por la cual era una novedad.

La Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República regula en los artículos transitorios 106 y 109 las operaciones de fianzas o Seguro de Caución señalando que a partir de su inicio de vigencia toda referencia relativa al contrato de fianza o reafianzamiento en la legislación en general y los contratos suscritos en el país deben entenderse como Seguro de Caución o reaseguro de caución, con los mismos alcances y efectos, que las afianzadoras autorizadas en el país por ministerio de ley se convierten en aseguradoras, debiéndose aplicarse el término de fianza como Seguro de Caución, de afianzadora como aseguradora y reafianzamiento como reaseguro.

Disposiciones que han dado lugar al presente trabajo de investigación para poder determinar las diferencias entre el contrato de fianza que se encontraba vigente desde la emisión e inicio de vigencia del Código de Comercio en Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República en el año 1971 operándose por las afianzadoras, identificando la aplicación de la fianza mercantil y el Seguro de Caución en la doctrina y

en el derecho comparado y de esta manera determinar si la regulación del Seguro de Caución en Guatemala es la adecuada. Siendo el objetivo general determinar la equivalencia del Seguro de Caución a la fianza mercantil en la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República y los objetivos específicos identificar la aplicación de la fianza mercantil y el Seguro de Caución en el ámbito legal y determinar a través del derecho comparado la aplicación de la fianza mercantil y del Seguro de Caución en otros países.

Para, lo cual, el presente informe se desarrolla en tres capítulos en los que se presentan aspectos doctrinarios, legales y jurisprudenciales sobre las instituciones jurídicas de la fianza mercantil y el Seguro de Caución. El primer capítulo denominado la fianza mercantil y el Seguro de Caución contiene los elementos que configuran a cada una de las instituciones, así como aspectos generales que permiten comprender su naturaleza jurídica. En el segundo capítulo, denominado la fianza mercantil y el Seguro de Caución en el derecho comparado se presentan aspectos relevantes de estas figuras en tres legislaciones distintas, siendo el caso de Argentina y España elegidas por la tradición que tienen en el uso del Seguro de Caución desde hace décadas y México por ser un país de la región que presenta una reciente incorporación del Seguro de Caución a su normativa a través de una reciente ley en materia de seguros y fianzas.

En el tercer capítulo, corresponde a las diferencias entre el Seguro de Caución y la fianza mercantil en el cual se determina de una forma específica y concreta, así como la inequivalencia que guardan estas dos instituciones y las consecuencias de su equiparación en el Decreto 25-2010 del Congreso de la República, Ley de la Actividad Aseguradora.

Para la realización de la presente investigación se planteó la hipótesis que existe una diferencia fundamental entre la fianza mercantil y el Seguro de Caución, porque el Seguro de Caución, al ser un seguro es de naturaleza indemnizatoria, mientras que la fianza mercantil es una garantía por el futuro posible incumplimiento de una obligación, de manera que entre estos dos contratos no hay equivalencia, de forma tal que la necesidad de otorgar una garantía frente a una obligación no puede suplirla el Seguro

de Caución. Lo cual quedó comprobado durante el desarrollo de esta, utilizando los métodos de investigación científica planteados en la planeación, siendo fundamental el jurídico y las técnicas de revisión sistemática de la literatura del derecho de seguros, el Seguro de Caución y la fianza, la entrevista y el fichaje, porque el objeto de la investigación se centra en dos figuras con amplios antecedentes.





CAPÍTULO I

La fianza mercantil y el Seguro de Caucción



La fianza y el Seguro de Caucción son dos instituciones jurídicas que la doctrina y la legislación han relacionado por las características que guardan en común, porque tienen una gran similitud, siendo compleja su diferenciación. Debido a que el objeto del presente trabajo es determinar la inequivalencia entre estas, es necesario tomar en consideración los elementos propios de cada una, estableciendo la base doctrinaria para poder diferenciarlas determinando los sujetos, del objeto y la naturaleza jurídica que permita plasmar con claridad la configuración de la fianza mercantil y del Seguro de Caucción y su situación actual en la legislación guatemalteca.

1.1 Contrato de fianza mercantil

La fianza es una figura jurídica, cuyos antecedentes se remontan a épocas antiguas, porque su finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación y esa necesidad de las personas ha existido desde tiempos remotos. En la actualidad, existen dos principales clases de fianza, la fianza civil y la fianza mercantil, que se han ido diferenciando principalmente por el sujeto que presta la garantía, porque de conformidad con el artículo 2100 del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno, por esta clase de contrato una persona denominada fiador adquiere el compromiso de pagar la obligación de otra persona, pudiendo pactarse una remuneración para el fiador o bien tener el carácter de gratuito.

En el caso de la fianza mercantil, esta era un contrato regulado en el Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70, del Congreso de la República, y si bien este no ofrecía una definición o concepto de esta, tomando en consideración las características y principios del derecho mercantil, se consideraba que esta siempre tenía el carácter oneroso y que el sujeto que prestaba la fianza era una afianzadora que debía estar constituida como sociedad anónima para poder prestar dicho servicio, de conformidad con la Ley de Afianzadoras. Precisamente, es la fianza mercantil la que principalmente

se desarrolla a continuación, porque es el contrato que quedó suplantado por el Seguro de Caución, de conformidad con la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala, en el año 2010.



1.1.1 Referencia histórica de la fianza

La fianza es una figura de tiempos muy antiguos por la función que realiza; para Hoyos (2012), sus antecedentes son remotos, pareciera ser conocida desde los inicios de la humanidad, como en Babilonia, porque en el Código de Hammurabi se contiene una especie de garantía, principalmente en relación con los esclavos que en aquel entonces eran utilizados como garantía, aunque en aquel tiempo no eran considerados como sujetos o personas. Esta idea de la antigüedad de la fianza se afirma con la Sagrada *Biblia* que, en el libro de *Proverbios*, ya hace referencia a la responsabilidad del fiador en el capítulo sexto, versículo uno.

En el derecho romano, se desarrollaron varias instituciones relacionadas con la fianza con distintas fórmulas, tal es el caso de la llamado fianza estipulatoria que consistía en la intervención de un fiador, quien se comprometía a cumplir con la obligación del fiado, en caso este no cumpliera, siendo un concepto tal como el que en la actualidad se tiene de la fianza.

Sin embargo, también dentro del derecho romano existían otras figuras que relacionan con la garantía de obligaciones como la *sponsio*, la *fideiprommisio* y la *fideiussio*. Por su lado, la *sponsio* tiene elementos religiosos al ser una promesa de sujetos o personas que realizan actos religiosos. La *fideiprommisio* se considera una evolución de la anterior, regulando algunos derechos para el fiador y la *fideiussio*, del tiempo de Justiniano, en la cual se adicionó otro derecho a beneficio del fiador, consistente en que podía exigirle al acreedor que previamente a exigirle el pago a él, lo hiciera al deudor, derecho que hoy en día se preserva en la legislación civil como derecho de excusión.

Un hecho importante relativo a la fianza es en el Siglo III d. de C. al estar establecidos de forma más específica los derechos reales se legislaron que el vecino podía ser obligado a contratar una fianza por los daños que podía causar a la propiedad de su vecino, también permitió diferenciar las garantías personales de las garantías reales como la hipoteca y la prenda, también para ese entonces se había eliminado la prisión por las deudas civiles.



De acuerdo con Puig (1972), la fianza en el derecho romano no tenía un carácter accesorio como se determina más adelante en la historia, sino que era necesario y obligatorio en todos los contratos, porque no era suficiente la intervención de quienes otorgaban su voluntad, era necesaria la intervención de un tercero para dar seguridad. Los antecedentes de la fianza son extensos, pero es en el derecho romano como institución del derecho privado que encuentra su fundamentación, preservando su esencia a la actualidad.

1.1.2 Definición de la fianza mercantil

En el sistema jurídico guatemalteco, la fianza consiste en un contrato tanto en el ámbito civil como en el mercantil, regulado tanto en el Código Civil Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno, como en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 de la República de Guatemala; sin embargo, en el último cuerpo normativo citado no existe una definición del contrato de fianza mercantil, por lo que es usual auxiliarse de la normativa civil en el artículo 2100, del Código Civil, Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno, donde se establece un concepto de fianza señalando que por este contrato una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra. Al respecto, Vásquez (2009) afirma: “La fianza es uno de los contratos de los cuales se ocupa el Código Civil como el Mercantil. De ahí que la definición aparezca únicamente en el primero de los códigos mencionados” (p. 639).

Considerando la finalidad de la fianza en la doctrina es definida como una garantía de tipo personal, porque a través de la fianza un tercero toma responsabilidad sobre la obligación de un deudor frente al acreedor. Pisani (2006) establece que existe contrato

de fianza cuando un sujeto se obliga accesoriamente por un tercero y el acreedor lo acepta de conformidad con el Código Civil de Argentina y señala que para considerarla mercantil la obligación o deuda que se garantiza debe ser mercantil o un acto de comercio, aunque el fiador sea un particular y no comerciante.



Aunque en legislaciones como la de España se establece en el mismo sentido que lo afirma Pisani, que, si el fiador no es comerciante, pero la obligación que se garantiza es mercantil la fianza se considera mercantil, en el Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República, como ya se indicó no se establecía una definición de este contrato, pero se tomaba en consideración que el fiador era una afianzadora como sociedad anónima, cuyo único objeto social era prestar fianza.

La fianza es un contrato accesorio con el que se busca certeza o seguridad de cumplimiento como lo indica Ossorio (1981) es la obligatoriedad accesorio que contrae un sujeto para seguridad del cumplimiento de una obligación ajena. Villegas (2006) considera que la fianza se considera una garantía personal al ser un contrato de garantía con la finalidad de responder por el incumplimiento de obligaciones de una persona y que al no existir una definición de fianza mercantil y aplicando supletoriamente el Código Civil Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno, la fianza mercantil se puede definir como un contrato mercantil en el que la afianzadora se compromete a responder de la obligación de otra persona, según disposiciones de la Superintendencia de Bancos incluyendo las tarifas dictadas por dicha autoridad administrativa, esto se debe a que la actividad de las sociedades afianzadoras se encuentra bajo la fiscalización de dicha entidad.

En la exposición de motivos del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala se indica que para diferenciar las fianzas mercantiles de las civiles se establece en el artículo 1,024 del Código de Comercio de Guatemala que las disposiciones de ese capítulo eran aplicables a las fianzas otorgadas por afianzadoras. Tomando en consideración lo anterior se podría definir la fianza mercantil para el caso de Guatemala como el contrato por el cual una sociedad afianzadora toma la responsabilidad de pagar una obligación de distinta naturaleza de



otra persona, en caso esta no cumpliera a cambio de una contraprestación contenida en una póliza.

Con base en lo establecido, el contrato de fianza se caracteriza por ser un contrato de garantía pues esa es su finalidad, además es un contrato oneroso, porque existen prestaciones entre los sujetos y para Villegas (2006) es un contrato accesorio, porque la responsabilidad que toma la afianzadora depende de la obligación que se garantiza, por lo que si la obligación garantizada se extingue también ocurre lo mismo con la fianza. También señala que la responsabilidad del fiador es mancomunada solidaria y por ende para la afianzadora no existe la posibilidad de realizar un pacto en contrario. Estos caracteres nos permiten comprender mejor el concepto de la fianza mercantil y su finalidad como un contrato meramente de garantía personal.

En el sentido, de la onerosidad relacionado con el que hacer de la empresa Vásquez (2009) indica:

La comercialidad de las fianzas, nace de su realización habitual y profesional por medio de una empresa. Se ha considerado que la realización de las fianzas por medio de una empresa, implica el concepto de onerosidad, pues ninguna empresa podría dedicarse a dar fianzas gratuitas, ello va contra el concepto mismo de empresa. (p. 639).

1.1.3 Naturaleza jurídica de la fianza mercantil

La fianza en general surgió por la seguridad que necesitaba un acreedor sobre el pago de una obligación a su favor, diferenciándose de las garantías reales que, en la fianza, es una persona quien ofrece ese respaldo y se compromete a pagar la deuda, sino lo hiciere el deudor, mientras en las segundas es a través de un bien de distinta naturaleza. Por lo que no existe discusión sobre que la fianza tiene el carácter de ser una verdadera garantía personal.



En el caso de la fianza mercantil, esa naturaleza no varía, por lo que se puede indicar que es una garantía a través de la cual se busca certeza y seguridad, atenuando o bien desapareciendo la posibilidad que la obligación garantizada no sea cumplida, ya sea través de un cumplimiento normal del deudor principal o bien por vía de la afianzadora.

En concordancia, Vásquez (2009) señala que no existe oposición en la naturaleza garantista de la fianza y que a la vez es una afirmación de derechos, porque por medio de la fianza obliga al fiador con el acreedor de un tercero a responder por la obligación.

No existe ninguna prohibición de limitación al tipo de obligación que se puede garantizar, pero de acuerdo con la doctrina al ser una fianza mercantil se comprende que la mayoría de las obligaciones garantizadas consisten en créditos, en su caso Pisani (2006) refiere algunos como créditos por saldos de precios de operaciones, de venta o locaciones, así como de préstamos de dinero y en operaciones bancarias.

En Guatemala se pueden distinguir varias clases de fianzas, entre ellas la fianza de fidelidad de empleados hacia su empleador o hacia algún sujeto específico; las administrativas como fianza de sostenimiento de oferta, de cumplimiento de contrato, de impacto ambiental entre otras; y judiciales en procesos civiles, penales, laborales principalmente. Por lo que la fianza mercantil tiene la naturaleza jurídica de ser una garantía otorgada por una sociedad anónima específicamente aseguradora, sin importar qué clase o tipo de obligación sea, pudiendo incluso ser un acto de comercio.

1.1.4 Elementos del contrato de fianza mercantil

Como todo contrato la fianza mercantil tiene elementos esenciales que permiten su configuración como tal, estos son los sujetos que deben intervenir, el objeto que del acuerdo y la formalización de este. El elemento subjetivo se conforma por tres sujetos intervinientes: la afianzadora o fiador, el solicitante, principal o fiado y el acreedor o beneficiario.



a. La afianzadora: cuya función es respaldar obligaciones de otras personas a cambio de una prestación a su favor, en Guatemala se debían constituir como sociedades anónimas y se encontraban reguladas por el Decreto 403 del Congreso de la República, el Decreto 470 del presidente de la República y el Decreto 32-90 del Congreso de la República de Guatemala. Al tenor de esta legislación podemos señalar como aspectos especiales: 1. Se encuentra sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Bancos. 2. Generalmente, su objeto exclusivo es afianzar obligaciones y funcionan como sociedades anónimas especializadas. 3. Su capital pagado mínimo no puede ser menor de dos millones de quetzales. 4. Su función afianzadora se refiere a la fianza mercantil, prevista como contrato en el Código de Comercio (Villegas, 2004 p. 170).

b. El solicitante de la fianza mercantil: es el deudor de la obligación que se garantiza y que tiene interés en que la obligación sea respaldada a solicitud de su acreedor o como requisito para formalizar dicha obligación, por lo tanto, se trata de cualquier persona individual o jurídica, con capacidad para contratar y que contrae obligaciones frente al acreedor y en caso de que la afianzadora cumple con la obligación tendrá que responder por el derecho de repetición que le corresponde a la afianzadora.

Vásquez (2009) identifica este elemento personal como el fiado y señala que la ley respecto de este únicamente exigía indicar en la póliza el nombre y domicilio del fiado de conformidad con el artículo 1,025 del Código de Comercio de Guatemala.

c. El acreedor: es quien tiene a su favor la fianza; es decir, que se trata del acreedor garantizado y, en el mismo sentido, que el anterior sujeto puede ser una persona individual o jurídica, con capacidad legal para contratar de conformidad con las normas de derecho civil, de carácter privado o público y que tiene derechos frente al deudor y respecto a la afianzadora, su principal derecho consiste en recibir el pago de la obligación por el deudor o por la afianzadora. Respecto de este sujeto Vásquez (2009) señala:



El beneficiario, que es la persona, a, cuyo favor se presta la garantía, es en el contrato de fianza el acreedor o sea a quien la afianzadora pagará en caso de incumplimiento del fiado. El Código de Comercio exige que en la póliza se incluya la designación del beneficiario. (p. 641).

El objeto de la fianza mercantil es la obligación que se garantiza por la aseguradora y que principalmente puede ser un contrato mercantil como un crédito de dinero, pero también puede ser una obligación de otra naturaleza civil, penal, laboral o administrativa. La afianzadora por la función que realiza y el servicio que presta tiene a su favor una prestación que debe pagar el solicitante, según lo que estipulen y en caso de que efectivamente la afianzadora pague la obligación frente al acreedor tiene el derecho de recuperar lo pagado. Dicha prestación que tiene a su favor la afianzadora se le denomina prima, la cual debe ser establecida con precisión en la póliza y que como lo indica Villegas (2006) debe estar conforme a lo establecido por la Superintendencia de Bancos.

El elemento formal de la fianza es la póliza, este es el documento que debe contener los requisitos y estipulaciones que rigen la fianza. Este documento se considera un contrato de adhesión que en este caso prepara la afianzadora, según las necesidades del solicitante y este segundo acepta este. El Código de Comercio de Guatemala regula este tipo de forma de contratos en el artículo 673 regulando que si la parte que no preparo el contrato encuentra que la póliza no se ajusta a su solicitud deberá pedir la rectificación por escrito en el plazo de quince días y de lo contrario se entiende por aceptado este. Para su interpretación se aplica el artículo 672 del mismo cuerpo normativo que establece que en caso de duda se debe interpretar en el sentido menos favorable para la parte que preparo el contrato, que cualquier renuncia de derechos deber ser resaltada para que sea válida y que si existen cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales del formulario.

Es importante señalar que, en relación con lo establecido anteriormente, la póliza utilizada por la afianzadora debía ser aprobada por la Superintendencia de Bancos previamente, además del carácter probatorio inmerso en esta, que la póliza constituye

la prueba del contrato por excelencia y a falta de esta, se tendrá como prueba la confesión de la afianzadora.



1.1.5 Clases de fianza

De acuerdo con la legislación guatemalteca únicamente se regulan dos clases de fianza, la fianza civil regulada en el Código Civil Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno, la cual no tiene relación directa con las afianzadoras y la fianza mercantil regulada en el Código de Comercio como en el siguiente punto se expone. Sin embargo, mientras estuvo vigente a fianza mercantil las afianzadoras operaban ciertas clases de fianza, según diversas necesidades y obligaciones del fiado y autorizaciones de la Superintendencia de Bancos, específicamente al Acuerdo 280 del año 1959. Villegas (2006) señala estas circunstancias y las siguientes clases de fianza, según las disposiciones señaladas:

- a. Fianza de fidelidad la cual se contrata como garantía de los actos de terceras personas como colaboradores o empleados y las consecuencias que estas pueden causar.
- b. Fianzas judiciales que tienen como objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones relacionadas con procesos judiciales de distinta naturaleza, que pueden ser civiles, penales, laborales, tributaria entre otros.
- c. Fianzas administrativas de gobierno que tienen como fin garantizar el cumplimiento de obligaciones frente al Estado, principalmente en relación con contrataciones.
- d. Fianzas administrativas ante particulares que garantizan el cumplimiento de obligaciones generales que nacen de contratos y negocios jurídicos entre personas particulares ya sean individuales o jurídicas.

La anterior enunciación es ilustrativa más no limitativa, porque existen otras clases de fianza que se comercializan, según su objeto o la obligación que garantiza, algunas



de ellas son de arrendamiento, para la actividad de venta de armas, en la licitación sobre el cumplimiento, que garantiza la buena calidad, fiscales y de rifas y sorteos.

El Acuerdo 228 de la Superintendencia de Bancos referente a las tarifas autorizadas para operar la fianza establece una clasificación de la fianza mercantil en cuatro clases de la siguiente manera:

- a. Clase "A" de fidelidad
 - A-1 Fianza individual
 - A-2 Fianza Cédula de grupo selecto
 - A-3 Fianza abierta de fidelidad

- b. Clase "B" judiciales
 - B-1 civiles
 - B-2 penales
 - B-3 ante autoridades de trabajo

- c. Clase "C" ante autoridades de gobierno
 - C-1 sostenimiento de oferta
 - C-2 cumplimiento de contrato
 - C-3 conservación de obras
 - C-4 cumplimiento de pedidos
 - C-5 Anticipos
 - C-6 Fianzas exigidas por la ley
 - C-7 de interés fiscal

- d. Clase "PA" ante particulares
 - P-1 de cumplimiento de contrato
 - P-2 de anticipos
 - P-3 conservación de obras
 - P-4 cumplimiento de pedidos
 - P-5 arrendamientos
 - P-6 mercadería en consignación
 - P-7 crédito



Es de mencionar que este Acuerdo data de 1959 y era acorde a la legislación que para en aquel año existía para la actividad afianzadora, pero que a la vez ya estaba desarrollado el contrato de fianza en su operación.

También existen otras clases de fianza, según otros aspectos referentes a la fianza, en este sentido Hernández (2015) establece que existe la fianza limitada y fianza ilimitada, según la extensión de la fianza, siendo la fianza limitada aquella que garantiza el cumplimiento de la obligación principal, mientras que las ilimitadas se extiende a la obligación principal y las obligaciones accesorias; también hace referencia a las fianzas simples y dobles, la primera que garantiza la obligación del deudor principal y la segunda que garantiza, además, la obligación de otro fiador sobre la misma obligación. De tal manera que existen varias clases de fianza atendiendo a diversos aspectos que se van desarrollando en la aplicación de este tipo de garantía.

1.1.6 La fianza en el Código de Comercio

Como se ha indicado el contrato de fianza mercantil era un contrato típico que se encontraba regulado en el Capítulo XII del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, siendo el último de los contratos regulados dentro del Código de Comercio de Guatemala, juntamente con el reafianzamiento en los artículos del 1024 al 1038 dentro de los que se estipulaban las directrices específicas aplicables al contrato de fianza, como le denomina la legislación. Dentro de dicho articulado indicado, el artículo 1,024 establecía que las disposiciones de ese capítulo eran aplicables a las fianzas que otorgaran las afianzadoras autorizadas legalmente para operar, de esta manera se establecía el ámbito de aplicación legal, excluyendo aquellas fianzas prestadas por particulares que definitivamente quedaban dentro de la naturaleza civil y por ende bajo las disposiciones del Código Civil Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno.

Otra disposición del Código de Comercio de Guatemala respecto de la fianza era el contenido de la póliza, porque esta es el elemento formal del contrato, por lo tanto, indicando que esta debía de contener cinco requisitos indispensables siendo el lugar y



la fecha de emisión de esta, nombres y domicilios de las partes, específicamente del fiado y de la afianzadora, designación del beneficiario, así como las obligaciones que se estaban garantizando y elementos de estas como el monto y la firma de la afianzadora. Estos requisitos manifestaban los elementos esenciales de la fianza plasmados en la póliza, la cual cumplía una función probatoria y, por lo tanto, de conformidad con la normativa, a falta de esta, la fianza se debía probar con la confesión de la afianzadora, quedando en una posición compleja el fiado.

En cuanto a la responsabilidad de la afianzadora, se establecía que era de tipo solidaria sin gozar del derecho de orden o de excusión, lo cual implicaba que la sociedad afianzadora al otorgar una fianza adquiría la obligación como propia, pudiéndose cobrar directamente a esta por parte del acreedor del fiado y sin que la afianzadora pudiera hacer reserva de que existían otros obligados que en primer orden debían de pagar o bien incluso que el fiado y a la vez deudor de la obligación debía ser requerido previamente. Derivado de esta responsabilidad directa de la afianzadora se ha considerado la fianza como una verdadera garantía.

Si bien el Código de Comercio no disponía cuáles eran las clases de fianza, según el tipo de obligación que se garantizaba, el artículo 1,028 directamente regulaba la fianza de conducta, regulando que si la fianza se otorgaba para responder por la conducta de una persona, el beneficiario podría exigir el pago toda vez comprobara por cualquier medio y sin que fuera necesaria intervención judicial que el fiado había realizado el acto o bien la omisión prevista en el contrato y de esta manera incumpliendo con la obligación contraída de realizar determinada conducta, quedando establecido de esta manera que la obligación garantizada podía ser de distinta naturaleza.

Otro elemento de la fianza regulado era la contragarantía como un derecho que podía exigir la afianzadora en ciertos supuestos específicos. No se establece un concepto de esta, pero en términos generales una contragarantía genera la idea de brindar seguridad al garante. Rodríguez (2004) determina que la contragarantía o retrofianza se relaciona con un derecho de recuperar lo pagado por la afianzadora, porque un cliente de la afianzadora debe tener una idoneidad moral, técnica y



económica de tal manera que usualmente si el fiado no honra la obligación usualmente se trata de problemas de insolvencia o quiebra y en esta situación sería difícil para la afianzadora recuperar lo pagado, por esta razón al realizar un análisis de la probabilidad que esto último ocurriera la afianzadora podrá solicitar que una persona vinculada al afianzado o fiado responda por las resultas de la fianza; es decir, responda por el derecho de recuperación frente a la afianzadora y señala que en Venezuela la ley no le denomina contragarantía ni retrofianza, pero si regula el derecho indicado.

En Guatemala, el artículo 1,029 del Código de Comercio de Guatemala si le denomina como contragarantía estipulando que esta tiene un carácter excepcional y no general al establecer cuatro casos en los que la afianzadora la podía exigir siendo que el fiado realizara declaraciones falsas sobre su solvencia, si se hubiera constituido una contragarantía que recayera sobre un bien y el valor de este disminuyere o fueren insuficientes en caso tendría que cubrir la obligación, si existiera exigibilidad de la deuda a través de la vía judicial o si transcurrieren cinco años y la obligación no tiene señalado un plazo de vencimiento, caracterizándose estas situaciones por generar incertidumbre o falta de certeza para la afianzadora. Además, la norma indicada le confiere el derecho a la afianzadora para embargar bienes de los deudores mientras que su responsabilidad se termine o se otorgue una contragarantía suficiente.

Otra disposición era la relativa a la mora en la cual se establecía que la forma en que el beneficiario debía solicitar el pago de la fianza era por escrito y de forma fundamentada, teniendo la afianzadora un plazo de diez días si no existía reafianzamiento y de treinta días cuando si lo había y de no cumplir con el pago en ese plazo la afianzadora incurriría en mora, entendiéndose que también quedaría sujeta a las consecuencias de esta como los intereses moratorios. Dichos plazos ni la tasa legal de interés moratorio no podían ser modificados ni aun de forma expresa en el contrato, salvaguardando los derechos del beneficiario y de esta manera reforzando la seguridad de la fianza como una garantía.

En cuanto al reafianzamiento se considera otro contrato, porque el Código de Comercio establece que por este contrato una afianzadora se obliga a pagar otra, según la proporción pactada de lo que se debe pagar al beneficiario. La importancia de



este contrato radica en que la afianzadora comparte la responsabilidad con otra afianzadora, tal como lo establece

Respecto al coafianzamiento el Código de Comercio establece que las coafianzadoras no gozarán del beneficio de la división, salvo pacto en contrario, aunque no aporta un concepto de coafianzamiento como si lo hace la Ley de Instituciones de Seguros y Fianza de México que señala que por esta figura dos afianzadora toman la responsabilidad de responder subsidiariamente por una obligación de fiado, en este sentido se debía de entender que en Guatemala para poder aplicar la división de la responsabilidad debía de acordarse específicamente así. Respecto a esta figura Vásquez (2009) indica: “se da la situación de coafianzamiento cuando son dos o más las afianzadoras de un mismo deudor y de una misma deuda” (p. 643).

Todas estas disposiciones a las que se han hecho referencia se encuentran vigentes, pero no para regular el contrato de fianza, sino como disposiciones que regulan el Seguro de Caución de conformidad con el artículo de la Ley de la Actividad Aseguradora que señala que toda disposición que se refiera a la fianza se debe entender que es Seguro de Caución por lo que en la actualidad se deben interpretar para la aplicación de esta clase de seguro.

El Código de Comercio de Guatemala no regula nada respecto la extinción de la fianza; sin embargo, considerando su carácter accesorio debe extinguirse con el cumplimiento de la obligación principal, lo que no impide que se fije un plazo de vigencia siempre condicionado a la obligación que se garantiza. El Código Civil que tiene un carácter supletorio indica en el artículo 2118 que en la fianza prestada por tiempo indeterminado se extinguirá la obligación del fiador en un año a partir de la fecha del contrato. Este contrato al ser un negocio jurídico está sujeto a las formas anormales de extinguir las obligaciones, además del pago y el vencimiento del plazo; es decir, que también puede terminarse por novación, confusión, compensación, remisión y prescripción extintiva tanto de la obligación principal como específicamente en la obligación del fiador.



La prescripción es una forma anormal de extinguir la obligación liberando al obligado del cumplimiento de la prestación mediante el transcurso del tiempo. en este sentido el Código de Comercio señala el plazo de dos años concedido al beneficiario para ejercer las acciones en contra de la afianzadora, de no realizarlas en ese plazo sus derechos se tienen por extinguidos.

Es necesario mencionar que el contrato de fianza mercantil, además de estar bajo las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala se encontraba relacionado a otras disposiciones que con la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República quedaron derogadas siendo las siguientes:

- a. Decreto Ley número 473 conocida como Ley de Seguros.
- b. Decreto 854 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de inversiones de reservas técnicas o matemáticas de las compañías de seguros y sus reformas.
- c. Decreto número 403 del Congreso de la República de Guatemala, Ley que crea y reglamenta las funciones del Departamento de Control de compañías de seguros, similares y especiales.
- d. Decreto Gubernativo 470.
- e. Decreto Ley número 154-83 del jefe de Estado, Cuota de sostenimiento de la Superintendencia de Bancos a cargo de las compañías de seguros y fianzas.

1.2 Seguro de Caucción

El Seguro de Caucción es una clase de seguro que tiene existencia desde tiempo atrás en muchos países como Argentina, España y Colombia, pero en el caso de Guatemala fue introducido en la legislación en el año 2010 a través de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República, con el fin de actualizar la normativa que regía la actividad de las sociedades aseguradoras, porque

las disposiciones que se encontraban vigentes se encontraban contenidas en el Decreto Ley 473 modificado por el Decreto 32-90 del Congreso de la República.



Estas disposiciones que regulaban a las sociedades anónimas aseguradoras conservaban cierta rigidez para la constitución de estas y el desarrollo de sus actividades, tal como lo establece Aguilar (2008) es una sociedad con forma de anónima siendo la única que puede operar el seguro y debía estar constituida necesariamente conforme al ordenamiento guatemalteco, porque estaba permitido que las aseguradoras extranjeras operaran en Guatemala. Por lo que desde años anteriores al 2010 se discutía en el Congreso de la República el proyecto de ley 3500 de la Ley de la Actividad Aseguradora que trajo consigo la institución del Seguro de Caución.

1.2.1 Consideraciones generales sobre el contrato de seguro

El seguro es un contrato regulado en el Código de Comercio de Guatemala que tiene un carácter preventivo e indemnizatorio sobre los posibles daños y perjuicios que puede causar un acontecimiento, además de ser una de las instituciones jurídicas importantes desde la edad media dando origen al derecho mercantil como una rama autónoma, porque dentro de sus antecedentes se encuentra la gruesa ventura, Villegas (2006) indica al respecto que esta figura más tarde fue perfeccionada por los romanos con el término *Nauticum Foenus* para garantizar el comercio marítimo en el Mar Mediterráneo.

El contrato de seguro nace como una medida necesaria de respaldo y prevención frente a situaciones que las personas puedan sufrir, de tal manera que tiene un alto grado de complejidad. En ese sentido, Vásquez (2009) afirma:

Es seguro es una institución compleja creada por el hombre para prevenir los riesgos a que está sujeto en su persona y en sus bienes; de él se ocupan diversas disciplinas: la economía, la estadística, la matemática actuarial, la administración, la medicina y el derecho. (p. 593).

El contrato de seguro se regula ampliamente en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, desarrollándose las normas jurídicas generales aplicables al contrato y las disposiciones legales específicas para las clases de contratos, aunque debido el año del que data el Código de Comercio de Guatemala, las clases de seguro reguladas son las tradicionales, lo cual no es negativo, pero a la fecha existen otros seguros que han surgido debido al interés de las personas.

Todo lo relativo al contrato de seguro, sus elementos y modalidades es tan amplio que se ha denominado como derecho de seguro al conjunto de principios, instituciones y normas jurídicas que tienen por objeto regular todo lo relativo al contrato de seguro y a la actividad de las aseguradoras, que desde tiempo atrás se promueve su autonomía del derecho comercial. En la actualidad, se puede considerar como una rama del derecho mercantil sobre la actividad aseguradora. Al respecto, Pisani (2006) indica que a la época de sanción del Código de Comercio de Argentina los seguros fueron incluidos como un acto comercial, su posterior desarrollo permitió la creación de seguros como los de automóvil, aviones y otros que en aquel entonces no eran necesarios, esa regulación y estudio de los institutos dieron forma a lo que se denomina derecho del seguro o simplemente seguros como una especialidad dentro del derecho mercantil, que con el pasar del tiempo sigue ampliándose.

En cuanto a los orígenes del contrato de seguro, Díaz (2009) apunta varios aspectos sobresalientes, tales como: en el siglo V a. de C. en la Isla de Rodas, los denominados cargadores debían contribuir económicamente para reparar los daños ocasionados por tempestades. En la antigua Roma, se tienen antecedentes sobre artesanos que se agrupaban para realizar pagos para su funeral y la gruesa ventura relacionada con el naufragio, porque definitivamente el comercio marítimo tuvo una gran influencia sobre el desarrollo y autonomía del derecho mercantil y no es la excepción con el seguro. Entre el siglo XVIII y mediados del XIX prolifera la fundación de sociedades aseguradoras, configurándose el seguro con principios técnicos, afectándolo el fortalecimiento del comercio y la industria a través del capitalismo. Durante la segunda mitad del siglo XIX surgen variadas formas de seguros y el contrato se perfila aún más.



Para la Superintendencia de Bancos (2017) el seguro sirve ante los eventos inesperados, porque estos producen pérdidas económicas y el seguro sirve como un respaldo y que a través de este se reduzca el impacto económico, por lo que su función es muy importante, porque todas las personas están sujetas a diversos eventos que en diferente medida pueden afectar su patrimonio, aunque el riesgo sea sobre la persona, su familia o sus bienes.

El contrato de seguro es bastante amplio en relación con las normas jurídicas que lo regulan así como los diversos elementos e instituciones que se relacionan con este, de tal cuenta que existen corrientes que abogan por considerar una rama especial el derecho de seguros. Desde que iniciaron sus actividades las empresas aseguradoras a finales del siglo XIX en nuestro país se tenía el sueño de contar con un Código de Seguros, en lo que respecta al Código de Comercio de 1877 solo se refirió al seguro marítimo y en la década entre 1950 y 1960 se emitieron disposiciones sobre los seguros incluyendo una ley para regular el funcionamiento de las aseguradoras en la que se vio reflejada la situación jurídica, política y social que vivía el país en aquella época.

En la exposición de motivos del Código de Comercio, se establece que durante la discusión del proyecto estuvo presente la opinión de algunos tratadistas señalando que debía ser una rama autónoma, provocando la discusión sobre la conveniencia o inconveniencia de legislar el contrato de seguro en una ley específica de la materia o bien dentro del Código de Comercio, lo que resultó así en cuanto al contrato mercantil propiamente dicho y la emisión del Decreto Ley número 473 en cuanto a las sociedades aseguradoras.

El contrato de seguro al ser un acuerdo entre la aseguradora y el tomador del seguro, en el cual la primera se obliga a resarcir un daño al realizarse el acontecimiento previsto teniendo como contraprestación el pago de la prima previamente, tiene la característica de la aleatoriedad. Pisani (2006) en este sentido afirma: el seguro es un contrato de características aleatorias, por el cual una persona pacta con una empresa que esta le cubra los perjuicios que pueda sufrir si se produce el hecho que tuvo en la mira al contratar (p. 269). La aleatoriedad se manifiesta en el sentido que al inicio del



contrato no se conoce con certeza si el hecho previsto precisamente ocurrió o no y, por lo tanto, si la aseguradora tendrá que pagar la indemnización.

Este contrato se rige especialmente por el principio de buena fe que lo inspira y permite interpretarlo, este consiste en las rectas intenciones de los contratantes en sus declaraciones e intenciones al realizar el negocio jurídico, razón por la cual este principio es parte de la columna vertebral del derecho mercantil, pero aún más en el contrato de seguro, porque es indispensable que el tomador declare con veracidad los hechos y circunstancias del riesgo y la aseguradora deberá ofrecer plena certeza a la otra parte pues es precisamente seguridad lo que busca.

El contrato de seguro al ser un acuerdo de voluntades por el que existen prestaciones recíprocas, teniendo un carácter preventivo y es propio de la actividad comercial de las aseguradoras, se caracteriza por ser un contrato principal que no depende de otro para su aplicación y existencia; se perfecciona con el consentimiento, es oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo, cuya ejecución se extiende permanentemente durante un periodo de tiempo.

Los elementos esenciales del contrato de seguro definitivamente configuran este contrato que lo diferencian de otros contratos mercantiles, dentro de estos elementos primeramente es necesario mencionar los sujetos, que son los siguientes: el asegurador, el solicitante, el asegurado y el beneficiario. Respecto del asegurador, en Guatemala únicamente puede ejercer esta función una sociedad anónima constituida de conformidad con la Ley de la Actividad Aseguradora con un capital fundacional dependiendo del ramo del seguro que tiene como finalidad operar.

Si la aseguradora se constituye para operar el Seguro de Caución, el artículo 17 de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala establece un capital social pagado mínimo de tres millones de quetzales; para operar el ramos de vida, el capital fundacional necesario es de cinco millones; para operar el ramo de daños es de ocho millones y si tuviera como objeto operar todas las ramas del seguro debe pagar trece millones de quetzales, en el caso de reaseguradoras el capital mínimo es de veintiséis millones. Para Pisani (2006) la

actividad de la empresa aseguradora tiene por objeto la realización de los distintos contratos, cumpliendo con las obligaciones a su cargo principalmente el pago del siniestro y otras obligaciones que se deriven de este atendiendo a la clase del seguro, como el ejercicio de la defensa del asegurado en el seguro de responsabilidad civil.



De conformidad con el artículo 6, de la Ley de la Actividad Aseguradora las aseguradoras nacionales privadas nacionales deben constituirse como sociedad anónima de conformidad con la regulación de la República de Guatemala con el objeto social exclusivo de funcionar como tal, identificándose con una denominación social y el uso de un nombre comercial en los que indique que su actividad es operar seguros, con un plazo indefinido para funcionar y con domicilio en Guatemala en donde deben celebrar sus asambleas generales los accionistas.

El proceso de su autorización es similar al de una sociedad anónima bancaria, porque debe ser autorizada por resolución de la Junta Monetaria con base en el dictamen de la Superintendencia de Bancos, según los extremos que se hayan acreditado sobre la solvencia, honorabilidad, responsabilidad y seriedad de socios y administradores, el origen del capital fundacional y la factibilidad de la actividad por la aseguradora. Una vez autorizada y constituida en escritura pública podrá ser inscrita en el Registro Mercantil y tendrá un plazo de seis meses para iniciar sus actividades de lo contrario la autorización quedara sin efecto.

Debido a las especialidades descritas para las aseguradoras se considera una sociedad anónima especial pues la ley le impone esta forma societaria, pudiendo desarrollar únicamente como actividad comercial la operación de los seguros, su capital social mínimo es específico, se requiere autorización de autoridad administrativa para constituirse, se encuentra bajo la fiscalización de la Superintendencia de Bancos y es le corresponde una regulación especial, todo esto debido a que la actividad que realiza no es común, porque las personas pagan una prima para prevenir los daños patrimoniales de ciertos sucesos y en caso la operación de la aseguradora no fuere óptima no solo afecta su propio capital, sino el de los asegurados.



Por su lado el solicitante del seguro también denominado tomador cumple la función de tomar o contratar el seguro y, por lo tanto, su principal obligación es pagar la prima pactada, el Código de Comercio indica que puede contratarlo en favor de sí mismo o en favor de tercero, igualmente esta circunstancia puede depender de la clase de seguro. En este sentido, Vásquez (2009) señala:

El seguro puede celebrarse por el propio titular del interés asegurable (y así coincidirá el solicitante, tomador o contratante del seguro y el asegurado), o puede celebrarse por un tercero (solicitante o tomador) para amparar el interés de otro (determinado o determinable), que es el asegurado con mandato o sin mandato. (p. 597).

En cuanto al asegurado, este puede ser una persona natural o jurídica que, según el artículo 875 del Código de Comercio de Guatemala es la interesada en trasladar el riesgo a la aseguradora y en algunas ocasiones puede también ser el beneficiario de la indemnización en caso de que ocurra el siniestro. Por lo que atendiendo a la clase de seguro pueden confundirse los roles de solicitante, asegurado y beneficiario en la misma persona o bien puede recaer en distintas personas como es el caso del Seguro de Caución que más adelante se determinara.

La prima, el riesgo y el siniestro constituyen el elemento objetivo o real de esta clase de contrato, porque la prima es la prestación que debe cumplir el solicitante del seguro y el riesgo la eventualidad que de suceder da lugar al pago de la indemnización. La prima se regula como la retribución o el precio y para Vásquez (2009) se debe determina en atención a cinco factores fundamentales: 1) por el riesgo asumido; 2) por el plazo por el cual se asume el riesgo; 3) por el monto del valor asegurado (la prima así precisada es la prima neta, pura o técnica); 4) por la tasa de interés, porque el asegurador percibe un precio por una prestación eventual y los fondos que percibe son invertidos, esto es, devengan interés; 5) esta prima debe ser incrementada con los gastos administrativos y el beneficio calculado del asegurador, obteniendo así la prima bruta, que es la que se paga al asegurado (p. 601).

La prima constituye un elemento pecuniario o patrimonial y de esta cuenta para Vásquez es importante determinar los factores a considerar para establecerla. La determinación de la prima requiere la aplicación de la técnica aseguradora por personas expertas en la materia y que conozca la información matemática sobre el riesgo, porque la prima precisamente se fija en razón del riesgo tomado por la aseguradora.



A partir de la determinación de la prima Villegas (2006) identifica la denominada prima pura o teórica y la prima bruta o de tarifa, siendo la pura aquella que se calcula sobre las bases establecidas en la ley y las probabilidades y la segunda que consiste en el costo más el lucro que representa para la aseguradora el otorgamiento del contrato debiéndola sumar a la prima pura.

En cuanto al riesgo y el siniestro, estos son dos elementos vinculados estrechamente, porque el riesgo es el hecho o acontecimiento que se prevé puede ocurrir, sin tener la certeza que será cierto o por el contrario que sea imposible de ocurrir con excepción de la muerte de una persona. Ese hecho o acontecimiento es de interés económico para el tomador, porque de ocurrir impactara patrimonialmente, ese interés puede recaer en un objeto o bien la vida de una persona.

El objeto del contrato es aquello que se asegura y que se tiende a identificar con el interés asegurable (Pisani, 2006, p. 272). Por lo que el riesgo es ese hecho que puede ocurrir y afectar un bien o a una persona y se relaciona con el siniestro en el sentido que el siniestro es la ocurrencia real del riesgo, por lo que Vásquez (1978) establece tres elementos propios del siniestro consistente en la posibilidad o incertidumbre del hecho dañoso; el azar, porque la ocurrencia debe ser fortuita no ocasionada y la necesidad pecuniaria. En consecuencia, el riesgo debe ser especificado en el contrato, porque da lugar al pago de la aseguradora al beneficiario.

La póliza es el elemento formal del contrato de seguro, por lo tanto, las normas legales guatemaltecas señalan que debe constar por escrito y constituye la prueba del contrato, así como una serie de requisitos que necesariamente debe contener. La póliza, por lo tanto, debe contener la especificación y datos de los sujetos y la cobertura del seguro, así como todas aquellas disposiciones que afecten el seguro, algunas de

ellas específicas relacionadas con la clase de seguro, también pueden contener anexos que amplíen las disposiciones, por lo que para Pisani (2006) es un instrumento del seguro.



El artículo 37 de la Ley de la Actividad Aseguradora establece la facultad de la Superintendencia de Bancos de uniformar los textos de las pólizas para los seguros obligatorios por disposición legal, en el ramo de los seguros de daño con previa audiencia a las aseguradoras autorizadas, no así en cuanto a condiciones especiales referentes al contrato de seguro, porque estas basta con ser definidas y aceptadas por los contratantes, siendo innecesaria la revisión y autorización de la Superintendencia de Bancos. Esta intervención de la autoridad administrativa a través de la revisión de los textos incluidos en las pólizas es de beneficio para los sujetos del contrato, principalmente para la parte que no participa en la fijación de las condiciones, recordando que normalmente es un contrato de adhesión.

La póliza del contrato de seguro, además de la función probatoria cumple una función ejecutiva, porque de conformidad con el artículo 327 numeral 6° del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 del jefe del Gobierno, las pólizas de seguros expedidas por entidades legalmente autorizadas para operar en el país son títulos ejecutivos en el juicio ejecutivo, por lo que su importancia no solamente radica en la formalización del contrato, sino en lo procesal.

Al respecto Villegas (2006) establece que tiene esa función en dos situaciones, la primera para el asegurador al que le adeudan primas y la segunda para el beneficiario en caso de que la indemnización consista en una cantidad de dinero. Haciendo la aclaración que para el seguro de daños no aplica esta función ejecutiva, porque la suma asegurada no necesariamente coincide con el daño causado por lo que se tendrá que determinar el monto de los daños y así el de la indemnización, si fuera necesario procesalmente se dilucida a través del proceso sumario, salvo que la póliza previera otro método de resolución de conflictos.

Dependiendo del ramo de seguro, la póliza puede ser emitida de forma nominativa, a la orden o al portador, en el ramo de vida únicamente pueden ser nominativas y en el

ramo de daños puede ser de las tres clases, lo que implica que la póliza puede ser transmitida, según su circulación, teniendo, por lo tanto, una función traslativa que permite sustituir al beneficiario o incluso al asegurador, modificando la relación jurídica.



En consecuencia, la póliza tiene un papel fundamental en la contratación del seguro, porque, además de formalizar el contrato cumple funciones traslativas, probatorias y procesales. Cada póliza sobre las distintas clases de seguros debe cumplir con los requisitos legales, pero, además, contienen estipulaciones especiales, según su naturaleza, además de los anexos que la pueden acompañar, los cuales son más específicos con las estipulaciones que contienen. Por lo tanto, en la póliza se pueden reconocer tres clases de condiciones, las generales, particulares y especiales.

Las condiciones generales consisten en las estipulaciones básicas sobre la relación jurídica de los sujetos como la cobertura y la prima; las condiciones particulares son acuerdos específicos de los intervinientes como la forma de pago de la prima y las condiciones especiales amplían, delimitan o modifican las condiciones generales del tipo de seguro. El seguro a pesar de ser un contrato de adhesión tiene margen a la negociación y adaptación de este a las necesidades del interesado.

Con los elementos descritos se puede afirmar que el contrato de seguro es un acuerdo de carácter mercantil que debe constar en un documento denominado póliza y es celebrado entre una sociedad anónima aseguradora que toma el riesgo o parte del riesgo del tomador, quien debe pagar la prima correspondiente y si el siniestro ocurre la aseguradora debe indemnizar total o parcialmente al beneficiario. Vivante (2002) establece que es un contrato por el cual una empresa se ve obligada a pagar determinada suma cuando ocurra un evento fortuito, mediante una prima, calculada, según la probabilidad de que el evento suceda (p. 22).

De, lo cual se desprende que el contrato de seguro tiene un carácter indemnizatorio, no es lucrativo, tal como se indicó anteriormente, el seguro se contrata previendo los daños que pueden llegar a sufrirse y que la aseguradora pague o indemnicé esos daños sufridos no que el beneficiario obtenga una ventaja económica.



Dentro de estas consideraciones generales sobre el seguro es necesario mencionar el reaseguro, puesto que es un contrato que se relaciona directamente con el seguro y que el primero sin el segundo no tendría razón de existir, porque el contrato de reaseguro es un acuerdo entre una aseguradora y una reaseguradora por el cual, este último toma parte del riesgo contratado a cambio de la parte proporcional de la prima.

Este contrato es definido en el artículo 1,020 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, como el contrato por el que el asegurador traslada a otro asegurador o reasegurador, parte o totalidad de su propio riesgo. Pisani (2006) indica que se conoce como el “seguro del seguro”, lo contrata la aseguradora con empresas de reaseguro para dispensar el riesgo y fraccionar la consiguiente obligación de pago del siniestro en caso de producirse. Las empresas aseguradoras que frente al asegurado son las únicas responsables toman parte de los contratos y reaseguran el resto del contrato entre varias empresas de reaseguros, generalmente, situadas en distintas capitales del mundo (p. 270).

Si bien la Ley de la Actividad Aseguradora establece las disposiciones para constituir reaseguradoras en el país, usualmente el reaseguro tiene un carácter internacional por el tipo de capital necesario para desarrollar su actividad, porque una reaseguradora no tiene relación directa con el tomador del seguro o en su caso el beneficiario, pero si toma la obligación frente a la aseguradora de trasladar la parte pactada de la indemnización en caso de la ocurrencia del riesgo. Por lo que a través del reaseguro las aseguradoras soportan de mejor manera la responsabilidad que contraen frente al beneficiario.

Villegas (2006) señala que el seguro tanto en el ámbito privado como en lo público no debe tomarse como una aventura, debido a que se está asumiendo riesgos por cuenta de otro, siendo necesario el análisis de los factores que pueden incidir en la ocurrencia del evento y los cálculos matemáticos sobre los daños que se pueden indemnizar. Siendo necesario dentro de la actividad aseguradora la intervención técnica de profesionales que aplican conocimientos matemáticos y estadísticos, aplicando las probabilidades para poder determinar los riesgos asegurables y la factibilidad de un programa de seguro.



1.2.2 Clases de seguro

Existen diversas clases de contratos de seguro tomando en consideración distintos factores como los objetos sobre los que puede recaer la eventualidad o bien el riesgo directamente, por lo que tradicionalmente se han establecido algunas clases de seguros que la mayoría de personas contratan tales como seguro sobre vehículos, sobre vivienda, de vida, médico entre otros; sin embargo, esto puede variar de lo que para las personas se importante en determinado momento y se pueda ver afectado por acontecimientos diversos e incluso puede variar dependiendo del país o región de la que se trate. Por lo que los distintos contratos de seguros se han sistematizado en dos grandes ramas: el seguro de personas y el seguro de cosas.

El artículo 889 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República establece las clases de seguro, pero determinando que clases de póliza pueden ser para cada uno de los ramos, disponiendo que para el seguro de cosas la póliza puede ser de tres tipos: nominativas, a la orden y al portador; y la del seguro de personas que únicamente puede ser nominativas. Por lo que nuestra legislación se apega a esta división de dos grandes ramas de seguros, pero esto varía en la doctrina y las distintas legislaciones.

En la doctrina argentina, encontramos que Pisani (2006) indica cuatro grupos de seguros: a) de daños patrimoniales, b) de garantía de los depósitos bancarios, c) de retiro y d) seguros de personas. En el caso de Guatemala, dentro de los seguros de daños se encuentran regulados seguro contra incendio, el seguro de transporte, el seguro agrícola y ganadero, el seguro contra la responsabilidad civil y el seguro de automóviles. También se establece que todo interés económico que tenga una persona puede ser protegido mediante esta clase de daños.

El Decreto 25-2010 del Congreso de la Republica, Ley de la Actividad Aseguradora, en el artículo 3 que se refiere a los ramos de seguros definiendo para efectos de la misma ley que existen dos el de vida o de personas se establece que en este ramo al ocurrir la muerte de la persona la aseguradora paga una cantidad de dinero determinada, mientras que del seguro de daños indica que esta clase de seguros,



obliga a la aseguradora al pago de una indemnización por eventos inciertos que causen daños o pérdidas y los que tienen por objeto proporcionar cobertura al asegurado contra los daños o perjuicios que pudiera causar un tercero.

El seguro de personas tiene como finalidad proteger la persona del asegurado ya sea en relación con su vida o su integridad física, por esta razón Villegas (2006) establece que esta clase de seguro se conoce como seguro de vida y seguro de accidentes y se califican como no indemnizatorios, porque generan una prestación económica, pero no equivale exactamente al daño sufrido y sobre todo respecto del seguro de vida, porque de ninguna manera la compensación económica cubrirá la muerte del asegurado y las consecuencias de esta. Dentro de este ramo de seguros, se pueden diferenciar el seguro ordinario de vida, el seguro de vida con pagos limitados, el seguro dotal, el seguro de accidentes y el seguro de enfermedad.

Por el otro lado, el seguro de daños sin duda es un seguro de naturaleza indemnizatoria, porque el daño ocasionado en el siniestro se pretende atenuar económicamente, de conformidad con Villegas (2006) puede ser con el pago de una suma de dinero o la reparación o sustitución material del objeto afectado, esto, según lo pactado entre el solicitante y la aseguradora. Recordando que el contrato de seguros no es lucrativo, el pago recibido en calidad de indemnización no puede sobrepasar el valor real del daño causado, razón por la cual al realizarse el siniestro es necesario que la aseguradora realice las evaluaciones necesarias.

Vásquez (2009) hace una extensa y completa esquematización de las clases de seguros, dividiendo los ramos en seguros contra daños y seguros de vida. Estableciendo como seguro contra daños los seguros de intereses sobre cosas y de intereses sobre personas, en este último grupo identificando el seguro de accidentes y el de enfermedad. Dentro de dicha esquematización ubica el seguro de créditos o de insolvencia como también le denomina como una clase de seguro de interés de naturaleza obligatoria.



1.2.3 Obligaciones de los sujetos en el contrato del seguro

Los sujetos que intervienen en el contrato de seguro tienen derechos y obligaciones que les corresponden entre sí como efecto de la celebración del contrato, estas facultades y deberes se encuentran contenidos en las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República y en la póliza correspondiente en su función reguladora. Por lo que es un efecto del contrato de seguro para los sujetos el nacimiento de obligaciones y cargas. Dentro de esas obligaciones se pueden mencionar las siguientes:

1.2.3.1 Obligaciones del solicitante o tomador del seguro

El tomador del seguro al contratar el seguro contrae ciertas prestaciones frente a la aseguradora, siendo la principal el pago de la prima, según la forma convenida ya sea en el primer momento de la celebración del contrato salvo que se pactara en sentido contrario. Al respecto el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala dispone en el artículo 892 que la prima deberá pagarse en el momento de la celebración del contrato por lo que se refiere al primer período del seguro, salvo pacto en contrario.

Se entiende como período el lapso por el cual resulte calculada la unidad de prima, en caso de duda se entenderá que es un año y las primas ulteriores se pagarán al comenzar cada período. Al interrumpir el pago de la prima el Código de Comercio faculta a la aseguradora a dar por terminado el contrato sin necesidad de declaración al respecto.

Por su parte, la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala regula en el artículo 38 que en caso de fraccionamiento del pago de la prima en las pólizas que las aseguradoras emitan podrán cargar el costo del fraccionamiento realizado conforme a la reglamentación de la Junta Monetaria, por, lo cual quedan facultadas legalmente para incrementar en la prima los costos de dividir la prima.

Respecto del riesgo que traslada a la aseguradora debe declarar las circunstancias reales referentes al riesgo y avisar a la aseguradora inmediatamente si esas circunstancias sufren cambios como agravaciones esenciales; es decir, hechos importantes para la aportación del riesgo, según el artículo 894 del Código de Comercio de Guatemala. Es importante y obligatorio que el tomador realice todos aquellos actos necesarios para atenuar el riesgo, tomando las precauciones necesarias, así como dar aviso de forma inmediata a la aseguradora de la ocurrencia del siniestro para no realizar actos u omisiones que le afecten en la cobertura del seguro.

Villegas (2006) sintetiza las obligaciones del tomador del seguro en cuatro principales:

- a. Pagar la prima, según lo convenido al negociar el contrato, siendo una obligación esencial.
- b. Obligación de veracidad al declarar toda aquella información relevante para el asegurador para determinar el riesgo y en caso de siniestro, verificar la cobertura siendo fundamental la buena fe del declarante.
- c. Atenuar el riesgo realizando todo acto u omisión necesaria para evitar el siniestro, tomando todas las prevenciones posibles.
- d. Comunicar la agravación del riesgo a través de nuevos hechos que afectan las circunstancias, esta obligación es necesaria para que la aseguradora aprecie la gravedad en la posibilidad que ocurra el riesgo.

1.2.3.2 Obligaciones de la aseguradora

De conformidad con las normas jurídicas contenidas en los artículos 892 al 905 la aseguradora tiene como principal obligación pagar la indemnización que corresponde al beneficiario si el siniestro ocurriera, según la cobertura establecida en la póliza una vez que se le haya comunicado por el asegurado o por el beneficiario. Un caso especial en

el cual la aseguradora debe pagar dicha indemnización y cumplir plenamente con el siniestro ocurre en cumplimiento de un deber de solidaridad humana.



Puntualmente el artículo 874 del Código de Comercio de Guatemala establece en la definición del contrato de seguro que el asegurador se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al realizarse la eventualidad prevista. Siendo esta, por lo tanto, la principal obligación jurídica de la sociedad aseguradora que debe pagar, según lo pactado.

Respecto a esta obligación de pagar la indemnización en caso de siniestro, la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala señala en el artículo 34 que una vez practicadas las investigaciones correspondientes, estando completos los requisitos tanto contractuales como legales y existiendo acuerdo en la liquidación las aseguradoras deben cumplir con sus obligaciones en el plazo de 10 días si no hay intervención de reaseguradora o por la cuantía de la obligación la aseguradora no debe esperar la remesa de la reaseguradora y en un plazo de 30 días cuando sea necesaria la remesa de la reaseguradora para cumplir con la indemnización.

Otra obligación de la aseguradora mientras está vigente el contrato es avisarle a la otra parte modificaciones sobre su dirección y cualquier notificación que se realice en esa dirección será efectiva para efectos legales respecto del cumplimiento del contrato de seguro, esta obligación debe ser cumplida con la finalidad de no entorpecer el ejercicio de los derechos de los otros sujetos, tanto el solicitante, como el asegurado y el beneficiario, evitando situaciones de incertidumbre.

1.2.4 El contrato de reaseguro

El reaseguro se considera un contrato mercantil distinto al seguro, celebrado entre una aseguradora y una reaseguradora, con el fin que la primera le transfiera parte del riesgo tomado mediante el contrato de seguro a la segunda, a cambio de una contraprestación consistente en la transmisión de un porcentaje de la prima. Según el



artículo 1,020 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República por este contrato el asegurador traslada a otro asegurador o reasegurador parte o la totalidad de su propio riesgo. El término reaseguro proviene del término *riassecurare*, Fundación Mapfre (2010) establece que en Florencia Italia aparece un contrato de reaseguro en el que se utiliza ese término por un transporte de lana. El origen y desarrollo del contrato de reaseguro al igual que el seguro se relaciona con el comercio marítimo.

Este contrato es distinto al seguro sin embargo su relación es indiscutiblemente estrecha, porque la celebración del contrato de seguro genera la necesidad para la aseguradora de trasladar parte o todo el riesgo asumido. Se encuentra regulado en los artículos del 1020 al 1023 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República, de los que Villegas (2006) extrae las siguientes particularidades:

- a. Los contratos de seguro deben registrarse en la entidad fiscalizadora que es la Superintendencia de Bancos sin más trámite de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1,020.
- b. Se aplican las normas internacionales sobre el Seguro de Caucción con carácter supletorio, según el artículo 1,021.
- c. En caso de diferencias entre las partes, estas se resolverán mediante el arbitraje, por lo que el contrato deberá contener la cláusula compromisoria especificando la calidad de los árbitros debiendo ser técnicos de acuerdo con el artículo 1,022.

Es importante señalar que el tomador, el asegurado y beneficiario no tienen ninguna relación con la reaseguradora y en caso de que el siniestro ocurra es la reaseguradora, quien debe trasladar los fondos necesarios en proporción con el riesgo asumido a la aseguradora para cubrir el pago de indemnización.

Para poder operar como reaseguradora la entidad debe estar constituida como sociedad anónima de conformidad con la Ley de la Actividad Aseguradora, aportando

un capital inicial de veintiséis millones de quetzales y al igual que las aseguradoras deben cumplir con los requisitos establecidos en las leyes ordinarias y reglamentarias y obtener la autorización de la Junta Monetaria previo dictamen favorable de la Superintendencia de Bancos y queda sujetas a la fiscalización de esta última quedando sujeta a las disposiciones de control de riesgos que a diferencia de la aseguradora se incrementa exponencialmente.

Pisani (2006) indica que el reaseguro lo contrata la aseguradora con reaseguradoras para dispersar el riesgo fraccionando la obligación de indemnizar en caso de siniestro, por lo que tiene una dimensión económica importante y por ende una proyección internacional. Las principales reaseguradoras se ubican en el extranjero y su capital debe ser suficiente en la medida de los riesgos asumidos. También señala que en Argentina el reaseguro por mucho tiempo fue operado por el Estado a través Instituto Nacional de Reaseguros, hasta que dicha figura fue desregulada y en la actualidad se realiza con reaseguradoras extranjeras.

Es común encontrar la expresión “un seguro para el seguro” o “el seguro del seguro” para referirse al reaseguro siendo una idea comprensible, pero que no llega a abarcar la verdadera esencia del seguro en cuanto a la traslación del riesgo. Fundación Mapfre (2010) se indica que la existencia del reaseguro no podría ser posible sin el seguro y viceversa, porque sería complejo e incluso imposible para una aseguradora sostener todos los riesgos que se asumen, porque como pueden no ocurrir pueden suceder y en este caso debe pagar la indemnización pactada. Es en ese sentido la importante función económica que cumple el reaseguro.

La operación del reaseguro no se limita a la traslación del riesgo de la aseguradora a la reaseguradora, sino que continúa la dispersión del riesgo trasladando la reaseguradora a otras reaseguradoras, razón por la cual se menciona la proyección internacional.





1.2.5 Regulación del contrato de seguro

Tal como se indicó antes, ha existido una posición respecto que lo relativo al seguro debe ser una rama del derecho específica, porque contiene varios elementos e instituciones jurídicas propias del derecho de seguro; sin embargo, no goza de tal autonomía, porque como contrato se encuentra regulado en el capítulo X del Título II del Libro Cuarto del Código de Comercio y lo relativo a las sociedades mercantiles aseguradoras y cuestiones técnicas sobre los sujetos que se involucran en este tipo de operaciones y su actividad se encuentran reguladas en el Decreto 25-2010 del Congreso de la República Ley de la actividad aseguradora

Por su lado el Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio de Guatemala desarrolla la normativa legal sobre las disposiciones generales de contrato de seguro con carácter imperativo en favor del asegurado salvo que se realicen pactos en sentido contrario, asimismo, se establece que este contrato se perfecciona en el momento en que el asegurado reciba la aceptación de la aseguradora y proceda a pagar la prima o el pago inicial y la entrega de la póliza y este contrato no tiene carácter lucrativo respecto al asegurado, sino un carácter indemnizatorio de los daños, porque esa es la función del seguro y no de enriquecimiento para el beneficiario por lo que ninguna manera el beneficiario obtendrá ventaja del siniestro.

Además el Código de Comercio de Guatemala destina dos secciones a algunas clases de seguro, en una sección se regula el seguro contra daños, estipulando que todo interés económico que una persona tenga y que puede ser objeto de siniestro y puede ser protegido por un seguro de daño y regulando algunos de ellos como el seguro contra incendio, el seguro de transporte, el seguro agrícola y ganadero, el seguro contra la responsabilidad civil y el seguro de automóviles; y otra sección que regula seguro de personas.

Por su lado las aseguradoras están sujetas a las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala en lo aplicable, a las disposiciones de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala y a las

normas jurídicas reglamentarias emitidas por la Junta Monetaria, así como aquellas disposiciones de transparencia financiera.



1.2.6 Definición del Seguro de Caución

El Seguro de Caución no es una institución jurídica reciente; sin embargo, es una clase de seguro que no se encuentra incorporada a todas las legislaciones y que en la actualidad se ha ido incluyendo en algunas como una clase de seguro de daños, provocando ciertos cambios en la actividad aseguradora y en el mundo de los negocios jurídicos. En este sentido, Díaz (2009) asegura que esta institución ha transformado el ámbito asegurador provocando la intervención de las aseguradoras en el ámbito de las garantías con una importante relevancia económica sin embargo la ausencia de normas al respecto y cierta ambigüedad genera interés al respecto de esta clase de seguro.

Gimeno (1988) señala que en la doctrina han sido varios los intentos por definir el contrato de Seguro de Caución debido a su importante aplicación práctica y su utilidad, porque a través de este se movilizan grandes recursos, mejoran la calidad de la garantía, basándose en el análisis técnico de la aseguradora.

De una forma general se puede afirmar que el Seguro de Caución es una clase de seguros en la cual una aseguradora toma la obligación de resarcir los daños ocasionados por el incumplimiento de una obligación por parte del tomador del seguro frente a su acreedor. Esta clase de seguro se considera perteneciente al ramo de los daños puesto que tiene ese carácter indemnizatorio de los efectos causados por la conducta del deudor. Para Bulló (2001) este seguro se realiza para garantizar el resarcimiento de los daños hacia al acreedor de una obligación no directamente dineraria, por lo que igual manifiesta el carácter indemnizatorio no el carácter garantista del cumplimiento de la obligación.

Se puede decir que por el Seguro de Caución el asegurador, garantiza al acreedor (asegurado) el cumplimiento de las obligaciones contractuales o legales del tomador del seguro (Hoyos, 2012 p. 36). Esta definición se acopla bastante bien al artículo 68 de la

Ley 50/1980 de España que establece que por el Seguro de Caución el asegurador obliga en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la ley o el contrato. Como se puede determinar en las definiciones, el concepto de Seguro de Caución no varía, sobre todo en cuanto a las relaciones establecidas entre los sujetos que resultan involucrados o afectados y el contenido del Seguro de Caución que es el riesgo consistente en el incumplimiento de una obligación.



La legislación guatemalteca no ofrece un concepto o una definición del Seguro de Caución introducido a la normativa por la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala; sin embargo, con los elementos ya expuestos se puede afirmar que el Seguro de Caución es un acuerdo entre la sociedad aseguradora y el solicitante que puede ser una persona natural o jurídica denominada tomador y que a su vez es deudor de una tercera persona que es el beneficiario, tomando la obligación el primer sujeto de indemnizar los daños ocasionados por el tomador al incumplir la obligación contraída, según las condiciones establecidas en la póliza. Por lo tanto, los elementos del Seguro de Caución son los elementos esenciales de un contrato de seguros de daños con un riesgo específico.

Es importante mencionar que este contrato para Gimeno (1988) se caracteriza por ser plurilateral, interviniendo tres sujetos que se relacionan entre sí; formal a través de la emisión de la póliza que lo recoge, real al perfeccionarse con la póliza, aleatorio, porque se ignora la realización del siniestro. nominado al encontrarse señalado en la ley y accesorio distinguiéndolo de los otros seguros de caución; sin embargo, no se comparten todas las características señaladas, debido a que el contrato de seguro es principal y no depende de otro, aunque si existe un negocio que da lugar a su otorgamiento.

Desde sus orígenes el Seguro de Caución se ha relacionado con el seguro de crédito, porque guardan una gran similitud en la función que realiza, Díaz (2009) indica que en la doctrina se han asociado de tal manera que ambos se consideran seguros de crédito, porque el Seguro de Caución se originó en las empresas de crédito. Como

antecedentes se puede mencionar que en la antigua Roma existía la obligación de otorgar una garantía en favor del Estado por parte del contratista, asimismo, la insolvencia de un deudor como consecuencia de los riesgos marítimos, el desarrollo de la banca también influyó en la evolución de la actividad aseguradora, pero de forma más específica se puede hacer referencia a la Ley de seguros en Bélgica de 1874 la cual establecía los caracteres del contrato de seguro; sin embargo, en 1831 se había emitido la que se considera la primer póliza del Seguro de Caución, otorgando cobertura cuando el asegurado comprobaba el incumplimiento de la obligación mediante el protesto sin ser relevante la insolvencia del deudor.



Respecto del seguro de crédito, Bulló (2001) afirma que la legislación argentina no dispone ninguna norma jurídica respecto de este tipo de seguro a pesar de que su comercialización era amplia en el momento de la emisión de la Ley de Contrato de Seguro 17,418 y hace énfasis en lo que debe entenderse como crédito y como insolvencia del deudor, siendo conceptos que dan lugar a esta clase de seguro, por ende lo considera como una alternativa a las garantías comunes. Siendo la cobertura del seguro de crédito, el resarcimiento del asegurado que es el acreedor de un deudor insolvente; es decir, que se encuentra en una situación en la que ha dejado de realizar los pagos de sus obligaciones.

De tal manera que, el riesgo que cubre el seguro de crédito, es la insolvencia de una persona entendida de forma general y amplia, de tal manera que el deudor se encuentra en una cesación de pagos. Bulló (2001) afirma:

Concretamente, este tipo de contrato de seguro de crédito, en sentido estricto, es aquel por el cual el asegurador, mediante la percepción de una prima, se obliga a indemnizar, en la forma establecida por el contrato, los daños que pueden generarse al acreedor (asegurado), ante el incumplimiento de la obligación de su deudor determinante de la insolvencia de este. (p. 537).

Resulta fundamental distinguir la insolvencia del incumplimiento, situaciones distintas de un deudor frente a sus acreedores respecto de las obligaciones que

determinan también la diferencia fundamental entre el seguro de crédito y Seguro de Caución.



Para Tirado (1980) existe un argumento distinto para diferenciar el seguro de crédito y el Seguro de Caución, determinado por la forma de contratarlos, porque señala que en el seguro de crédito el acreedor cubre todos sus negocios mientras que la cobertura del Seguro de Caución es una operación concreta.

Bulló (2001) de una forma bastante clara establece respecto del Seguro de Caución:

Se ha entendido que en el Seguro de Caución, el siniestro se configura con la sola inejecución del contrato por parte del proponente (deudor de la obligación vinculada), no revistiendo interés la medida de ese incumplimiento ni la culpa o inocencia de aquel, salvo los casos de riesgos excluidos. (p. 577).

Denotando que el siniestro ocurre con el incumplimiento de la prestación, no necesariamente de forma total, o existiendo circunstancias que llevaron ese resultado y que el derecho de obligaciones contempla, como la culpa y los casos de fuerza mayor caso fortuito, salvo que se indicaran estas circunstancias y sus efectos en la póliza.

1.2.7 Naturaleza jurídica del Seguro de Caución

En la doctrina, la naturaleza jurídica del Seguro de Caución ha sido un asunto tratado con el fin de determinar las diferencias de este respecto de otras instituciones jurídicas similares o con funciones similares, para Dusi (1958) el Seguro de Caución califica como un aseguramiento de crédito lo que implica que se sustituye una entrega real de un bien por un acuerdo contenido en una póliza. En el mismo sentido, Camacho (1994) afirma que tiene una función caucional siendo su origen precisamente sustituir la caución real y lo que queda claro es que al ser otorgado por una aseguradora genera garantía y definitivamente está orientado a proteger al asegurado del incumplimiento del tomador e interesado en salvaguardar su interés económico.

Algunas aseguradoras como la española Surety & Bonds ofrecen el Seguro de Caución como una forma de garantizar un acuerdo entre partes como una especie de aval; sin embargo, la doctrina no coincide con esa afirmación puesto que como se indicó la naturaleza que tiene el Seguro de Caución es indemnizatoria y en todo caso garantiza como lo decía Bulló el resarcimiento de los daños, no en sí la obligación propiamente dicha. Si bien el Seguro de Caución genera una sensación de certeza y seguridad para el acreedor de la obligación en cuestión, no se puede afirmar que el Seguro de Caución garantice el pago de la prestación, sino las consecuencias de su incumplimiento.

Definitivamente el Seguro de Caución tiene la calidad de contrato mercantil y como consecuencia está sujeto a los principios contractuales mercantiles, además es un contrato de carácter principal; es decir, que su existencia no queda subordinada a la efectiva existencia de la obligación, cuyo incumplimiento constituye el riesgo. Hoyos (2012) indica que la jurisprudencia española no tiene mayor complicación respecto a la naturaleza jurídica de este seguro, porque o considera parte de los seguros de daños, aunque se reconoce la particularidad de que se solicita para que exista una garantía, pero que definitivamente fue creada para sustituir la caución consistente en la entrega de dinero o valores como cobertura de una obligación.

Díaz (2009) afirma que el Seguro de Caución es una clase de seguro de daño que afecta el patrimonio y específicamente sobre los derechos de una persona y no sobre cosas y debido a su naturaleza no tiene cobertura sobre riesgos naturales, sino sobre el incumplimiento de obligaciones jurídicas y en caso de que no se haga distinción con el seguro de crédito, esas obligaciones jurídicas pueden consistir en prestaciones de entregar dinero o bien de dar otro bien que no sea dinero, de hacer o de no hacer.

Como seguro de daños es catalogado expresamente el Seguro de Caución por la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República en el artículo 3 literal b) al referirse al ramo de daños, señalando que en ese ramo se incluye el de caución que se refiere a las fianzas mercantiles reguladas en el Código de Comercio y emitidas por aseguradoras autorizadas para operar en el país.





Parte de la complejidad que presenta determinar la naturaleza jurídica de caución ha sido el empleo de términos propios de la fianza en las pólizas del Seguro de Caución, según Díaz (2009), lo cual ha motivado a confusión, pero es una cuestión más allá del uso de términos, razón por la cual la función que cumple el Seguro de Caución es determinante, que no es cumplir con la prestación dejada de cumplir, sino el perjuicio provocado.

Respecto de su naturaleza, Bulló (2001) afirma: “la naturaleza jurídica del Seguro de Caución es semejante a la de una garantía, esto no implica que, dado su parecido con la fianza, el Seguro de Caución no sea un seguro” (p. 581). Lo cual nos refiere a la prevalencia de la técnica aseguradora y los principios del derecho de seguros en la aplicación del Seguro de Caución.

1.2.8 Elementos del contrato de Seguro de Caución

El Seguro de Caución al ser un seguro de daños definitivamente responde a los elementos típicos de un contrato de seguro. Respecto de los sujetos las partes del contrato que directamente se obligan son la aseguradora y el tomador del seguro y como tercero se identifica al beneficiario, el acreedor del tomador. En el mismo sentido, Hoyos (2012) establece que en el Seguro de Caución intervienen tres partes claramente diferenciadas el segurador, el tomador y futuro factor desencadenante y el asegurado con derecho a la indemnización si fuere el caso.

La aseguradora definitivamente tiene que ser una sociedad anónima constituida de conformidad con la Ley de la Actividad aseguradora para desarrollar esa actividad ya sea específicamente para operar el Seguro de Caución o bien todos los ramos, la principal obligación de esta es pagar los daños ocasionados al beneficiario al ocurrir el siniestro que es el incumplimiento del negocio jurídico, según las condiciones establecidas en los plazos legales, al verificar las circunstancias del siniestro dentro de la cobertura pactada.



Entre estas tres partes del contrato existen dos relaciones jurídicas que los vinculan, en la cuales hay un sujeto en común que es el tomador del seguro, razón por la cual Hoyos (2012) hace referencia a tres relaciones, la primera entre el tomador del seguro y el asegurado que usualmente puede ser un contrato de obra o de suministro o bien podría ser una disposición legal que los ate; y la segunda entre el asegurado y el asegurador, porque la obligación indemnizatoria es de este último frente al primero; y entre el asegurador y el tomador del seguro que es un vínculo establecido en la póliza y que incluye el derecho de reembolso o de repetición de lo pagado por la aseguradora.

Para Díaz (2009) este contrato es un seguro por cuenta ajena, porque el tomador lo hace con interés, pero formalmente no es un interés propio, puesto que contrata el seguro por requerimiento de la otra parte o bien legal, por lo que el interés es ajeno, debido a que el tomador no está cubriendo su responsabilidad, además de la dualidad de relaciones como se indicó anteriormente, porque un vínculo es entre asegurador y tomador y otro vínculo es entre tomador y beneficiario, de las cuales surge una prestación en favor del beneficiario.

En cuanto al riesgo del Seguro de Caución, al igual que todo riesgo asegurable debe ser incierto, posible, concreto, lícito y tener un contenido económico y específicamente consiste en la insolvencia del deudor y tomador del seguro que provoque el incumplimiento de la obligación legal o contractual que tiene a su cargo. Camacho (1994) señala al respecto que en esta clase de seguro es importante considerar la delimitación del riesgo, porque la insolvencia es un concepto amplio por lo que se delimita al específico incumplimiento del deudor.

Respecto a la prima como elemento principal siendo la prestación que el tomador del seguro debe pagar al asegurador, Hoyos (2012) indica que es la contraprestación económica que tiene a su favor el asegurador siendo el obligado a pagarla el tomador del seguro y plantea que el problema principal es el determinar qué ocurre si la prima no se paga, porque un número importante de legislaciones establece que a falta de pago de la prima el seguro queda sin efecto o dicho de otra forma ya no existe cobertura por el asegurado.

El Seguro de Caucción es la excepción a dicha regla, porque tratándose del Seguro de Caucción las disposiciones jurídicas establecen que el impago de la prima no da por terminado el contrato de seguro protegiéndose así al beneficiario y siendo una regla muy específica en España. El inconveniente con Guatemala es que no existe regulación específica respecto del Seguro de Caucción por lo que en este sentido no se puede afirmar que, aunque la prima no estuviera pagada el asegurador mantiene sus obligaciones.



El elemento formal del Seguro de Caucción al igual que toda clase de seguro es la póliza, la cual debe cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Comercio, porque esta señala las condiciones del contrato y cumple una función probatoria. Además de este importante instrumento, existen otros documentos relacionados con el Seguro de Caucción. Al respecto Díaz (2009) indica que, además de la póliza existe la solicitud del seguro y el documento aval; el primero consiste en un documento en el que se plasma la intención e interés del solicitante que la aseguradora le brinde su cobertura y, por lo tanto, es previa a la emisión de la póliza, además, cumple con la función de capturar la información necesaria e indispensable sobre el solicitante y el riesgo motivante de la solicitud la cual le permite a la aseguradora la toma de decisiones al respecto del negocio jurídico.

El aval o documento aval como le denomina Díaz (2009) e indica que no es un documento que siempre emita un asegurador, porque la póliza es el documento central del seguro, pero que en este caso es necesario, porque es un seguro por cuenta ajena o en favor de un tercero y como ya se ha indicado este posee derechos frente a la aseguradora que deberán ser exigidos en caso de siniestro, por lo tanto, es un documento que instrumenta la relación entre asegurador y asegurado.

Se podría decir que el certificado o aval es consecuencia de la emisión de la póliza, que acredita los derechos del beneficiario y le es útil para reclamarlos en caso fuera necesario, por ende este documento debe contener el compromiso de la aseguradora de responder por la indemnización en caso de incumplimiento del deudor. No se puede considerar como un contrato distinto del seguro, pues es consecuencia del

acuerdo entre aseguradora y asegurado y no una garantía distinta, siendo incorrecto tomarlo como otro negocio, porque su función es dar un soporte material al beneficiario.



La póliza debe cumplir los requisitos propios establecidos en la ley, además, debe contener la cobertura indicando la obligación que le da nacimiento, la suma asegurada, el pago de la indemnización, lo relativo a la cesión de derechos y la resolución de conflictos entre otros aspectos fundamentales. Díaz (2009) hace referencia a la cláusula a primer requerimiento como una estipulación importante del Seguro de Caucción con la función de no condicionar o subordinar el pago de la indemnización al hecho que el beneficiario deba de probar el incumplimiento de la obligación del deudor. Esta cláusula implica renuncias por parte de la aseguradora sobre exigir pruebas de siniestro y la obligación de pagar la indemnización ante el requerimiento del solicitante.

La interpretación de esta cláusula ha sido extensiva sosteniendo que no solo implica que el beneficiario no tiene la carga de la prueba, sino procesalmente al no poder plantear excepciones contra el beneficiario. Por lo que esta cláusula definitivamente se basa en la buena fe entre los contratantes y su existencia dentro del Seguro de Caucción beneficia al beneficiario, quien no es el mismo que el solicitante y que no es parte de la negociación del contrato de seguro, pero para evitar abusos de la aplicación de dicha cláusula es necesario en caso de incluirla que sea concreta y específica para evitar interpretaciones que distante de provocar un pago de la indemnización ágil, eficiente y eficaz puede entorpecer el pago y general un largo conflicto entre aseguradora y beneficiario.

En consecuencia, de lo expuesto, el Seguro de Caucción cumple una función económica dentro del ámbito de los negocios jurídicos y precisamente en esa función radica la similitud que se ha hecho con la fianza, porque como plantea Díaz (2009) es distinto afirmar que el Seguro de Caucción garantiza el cumplimiento de la obligación a afirmar que persigue indemnizar al asegurado por los daños provocados del incumplimiento de la obligación motivante del seguro. Razón por la cual hace mención que la institución de la caucción consiste en la entrega de un bien; es decir, una garantía real del cumplimiento de la obligación y de no cumplirse con la obligación ese bien responde por los daños y perjuicios.

1.2.9 Suscripción del Seguro de Caución

El Seguro de Caución es un contrato principal que tiene como causa u origen una obligación que puede ser convencional o legal frente a particulares o frente al ente estatal, lo cual hace que esta clase de seguro sea una necesidad, lo cual para Hoyos (2012) es una cuestión que facilita su venta y a la vez especifica el campo de aplicación o los clientes interesados en contratar esta clase de seguro, que son aquellos sujetos principalmente comerciantes que tienen la obligación de contratar este seguro para garantizar la indemnización de daños y perjuicios en caso incumplan.

Esta clase de seguro no tiene alguna particularidad sobre su comercialización en cuanto al sujeto que la vende, porque puede ser a través de la propia aseguradora o a través de un intermediario autorizado de conformidad con la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala. Hoyos (2012) señala que en muchos países europeos la venta de los seguros de caución la realizan las propias compañías aseguradoras a través de sus propios empleados cuya función es la venta o colocación de estos seguros, mientras que en otros países la venta del Seguro de Caución se realiza a través de intermediarios o agentes, quienes reciben una comisión por su intervención en la celebración del negocio.

La intervención de un intermediario, agente o corredor es común como sistema de venta del seguro en Estados Unidos de Norteamérica, México, Brasil y Colombia, siendo válidos ambos sistemas, aunque es más probable que el interesado contacte directamente al asegurador, porque esta clase de seguro como se indicó surge por necesidad de cumplir con un requerimiento u obligación legal de contratarlo.

Si bien el ámbito de comercialización del Seguro de Caución es amplio, para los autores consultados es común la relación entre el Seguro de Caución y la contratación de este en la adquisición de obligaciones frente al gobierno o particulares en el sector de la construcción y suministro de bienes o servicios.

Si fuere garantizada mediante fianza el artículo 79 del mismo cuerpo normativo establece las formalidades a que debe estar sujeta estipulando que debe ser mediante



póliza emitida por entidades autorizadas para operar en el país y considerando que de conformidad con la Ley de la Actividad Aseguradora el término fianza deberá entenderse como Seguro de Caución, debe entenderse que en lugar de la fianza se puede utilizar el Seguro de Caución en la contratación estatal.



En ese mismo capítulo sobre seguros y garantías, la ley citada en los artículos del 64 al 68 dispone cinco tipos de garantías que deben obligatoriamente que otorgarse en la negociación con el Estado siendo estas por sostenimiento de oferta, de cumplimiento, de anticipo, de conservación de la obra o de calidad o de funcionamiento y de saldos deudores señalando que estas deben otorgarse mediante fianza, deposito en efectivo en quetzales o mediante derechos reales de garantía como la hipoteca o la también extinta prenda sustituida por la garantía mobiliaria.

Definitivamente la relación del Seguro de Caución y la contratación pública es estrecha, porque es por disposición legal que el contratista debe garantizar las obligaciones asumidas frente al Estado, aunque, según la legislación guatemalteca puede ser por varias modalidades no necesariamente a través del Seguro de Caución.

Díaz (2009) considera también que el Seguro de Caución se puede aplicar a todas aquellas obligaciones que necesitan ser respaldadas ya sean legales, judiciales o contractuales y señala las siguientes modalidades de esta clase de seguro:

- a. De oferta o licitación: es exigido por el contratante o convocante para tener la certeza que la propuesta realizada será mantenida durante un tiempo específico, razón por la cual se consideran provisionales y dan lugar a la siguiente modalidad o clase.
- b. De ejecución de contrato: esta clase es constituida al igual que la anterior por requerimiento del contratante, en la búsqueda de obtener el cumplimiento ordinario del deudor o en caso contrario la ejecución del derecho de reparación.



- c. De mantenimiento de calidad: este tipo se utiliza para asegurar la indemnización en contrataciones de suministro o de obra en caso el contratista no cumpla con la calidad pactada de los bienes.
- d. De cantidades anticipadas para adquisición de viviendas: la utilización de esta modalidad se ha desarrollado en España, de forma colectiva, para el adelanto de sumas del precio en la compraventa de viviendas.
- e. En cumplimiento de obligaciones legales aduaneras: su utilización se da en las obligaciones tributarias aduaneras en las actividades de exportación e importación.
- f. Financiera: son en sentido amplio y recaen en obligaciones de crédito como mutuo, compraventa a plazos, etc.

Las primeras tres modalidades del Seguro de Caución tomando en consideración el tipo de obligación que causa el nacimiento del Seguro de Caución son exigidos por disposición legal cuando el contratante es el Estado. Por lo que Hoyos (2012) considera como clientela potencial del Seguro de Caución los sujetos que intervienen en la construcción en sentido amplio, el suministro de bienes y servicios, la construcción de equipo, la agricultura en países en los que se otorgan subsidios agrícolas y la importación y exportación en cuanto a garantías aduaneras, por lo que para él una pregunta importante para quien tiene interés en colocar el Seguro de Caución es ¿Quiénes tienen obligación legal de contratar el Seguro de Caución? Siendo para este autor una respuesta sencilla incluyendo a los que principalmente contratan con el Estado, aunque no exclusivamente, sujetos que pueden conocerse a través publicaciones en herramientas de transparencia del gasto público; siendo también relevante el acercamiento a Cámaras o asociaciones de construcción.

En cuanto al precio de comercialización del Seguro de Caución, es decir, la prima, es una aportación económica que se debe integrar con lo que conlleva el costo para la aseguradora, es decir, no es un precio determinado al cálculo, sino, técnicamente, añadiendo gastos adicionales que para Hoyos (2012) son: los gastos de administración, los gastos de producción como las comisiones de agentes que intervengan, gastos de

redistribución de riesgos en caso se contrate el reaseguro, el recargo comercial por el riesgo al que se somete la aseguradora en cuanto a su capital.



Por lo que a la prima inicial o pura deben agregársele estos gastos para obtener la prima comercial y en su caso los tributos que apliquen para determinar la prima total que el cliente o tomador del seguro deberá pagar, por lo que es de considerar que la constitución del Seguro de Caución como requisito o requerimiento conlleva gastos comerciales que si bien evita la entrega de un bien que garantice toda la obligación son gastos que son ineludibles frente a la intervención de una aseguradora.

En cuanto a la duración de las pólizas que emiten las aseguradoras, lo más lógico es que su plazo de vigencia sea acorde a la existencia de la obligación que le da nacimiento; sin embargo, al no existir legislación al respecto queda sujeto al análisis de la aseguradora que comercialice el Seguro de Caución, siendo para Hoyos (2012) un aspecto importante, porque no considera adecuado la emisión de seguros sin fecha de expiración o de forma indeterminada, lo cual podría generar incertidumbre.

Por lo que se refiere también a los comités de suscripción como un órgano especializado para considerar y asesorar sobre cuestiones técnicas importantes para el desarrollo de la actividad aseguradora y su éxito, al ser el seguro un contrato de suma importancia y lo que se relaciona con este, porque su comercialización incide directamente en los resultados técnicos de la empresa aseguradora y tomando en consideración que existen ramos de seguros que cubren riesgos en masa como el de automóvil, en los que el riesgo se conoce bien por ser una clase de común y que sin tomar mayor cantidad de variables se puede determinar el precio.

pero existen otros ramos en los que por la amplitud del ámbito de aplicación es importante tomar en consideración varios aspectos al suscribir el contrato, dentro de esto la elección de los tomadores del seguro, siendo el caso del Seguro de Caución.

Para Hoyos (2012) al elegir correctamente a los clientes la siniestralidad podría ser inexistente, porque en este aspecto existe una relación directa con la situación económica del cliente, la responsabilidad en sus obligaciones y el prestigio de este, por

lo que recomienda que las decisiones sobre los tomadores que admite sean centralizadas por personas con la capacidad y preparación debida para realizar los análisis correspondientes tanto en lo financiero como en lo técnico.

Para, lo cual es indispensable que posean la información necesaria del cliente y de allí radica parte de la importancia del documento de la solicitud del seguro, en el cual se puede ubicar con exactitud la información básica del tomador, pero también en esta clase de seguros es necesaria información precisa y específica sobre cuestiones económicas referentes al capital, si se tratara de una sociedad mercantil a sus socios, bienes, trayectoria, garantías que en ese momento tengan vigentes o bien información relacionadas con la obligación relacionada al riesgo como licencias.

Hoyos (2012) indica que, además será necesario que el cliente facilite los estados financieros auditados o bien las declaraciones de impuestos en el caso de personas individuales, lo cual ilustra que la aseguradora debe ser cuidadosa técnicamente con el otorgamiento del Seguro de Caución, porque para el tomador es una necesidad de respaldo por lo que para la aseguradora es un riesgo en su actividad y, por lo tanto, en su capital.

De lo establecido se puede afirmar que con la constitución del Seguro de Caución se busca garantizar los perjuicios causados por el incumplimiento, pero sin hacer una entrega real, teniendo un carácter indemnizatorio y por esta razón se considera un negocio autónomo, por lo tanto, no es accesorio ni subsidiario, características propias de la fianza. El Seguro de Caución definitivamente cumple con los elementos esenciales propios del contrato de seguro como el riesgo, el siniestro y la prima, por, lo cual debe estar sujeto siempre a la técnica aseguradora.

La fianza y el seguro son instituciones jurídicas que tienen antecedentes remotos y que a lo largo del tiempo cada una se ha ido desarrollando para el cumplimiento de su función dando lugar a sus elementos, naturaleza, características y clases, siendo aplicadas en la actualidad dentro del tráfico del comercio por sociedades anónimas especiales sujetas a la autorización y fiscalización de la Superintendencia de Bancos y Junta Monetaria. El Seguro de Caución y la fianza han sido relacionadas estrechamente, en Guatemala la primera sustituyo legalmente a la segunda, por lo que,



a continuación, se presentan aspectos puntuales sobre la fianza y el Seguro de Caución en otras legislaciones.



CAPÍTULO II

La fianza mercantil y el Seguro de Caución en el derecho comparado



En virtud que la fianza mercantil fue afectada directamente por el Seguro de Caución, a través de la Ley de la Actividad Aseguradora en el año 2011, sin ser regulado específicamente, es necesario acudir a la legislación, principalmente del Seguro de Caución de otros países y determinar su situación, de tal manera que sea ilustrativo. Por tal razón, a continuación, se desarrollan algunas circunstancias del Seguro de Caución en Argentina y España, cuyas legislaciones desde décadas atrás regulan el Seguro de Caución como una clase más de seguros de daños y en el caso de México que en los años 2013 y 2015 actualiza su legislación sobre seguros incorporando la operación del Seguro de Caución.

2.1 La fianza mercantil y el Seguro de Caución en Argentina

La fianza mercantil en Argentina se considera un contrato de carácter accesorio, en el que un sujeto se obliga en favor de un tercero y el acreedor lo acepta. Para Casares (2016) de conformidad con el Código Civil y Comercial se trata de un contrato consensual, nominado, accesorio y conexo consistente en un vínculo dinámico que incide en el ámbito civil y mercantil, que presenta versatilidad, porque incluso se puede insertar en el contrato principal mediante una cláusula, además de que no existe mayor formalidad para constituirlo facilitando el otorgamiento de créditos, siendo un importante medio para la agilización de financiamientos.

La legislación relacionada con el Seguro de Caución en Argentina no es amplia, porque se pueden mencionar como cuerpos normativos relacionados el Decreto Ley 7607/61 que se considera como la ley que introduce o incorpora el Seguro de Caución al mercado argentino, la Ley 17,418 de 1967 en su artículo uno que trata sobre el contrato de seguro, la Ley 20,091 que en su artículo 7 literal b se refiere a que las entidades de seguros podrán otorgar fianzas o garantías por obligaciones de terceros. Dentro de los antecedentes del Seguro de Caución en Argentina se encuentra la

facultad que se otorgó a las aseguradoras en la década de 1960 para emitir garantías de fianza operadas como seguros, porque anteriormente era un campo atendido por instituciones bancarias.



Respecto del Seguro de Caucción Mecca (2012) señala que este se conceptualiza como una fianza aseguradora de una obligación de hacer o entregar en tiempo y forma bienes o la prestación de servicios, permitiendo por un costo bajo cumplir con las exigencias de una operación comercial, quedando excluidas las garantías financieras o créditos de dinero. De conformidad con el artículo 1 de la Ley 17.418 Del Contrato de Seguro es un seguro de daños patrimoniales.

Para Toribio (2012) el Seguro de Caucción presenta una serie de ventajas y analiza su aplicación en lo referente a obligaciones legales y judiciales, sobre todo en los procesos judiciales como una forma de cumplir con requerimientos del juez en la imposición de medidas cautelares, teniendo en este caso por objeto sustituir la caucción ordenada permitiendo que no se afecten activos físicos, siendo un instrumento de fácil acceso con tiempo de emisión ágil, pudiendo incorporar una doble garantía y en caso de que el siniestro ocurra su cobro es inmediato, mostrando de esta manera otra ámbito de utilización del Seguro de Caucción.

A pesar de ser considerado como un medio valioso y hasta cierto punto desaprovechado para la agilización de los negocios comerciales, han surgido gran cantidad de conflictos entre las partes derivadas de su aplicación, por lo que a través de las resoluciones judiciales se ha ido delineando esta clase de seguro en Argentina.

La Sala C de la Cámara Nacional de Comercio en 1986 se pronunció sobre el Seguro de Caucción definiéndolo como el contrato por el cual el empresario en calidad de tomador, asegura al acreedor para que en el caso de no realizar la obra o cumplir con el suministro o servicio reciba una indemnización de la empresa aseguradora. De la cláusula segunda de las Condiciones Generales dictadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación se establece que el asegurador garantiza al asegurado el pago en efectivo en caso de incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones del tomador, lo cual deja en sentido amplio el riesgo, porque no se refiere al incumplimiento

en un sentido estricto, sino también el sentido de un cumplimiento incompleto o distinto al pactado.



Respecto a la naturaleza del Seguro de Caución la Cámara Comercial proceso Financobi Sociedad Anónima contra Sur compañía de Seguros señalaron que el Seguro de Caución sustituye el depósito de dinero o caución exigida por el dueño de la obra al contratista para asegurar el acabado cumplimiento del contrato, esa caución real es remplazada por el seguro con la finalidad de indemnizar al acreedor de los perjuicios derivados del incumplimiento total o parcial del obligado, funciona como una cláusula penal, dejando ver esta resolución la esencia y la razón del surgimiento del Seguro de Caución como una forma de evitar la entrega inmediata y real de un valor como caución por el posible incumplimiento del contrato, por lo que en el Seguro de Caución si el riesgo no ocurriera, para el tomador no provoca mayores repercusiones económicas.

Para Gimeno (1988) el Seguro de Caución es un contrato que se reviste de caracteres como el ser plurilateral pues se identifican tres partes con obligaciones y derechos entre sí en las dos relaciones jurídicas que se entrelazan y necesariamente se conectan; formal, porque se prueba mediante la póliza que debe cumplir con los requisitos legales establecidos por la ley y por el ente supervisor; real debido a que se perfecciona a la entrega de la póliza al tomador y de este al asegurado; aleatorio, porque se hace efectivo si la eventualidad ocurre; nominado en el derecho argentino, porque es típico al ser regulado en el artículo 7 inciso b de la Ley 20.091, artículo 61, inciso 34 f, del Decreto 5720/72 y artículo 1 de la Ley 17,418. Respecto de esta última característica Giucich (2016) no concuerda, porque señala que es nominado, porque se encuentra establecido en la Ley de Contrataciones Públicas y su reglamento respectivo, pero no dentro existe una regulación especial que lo defina con precisión y permita diferenciarlo de la fianza.

Gimeno (1988) indica que el desarrollo doctrinario sobre este seguro ha sido limitado, aunque la aplicación práctica de este ha sido importante, por lo que se puede tomar una idea sobre la situación del Seguro de Caución para aquel entonces. En el caso de Argentina, se pueden encontrar jurisprudencia sobre distintos elementos o



circunstancias del Seguro de Caución en pronunciamientos de las Salas de la Cámara de Comercio, como es respecto al carácter principal del Seguro de Caución que la Cámara Comercial C en el caso Alba Compañía Argentina de Seguros contra Baubetón Sociedad Anónima expresó, indicando que el Seguro de Caución no es un contrato accesorio, siendo codeudores solidarios la aseguradora y el tomador del seguro, por lo que son principales pagadores y, por lo tanto, inaplicable lo concerniente a la fianza.

También refiriéndose al carácter del Seguro de Caución la Sala de Comercio D en el 2008 se pronunció para resolver el caso de Alba Compañía Argentina de Seguros y Ninco SRL, señalando que es un contrato de comercio y, por lo tanto, lo que se pacte debe considerarse mercantil. Estas resoluciones permiten afirmar las principales notas sobre esta clase de seguro siendo, por lo tanto, siempre un contrato mercantil principal que existe independiente de la obligación, cuyo incumplimiento se considera como riesgo.

Respecto al riesgo y el siniestro la Cámara de Comercio B en el caso Rodríguez Salabierri y otros contra Seguridad Cooperativa de Seguros Limitada en el año 2002 señaló que la mera inejecución por parte del proponente implica la configuración del siniestro, entendiendo que una vez que el tomador no cumplió con la prestación acordada el siniestro ha ocurrido dando lugar al pago inmediato de la indemnización reclamada por el beneficiario. Lo cual se complementa con la resolución de la Cámara A en el 2003 dentro del proceso Aseguradora de Créditos y Garantía Sociedad Anónima contra Comitee Center Sociedad Anónima que indica que si bien la aseguradora puede requerir prueba al asegurado como información necesaria para determinar los daños y perjuicios debe solicitarlo cuando resulte razonable y sin dejar a un lado las obligaciones que le corresponden al tomador del seguro, quien por el rol que tiene se encuentra en mejores condiciones para proporcionar la información que requiera la sociedad aseguradora.

Entendiéndose que no se debe condicionar el derecho del beneficiario al suministro de información o documentación y que si bien es entendible que alguna información puede ser necesaria, se debe solicitar al tomador. Como acto posterior a la ocurrencia del siniestro y el cumplimiento de la obligación de indemnizar por parte de la

aseguradora al acreedor y beneficiario del seguro, la aseguradora tiene el derecho de exigir el reintegro de la indemnización pagada al tomador, según pronunciamiento de la Cámara de Comercio E en 1999.



El Seguro de Caución tiene su función y características propias, por tal razón la Cámara Comercial A en el caso Alba Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima contra Cielmec Sociedad Anónima señala que desde su función el Seguro de Caución constituye una garantía, pero no es razón suficiente para identificarlo con otras figuras o negocios jurídicos que también tienen una función de garantía como ocurre con la fianza, el derecho argentino no permite esta asimilación pues se trata de contratos típicos claramente diferentes, como el evento y el interés asegurable propios del seguro y que no existen en la fianza.

En el mismo sentido, respecto a la diferenciación entre el Seguro de Caución y el contrato de fianza la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial en el año 2012 afirmó que existen claras diferencias como que a) el contrato de fianza se celebra ente el acreedor y el fiador siendo el deudor un tercero; en cambio el Seguro de Caución se celebra entre el posible deudor-tomador y la aseguradora que actúa como garante frente al posible acreedor, el cual puede ser un posible tercero beneficiario; y b) la fianza puede garantizar cualquier clase de obligación mientras que el Seguro de Caución solo se puede referir al derecho indemnizatorio del asegurado respecto del incumplimiento del tomador. Este pronunciamiento deja ver que el carácter de la fianza es distinto puesto que garantiza la obligación en sí, la cual puede ser de cualquier clase.

Para Giucich (2016) es importante poder identificar las cargas o las obligaciones que le corresponden a los sujetos y la forma de cumplimiento a través de la póliza correspondiente, principalmente para el asegurado o beneficiario, porque en muchos casos de rechazo en el cumplimiento del pago de la indemnización es bajo el argumento de incumplimiento de las cargas por el reclamante, siendo su principal obligación informar a la aseguradora de la ocurrencia del siniestro en tiempo oportuno.

Otro aspecto importante en el Seguro de Caucción es la subrogación que tiene lugar de los derechos por parte de la aseguradora al pagar al beneficiario lo pactado en el Seguro de Caucción, lo cual genera el derecho de reembolso sobre la suma indemnizada de conformidad con la Cámara Comercial E en el caso Chubb Argentina de Seguros Sociedad Anónima en el año 2007.



En Argentina, el uso del Seguro de Caucción para respaldar las obligaciones de obra también son comunes, pero, según señala la resolución del ocho de junio de 2010 de la Cámara Comercial A la responsabilidad del empresario en una obra pública no es igual que en una obra privada, porque no cesa con la ejecución o con la entrega de la obra, sino que se prolonga de acuerdo con las ordenanzas correspondientes, lo que afecta el plazo de vigencia pues no va a coincidir con el plazo de ejecución del contrato de ejecución de obra, sino se debe postergar por los plazos establecidos.

Como se ha indicado, la legislación aplicable al Seguro de Caucción en Argentina es escasa, en este sentido la resolución de la Cámara Comercial B en el litigio de Mayo Compañía Argentina de Seguros contra Parques Interama Sociedad Anónima de 1991 indica que el Seguro de Caucción no se encuentra específicamente regulado en la Ley de Seguros, posee una fisonomía propia y encuentra su fundamento en la Ley 20,091, lo cual nos confirma que en Argentina este seguro se caracteriza por su configuración práctica. En ese mismo sentido, se pronuncia la Cámara Comercial A en el proceso de Alba Compañía Argentina de Seguros contra Cielmec Sociedad Anónima señalando si bien este contrato no está específicamente regulado en la Ley 17,418 al tratarse de un seguro le son aplicables todos los principios asegurativos con algunas diferencias singulares las cargas correspondientes recaen sobre el tomador no sobre el beneficiario, razón por la cual la falta del pago de la prima no anulan el contrato ni suspenden la cobertura.

El derecho de excusión no es propio de la institución del Seguro de Caucción, porque la obligación de la aseguradora es principal y directa una vez que ocurra el siniestro, tal como lo reconoce la Cámara Comercial B en el proceso judicial de Global Charter Sociedad Anónima contra la Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima del 14 de febrero de 2001, indicando que si se reclama el cumplimiento de la indemnización,

resulta improcedente que la aseguradora argumente la necesidad de excluir los bienes del tomador del seguro previo al reclamo de la indemnización.



En caso de que la obligación que da lugar al Seguro de Caución sea efectivamente cumplida al acreedor el riesgo estaría desapareciendo, siendo innecesario el Seguro de Caución; sin embargo, la obligación de la aseguradora solo se extingue al ser notificada sobre la desaparición del interés asegurable, según resolución de la Cámara Comercial A fundamentada en la Ley 17,418.

A través de las resoluciones citadas se ilustra la complejidad de situaciones que pueden presentarse en la operación del Seguro de Caución y al no existir mayor regulación legal recae la atribución de los órganos jurisdiccionales de solventar dicha situación mediante la aplicación de la normativa general del contrato de seguro y otras disposiciones de derecho privado.

2.2 La fianza mercantil y el Seguro de Caución en España

Una de las legislaciones importantes a revisar es la de España, porque ha regulado el Seguro de Caución desde hace décadas lo que ha permitido su desarrollo a través de su aplicación e incluso se ha tomado como referencia para otras legislaciones como la de México. En ese sentido, Bofill (2017) afirma que en España el Seguro de Caución no es novedad, porque ha proliferado y se ha generalizado el uso de este sobre todo en el ramo de la vivienda como garantía tanto en la compra de viviendas como en los contratos con la Administración Pública. En el caso de España, el Seguro de Caución se encuentra claramente definido en la Ley 50/1980 en el artículo 68 que establece que por esta clase de seguro el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por los daños patrimoniales, según las condiciones establecidas en la ley o en el contrato y que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.

La Ley 50/1980 regula el contrato de seguro en sí y las condiciones generales de este, como la póliza y los requisitos de esta, los deberes de las partes entre otras disposiciones. Respecto del Seguro de Caución lo regula como un seguro de daños,



pero únicamente le dedica el artículo 68 indicado, entendiéndose que en lo demás se son aplicables las disposiciones generales del contrato de seguro. Bofill (2017) afirma que el Seguro de Caución no es un aval, tampoco es una garantía bancaria su verdadero carácter es ser un contrato de seguro y por ende se rige por la Ley de Seguros. La definición legal es bastante clara en el contenido del seguro; es decir, sobre el carácter indemnizatorio de los daños y sobre la obligación del tomador de rembolsar lo pagado si sucediera el siniestro, lo que revela la forma de funcionamiento del seguro, pudiendo señalar que ante el acaecimiento del riesgo, la obligación de la aseguradora no es subsidiaria, sino directa y principal.

El Seguro de Caución es considerado un tipo de salvavidas para las empresas, porque les permite tomar el seguro como garantía sin comprometer inmediatamente su patrimonio, porque afirma que esta clase de seguro constituye una solución para respaldar los compromisos que adquiere frente a sus clientes y señala cuatro beneficios puntuales:

- a. El Seguro de Caución no se reporta o computa en la Central de Información de Riesgos del Banco de España, lo cual da mayor libertad para realizar otras negociaciones.
- b. En consecuencia, de lo anterior, no produce inmovilización de fondos, porque el incumplimiento de las obligaciones es una posibilidad.
- c. El Seguro de Caución no afecta el pasivo de la empresa tomadora del seguro, porque al contratarlo no se existe aún la obligación de pagar o rembolsar a la aseguradora más que el pago de la prima, según lo convenido.
- d. Y por último no existen gastos de estudio o análisis o en su caso cancelación.

En concordancia con lo anterior, Bofill (2017) señala que no se puede dejar de observar los beneficios del Seguro de Caución para el desarrollo de la actividad empresarial, siendo el principal que la contratación del seguro no conlleva una pérdida sobre el capital del contratante ni afecta inmediatamente la disponibilidad de recursos o

su liquidez, más que el pago de la prima lo que como se indicó anteriormente otorga mayor libertad patrimonial al contratante del seguro, que usualmente es un empresario.

Por la dinámica de las garantías en España se considera que el Seguro de Caución es una alternativa al aval bancario permite ser una garantía, porque a través de este el cliente a falta de cumplimiento del negocio, obtendrá una indemnización económica por parte de la compañía aseguradora, funcionando como el aval bancario o la fianza, pero con ventajas sobre las otras, lo que ha llevado a que el Seguro de Caución, según Morales (2006) es para contratos públicos, pagos en compras de viviendas, actividades aduanera, para ciertos comerciantes como agencias de viajes, de seguridad e incluso para corretaje de seguros.

En España se hace específica referencia al Seguro de Caución y su diferencia con el seguro de crédito, pues es otra figura que presenta similitudes y tomando en consideración que pertenece a los contratos de los seguros Camacho (1994) indica que son tres aspectos fundamentales que permiten diferenciarlos, siendo el primero lo referente a los sujetos intervinientes, porque en el seguro de crédito el tomador y el asegurado son la misma persona y en el Seguro de Caución como se ha expuesto son el tomador y el asegurado son distintas personas; en cuanto al riesgo en el seguro de crédito es la pérdida absoluta que sufre el acreedor y asegurado por el impago de la obligación como consecuencia de la insolvencia del deudor, siendo el objeto entonces indemnizar esa pérdida absoluta causada por la insolvencia del obligado.

El resarcimiento del daño provocado por incumplimiento es mucho más específico que la insolvencia siendo este un estado general y por último la forma de contratación es distinta en la cobertura, porque en el seguro de crédito se pretende proteger por la insolvencia cubriendo la totalidad o un volumen considerable de los negocios y en el Seguro de Caución es un negocio concreto, por lo que a simple apreciación el Seguro de Caución y el seguro de crédito parecieran tener el mismo objeto que es cubrir un incumplimiento de obligaciones sin embargo Camacho es muy puntual al señalar que en su funcionamiento son distintos y que al final no tienen el mismo objetivo.

Una condición importante sobre el Seguro de Caución a la que hace alusión Hoyos (2012) es la prescripción del contrato señalando que en este asunto existen muchas



variaciones de unas legislaciones y jurisprudencias de los diferentes Estados y que para el caso de España a criterio de la Audiencia Provincial el Seguro de Caución tiene analogía con el contrato de fianza, aunque son figuras distintas en cuanto a naturaleza jurídica, contenido y efectos, pero el plazo de prescripción es distinta, siendo para el Seguro de Caución dos años, según la Ley del Contrato de Seguros, mientras que las acciones que nazcan de la fianza es de 15 años, según el Código Civil. Por lo que si estas figuras pretenden ser utilizadas como garantías con la misma función, aunque no sea lo procedente se debe considerar que las acciones que sean necesarias de plantear solo pueden ejercitarse en un plazo de dos años, un plazo muy reducido a comparación de la fianza.

En la operatividad del Seguro de Caución, es trascendental determinar con exactitud y especificación la cobertura del seguro, porque la ley únicamente señala que su función es asegurar los perjuicios del incumplimiento de una obligación, en este sentido en el año 2013 la Audiencia Provincial de Jaen Sección 3 dictó sentencia en un proceso instaurado en contra de Aseguradora Mapfre obligándola a responder por un Seguro de Caución otorgado por una de obra debido a los años estructurales que presentó en el patio trasero. La Aseguradora Mapfre en calidad de demandado aseguraba que no procedía el pago de la indemnización debido a que el área en la que se alegaba los daños estructurales no era parte de la obra por la que se había otorgado el Seguro de Caución. Otro aspecto relevante en ese proceso es el tiempo de cobertura como se manifiesta la necesidad de fijarlo y depende de la obligación relacionada al riesgo, porque en este caso debía estar vigente con posterioridad a la entrega de la obra para cubrir los posibles daños provocados por la calidad de esta.

En España el Seguro de Caución es utilizado con regularidad para asegurar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato de obra, ya sea por la calidad de construcción como en el caso anterior, o bien por la efectiva ejecución de esta, como es el caso de la resolución de la Sección I de la Sala Civil del Tribunal Supremo que conoció el recurso 3142/1991 mediante la sentencia 34/1995 debido a que el actor demandaba a la Aseguradora, porque de acuerdo con su postura el siniestro había ocurrido al no entregarle la obra en tiempo, consistente en un

departamento de una propiedad horizontal y la aseguradora se negaba a pagar la indemnización.



Dentro de dicha resolución el órgano se pronuncia de una forma muy concreta sobre el Seguro de Caución y la fianza y la diferencia en su contenido, indicando que en el primero el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos, mientras que en la fianza, el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento, en el Seguro de Caución el asegurador se obliga no a cumplir por el deudor, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que le hubiera producido su incumplimiento y esas notas características se manifiestan en sus textos legales.

La claridad en los contratos sobre la fianza y el Seguro de Caución es indispensable, porque de conformidad con el recurso 3096/1995 resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo mediante sentencia número 1130/2002 sobre el litigio en el cual el demandante hace alusión a la fianza y al Seguro de Caución en la demanda en contra de Seguros Albia como fiador solidario en un contrato de promesa de venta, por lo que en la dicha resolución se cita la sentencia del 19 de mayo de 1990 sobre la diferencia entre la fianza y el Seguro de Caución, sosteniendo que la fianza garantiza el cumplimiento de una obligación contraída por la afianzada, por lo que tiene carácter accesorio, en tanto que el Seguro de Caución garantiza el resarcimiento al acreedor de los daños y perjuicios del incumplimiento.

Debido a que el Seguro de Caución se ha utilizado durante varios años en España su uso es extendido a una variedad de contratos, tal es el caso resuelto a través de la sentencia 324/2014 de la Audiencia Provincial de Lleida Sección II del uno de julio de 2014 en la cual se conoce del litigio por reclamación del Seguro de Caución como garantía por el importe de alquileres pendientes de pago, por lo que en la resolución se indica que en el Seguro de Caución el asegurador en caso de incumplimiento del tomador de sus obligaciones legales y contractuales a indemnizar y que en ese caso el Seguro de Caución de alquiler no priva a la parte actora de reclamar al arrendatario el pago de las rentas impagadas, manifestándose así el carácter indemnizatorio.



En España el Seguro de Caución es comúnmente comparado con el aval bancario para determinar la conveniencia de la utilización de uno u otro, porque el aval bancario es utilizado como un mecanismo de garantía de las obligaciones otorgado por instituciones bancarias. De dicha comparación se determinan algunas ventajas del Seguro de Caución tales como:

- a. El costo de su contratación es menor que el del aval bancario.
- b. No implica trasladar activos o movilizarlos mientras que las instituciones bancarias exigen la apertura o uso de una cuenta corriente.
- c. Las condiciones del contrato de Seguro de Caución son más flexibles frente a las del aval bancario que es más rígido.
- d. El Seguro de Caución no se computa para el tomador en la Central de Información de Riesgos del Banco de España, la cual funciona desde 1972 como una base de datos con los riesgos que las entidades bancarias declaran tener con sus clientes, dicha información es útil para el Banco de España para el ejercicio de su función fiscalizadora y la realización de estudios estadísticos sobre el sector financiero.

Hoyos (2012) indica que el sujeto obligado a garantizar es habitualmente, quien elige si contratar un Seguro de Caución o una garantía bancaria por razones económicas, porque la legislación no establece diferencias entre estas instituciones, pero existe una ventaja clara del Seguro de Caución sobre las garantías bancarias y es que este no consume su crédito con la banca; es decir, que por cuestión de riesgos que las instituciones bancarias pueden tomar de forma directa o indirecta con un cliente, el Seguro de Caución no se cuantifica en ese riesgo lo que le permite una mayor disponibilidad de crédito para otras operaciones bancarias. El efecto es que a través del Seguro de Caución se incrementa la capacidad crediticia del solicitante, porque no está sujeto a las reglas la Central de Información de Riesgos.

Tal como se indicaba en las ventajas del Seguro de Caución sobre el aval como una garantía bancaria Hoyos (2012) indica que los otros campos de competencia entre



aseguradoras y bancos son el servicio y el precio, respecto al servicio, porque para la empresa aseguradora su campo exclusivo de operación es el contrato de seguro, mientras que las entidades bancarias tienen mayor gama de los servicios que presta y las operaciones que realiza, siendo prestar garantía uno más. Y respecto al precio tampoco existe una norma específica que lo determine, pero los hábitos de facturación entre bancos y aseguradoras varían, pero esto puede variar, según el país del que se trate.

Por lo que las entidades bancarias se consideran la principal competencia de las aseguradoras que comercializan seguros de caución, porque para algunos la solvencia de los bancos es más atractiva, además de que por tradición las garantías han sido solicitadas a los bancos, por ejemplo, señala Hoyos (2012) que el Banco Mundial recomienda a los países en vías de desarrollo que en los proyectos soliciten garantías bancarias de licitación, garantía bancaria de fiel cumplimiento, por ejemplo. Lo que al sector asegurador le parecía incorrecto que las garantías fueran designadas directamente como bancarias, porque existe un mercado más amplio y rechazan que los bancos emitan cierto tipo de fianzas. Para las instituciones bancarias la emisión de fianzas es común debido a que dentro de su actividad financiera se encuentra la concesión de préstamos, líneas de crédito, transacciones económicas de ese tipo.

2.3 El Seguro de Caución y la fianza en México

En el caso de México, existen dos cuerpos normativos que regulan directamente las instituciones del seguro y la fianza, estos son la Ley sobre el contrato de seguro del año 2013 que regula el Seguro de Caución como contrato y la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas de 2015 que regula a las sociedades aseguradoras y afianzadoras y la actividad comercial de estas. De la Fuente (2018) señala que el seguro de caución es común en España, pero no así en México, lo cual implica que falta especificar las normas sobre este para sea operadora por las aseguradoras en el país, lo cual se considera un acierto, porque es clara la naturaleza del Seguro de Caución, pero su alcance debe estar determinado por las normas y de esta manera, tal como lo indica De

la Fuente, su aplicación será más efectiva, porque también atenúa las dudas y posibles conflictos derivados de la aplicación de este.



Barrón Seguros y Fianzas (2015) presenta el Seguro de Caución en México como un contrato de garantía otorgado por una compañía de seguros para asegurar el cumplimiento de obligaciones ya sean contractuales o con el fin de cubrir las pérdidas resultantes del no pago de la obligación y basados en la legislación señalada hace mención que a diferencia de la fianza el Seguro de Caución no requiere la existencia de un obligado solidario para poder celebrarlo; y que se tiene la expectativa que el Seguro de Caución cause un impacto favorable para la economía del país, porque facilita el aseguramiento y la negociación mercantil.

De acuerdo con De la Fuente (2018) la incorporación y regulación del Seguro de Caución obedece al impulso de la administración pública adoptando el modelo español, teniendo como principales características que la falta de pago ya sea parcial o total no provoca la terminación del contrato de seguro y como consecuencia subsiste la obligación principal de la aseguradora; no es posible compensar la prima con el monto de la indemnización ni exigir al asegurado el pago de la prima como condicionante para el pago de la indemnización; y se excluye de cobertura el incumplimiento de las obligaciones de naturaleza financiera, porque se considera como que es un riesgo correspondiente al seguro de crédito.

Para Calderón (2014) la creación del Seguro de Caución es un complemento a la fianza y un estímulo a la competencia en el mercado de las garantías financieras, ampliándose la gama de garantías disponibles para personas, empresas y gobierno, porque cubre el pago de una indemnización a título de resarcimiento, pudiéndose pactar garantías de recuperación por ejemplo en caso de falta de pago de la prima, con una vigencia que no puede ser superior a diez años. Además, señala que puede ser operado por Instituciones de seguros que a la vez pueden operar seguros de crédito y fianzas.

La Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas establece que su objeto es regular la organización operación y funcionamiento de las instituciones de seguros, de fianzas y



sociedades mutualistas de seguros y las actividades de estas, en consecuencia, regula la institución de seguros como una sociedad anónima autorizada para operar seguros, la institución de fianzas igual que la anterior como una sociedad anónima, pero autorizada para actuar dentro de la actividad de contratación de fianzas, con, lo cual se puede determinar que en México, aseguradoras y afianzadoras son personas distintas con un ámbito de actuación distinta cada una.

El artículo 25 establece tres ramos de operación: el de vida, el de accidentes y enfermedades y el de daños. Dentro del ramo de daños enlista doce clases de seguros siendo estos:

- a. Responsabilidad civil y riesgos profesionales
- b. Marítimo y transporte
- c. De incendio
- d. Agrícola y de animales
- e. De automóviles
- f. De crédito
- g. De caución
- h. Crédito de vivienda
- i. Garantía financiera
- j. Riesgos catastróficos
- k. Diversos
- l. Especiales que pueden ser determinados

Esta enunciación de las clases de seguros de daños es bastante completa contemplando los seguros más tradicionales tomando en consideración los intereses económicos de las personas, más no es limitativa, porque existe la facultad de poder determinar otros seguros, según los diversos intereses que se presenten. El artículo 27 de dicha Ley establece en el numeral XII que el Seguro de Caución conlleva el pago de la penalidad o indemnización en caso exista inobservancia de la obligación, la obligación de reembolso a la aseguradora si fuere el caso y la posibilidad de exigir las garantías de recuperación.



En cuanto a la fianza que, como ya se indicó en la ley señalada, instituciones autónomas y distintas de tal cuenta que regula cinco ramos de fianzas:

- a. Fianza de fidelidad tanto individuales como colectivas;
- b. Fianzas judiciales, que puede ser penal, no penal y de automotores;
- c. Fianzas administrativas dentro de las cuales se encuentran la de obra, de proveeduría, fiscal y de arrendamiento.
- d. De crédito de suministro, de compraventa y otros.
- e. Fideicomisos de garantía.

En la Ley sobre el Contrato de Seguro, se dispone algunos aspectos importantes sobre el Seguro de Caucción, de lo que surge algunas notas tales como que el Seguro de Caucción es un instrumento de garantía, sobresaliendo aspectos como su definición en el artículo 151 de dicha ley, el plazo legal de vigencia de diez años, aunque al ser un contrato relacionado directamente con otra obligación seguramente el plazo, en la mayoría de los casos, estará dispuesto en atención a la obligación en cuestión. Un aspecto importante sobre el Seguro de Caucción es la documentación que se desprende del acuerdo o negociación de esta clase de seguro, identificándose tres documentos: la solicitud, la póliza y el certificado.

Respecto a la solicitud se entiende que esta consiste en un formulario proporcionado por la aseguradora al tomador para que este declare la información necesaria y real que permiten determinar las condiciones y estipulaciones del contrato, por lo que podría no considerársele como una simple solicitud, sino un documento necesario e indispensable para la aplicación de los principios de la buena fe guardada y la verdad sabida en la negociación del contrato.

En cuanto a la póliza, al ser el documento que formaliza la aceptación de la aseguradora sobre la proposición, se debe observar en ella los requisitos formales de toda póliza, indicando la legislación mexicana que en esta clase de seguro debe extenderse en duplicado, siendo un ejemplar para cada parte.



Asimismo, de conformidad con la Ley sobre el contrato de seguro Molina (2018) considera que la póliza del Seguro de Caución cumple la función de un contrato y solicitud que se utiliza en la fianza, la cual contiene la relación entre contratante y aseguradora, razón por la cual la póliza debe extenderse en duplicado debiendo conservar una copia cada una de estas partes. Debido a la clase de seguro, la póliza, además de cumplir con los requisitos legales de toda póliza de conformidad con el artículo 20 de la ley indicada, deberá contener la cláusula que determine que la aseguradora toma el riesgo dispuesto ante el asegurado mediante la emisión del certificado de Seguro de Caución y que posee la misma fuerza y validez en lo aplicable que la correspondiente póliza, evidenciando esto la configuración de la relación entre los tres sujetos que intervienen y tienen interés en el contrato de Seguro de Caución.

La póliza del Seguro de Caución debe establecer el plazo de vigencia del Seguro de Caución, que de conformidad con la ley dicho periodo no podrá ser superior a diez años, aunque puede ser prorrogado varias veces por plazo de un año, en cada ocasión. Aunque también es posible que el contrato de Seguro de Caución termine anticipadamente al plazo fijado, toda vez exista acuerdo expreso con el asegurado por escrito, según lo dispone el artículo 156 de la Ley sobre el contrato de seguro.

El tercer documento, denominado certificado, será entregado al beneficiario del seguro con el objeto que en caso fuera procedente el asegurado pueda hacer el reclamo correspondiente de la indemnización y accesorios, cumpliendo una función bastante practica y que trae consigo certeza y seguridad para el asegurado o beneficiario, lo cual es muy positivo y en general la existencia de estos tres documentos como parte de la negociación y formalización del Seguro de Caución aporta claridad, transparencia y seguridad para todos los intervinientes.

Un derecho regulado para la aseguradora e importante de mencionar la subrogación de los derechos y acciones que puede realizar hasta el monto de la indemnización pagada al ocurrir el siniestro frente al responsable del pago de la obligación que ha producido los daños y perjuicios, lo cual aclara el funcionamiento del Seguro de Caución y permite reafirmar la obligación del tomador del seguro de pagar a la aseguradora al haber ocurrido el siniestro y no previamente.



En cuanto a la diferencia del Seguro de Caución y la fianza, De la Fuente (2007) en una forma muy concreta indica que la fianza es un contrato accesorio que prescribe en un plazo de tres años, requiriendo contragarantías para su otorgamiento. Este tiene establecido un procedimiento de cobro para las fianzas en favor de particulares y otro distinto para las fianzas en favor del gobierno. Respecto al Seguro de Caución afirma que se trata de un contrato principal con reglas distintas de pago, cuya prescripción es de dos años, existiendo la facultad o posibilidad de exigir contragarantías mas no son obligatorias y posee un único procedimiento para la reclamación de los derechos correspondientes.

México es un país con una vasta tradición en la comercialización de fianzas operadas específicamente por afianzadoras como sujetos comerciales distintos a los bancos y a las aseguradoras, tal como el caso de Guatemala. Sin embargo, como se ha señalado hace escasos años, su legislación sufrió modificaciones para incluir el Seguro de Caución, en este sentido también es similar el caso de Guatemala, con la diferencia que en la legislación mexicana de una forma muy técnica se conservó la fianza operadas por instituciones de fianza; es decir, afianzadoras y se introdujo el Seguro de Caución operado por aseguradoras, lo cual ha provocado que el sector interesado señale las diferencias entre la fianza y el Seguro de Caución.

Debido a esa larga tradición y desarrollo de la fianza en ese país, fue creada la Asociación Mexicana de Instituciones de Garantía, AMIG por sus siglas, conformada por 19 instituciones autorizadas por el Gobierno Federal para operar el afianzamiento en México, tanto en favor del sector privado como público. La visión de esta Asociación es ser un vínculo de comunicación entre autoridades y las instituciones o compañías autorizadas para operar garantías y fianzas, además de asesorar y mediar entre los sujetos del ámbito. Como parte de su misión se encuentra informar sobre las garantías difundir el conocimiento sobre las garantías y como parte de sus recientes publicaciones se encuentra un artículo sobre el Seguro de Caución de la autoría Mario Carrillo López, Director General de la Asociación de Instituciones de Garantía en la revista Fianza y Seguros.



Carrillo (2017) hace referencia a su participación en el proceso de incorporación del Seguro de Caución desde el año 2008 hasta su aprobación y la incertidumbre que generó respecto a esta figura, motivando a realizar algunas aseveraciones al respecto, tales como que el Seguro de Caución es una figura jurídica tomada de la legislación española y que tanto en España, Argentina y otros países no existe la denominada fianza de empresa como en México. Esta fianza de empresa sirve para garantizar obligaciones como el Seguro de Caución o seguro de garantía, lo cual fue un asunto durante el proceso.

Respecto a la necesidad de analizar las figuras jurídicas en cuanto a su esencia y no superficialmente o basarse en las similitudes entre unas y otras Carrillo (2017) indica que decir que el golf y el billar son lo mismo, porque en ambos se usan bastones, pelotas y hoyos no hace que tenga razón. Esto queda como una lección de no afirmar que dos instituciones jurídicas son iguales por sus similitudes y que por el hecho de afirmarlo no lo hace cierto.

En México, la fianza mercantil también identificada como fianza de empresa se considera un contrato accesorio y condicional, que garantiza el pago o cumplimiento de la obligación garantizada, emitiéndose para el efecto una póliza de fianza exclusivamente por una compañía afianzadora.

Mientras que el Seguro de Caución se establece como un contrato principal; es decir, no accesorio ni sujeto a condición, con una función indemnizatoria o resarcitoria del daño causado por incumplimiento de obligaciones, que puede ser exigida a través del certificado de Seguro de Caución extendida por una compañía aseguradora que, además, también está facultada para operar fianzas y que a través de la póliza de seguro puede obtener el reembolso de lo pagado.

A pesar de dichas diferencias, de acuerdo con la legislación de México, el Seguro de Caución y la fianza mercantil guardan ciertas similitudes o semejanzas que expone Molina (2018) indicando que la misma ley denominada Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas las norma, ambas figuras se relacionan con la solvencia del fiado o tomador, según el caso, además de que su principal canal de distribución son los

agentes o corredores y en ambas figuras el incumplimiento del pago de prima genera o produce la cancelación del contrato y puede tener lugar la acción de reembolso al ser ejecutado el contrato.



Una de las aportaciones que la legislación mexicana realiza a través de los dos cuerpos normativos señalados anteriormente, siendo estos la Ley sobre el contrato de seguro y la Ley de instituciones de seguros y de fianzas, pero principalmente a través de la primera, es que amplía la regulación directa y específicamente sobre el Seguro de Caución en cuanto a su otorgamiento y cuestiones formales que generan el marco y bases para la operación de esta clase de seguro y que a diferencia de las otras legislaciones comparadas da un paso adelante en el sentido de establecer normas jurídicas propias a esta clase de seguro.

2.4 Apreciaciones generales

Como quedó expuesto de las legislaciones de Argentina, España y México existen distintas situaciones sobre el Seguro de Caución que se desarrollan a través de la doctrina y la jurisprudencia puesto que a excepción de México no se le ha destinado abundante regulación al Seguro de Caución, lo que ha provocado conflictos en la aplicación que han sido sometidos a los órganos jurisdiccionales y la necesidad de determinar las diferencias con otras instituciones jurídicas.

Se puede apreciar que en los elementos del Seguro de Caución existe uniformidad y por ende en el concepto, queda establecido que el Seguro de Caución tiene una naturaleza indemnizatoria de los daños y perjuicios ocasionados por la inejecución del contrato consistente en el riesgo no en sí en la insolvencia del obligado ni tampoco la aseguradora contrae la obligación de cumplir con la prestación dejada de cumplir, de hecho uno de los contratos que se mencionaba en la jurisprudencia argentina es el contrato de obra y el contrato de suministro, por lo que queda claro que la aseguradora no toma la obligación de ejecutar la obra o de entregar los bienes o servicios que debían de entregarse, aunque en ninguna de las legislaciones revisadas existe

limitación para el tipo de obligaciones, cuyo incumplimiento es el riesgo asociado directamente con obligaciones frente a la Administración Pública.



Es particular que en el caso de España y Argentina que tienen una larga tradición en el ramo del seguro, el Seguro de Caución existe desde décadas atrás y se ha utilizado en diferentes actividades empresariales mientras que en el caso de países como el nuestro y en México no tenía existencia y en los años recientes se ha incorporado como un contrato novedoso y con ventajas para el sector empresarial. Por lo que la larga tradición del Seguro de Caución en España y Argentina nos ilustra sobre sus distintos elementos que se han ido enriqueciendo con la jurisprudencia y en cuanto a México la regulación propia del Seguro de Caución es más completa y se puede tomar como un referente.

En lo que respecta a España, la Ley de Contratos de Seguro destina únicamente una norma jurídica para determinar que se trata de un seguro de daños, definirlo claramente, indicando que el contenido de esta clase de seguro puede ser una obligación legal o contractual razón por la cual el ámbito de la aplicación del contrato de Seguro de Caución es amplio, pudiendo aplicarse a cualquier contrato, principalmente al de obra en diversas manifestaciones, pero también al de arrendamiento e incluso a un contrato preparatorio como el de promesa de compraventa, ilustrando así ese carácter resarcitorio del Seguro de Caución puesto que las aseguradoras involucradas no son obligadas a cumplir con la obligación dejada de cumplir, ya sea la edificación, el pago de la renta, el otorgamiento del contrato principal, sino son obligadas al pago de los perjuicios causados.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo con las principales características del Seguro de Caución en las legislaciones presentadas.

Cuadro 1
España

México



Argentina	España	México
<p>El Seguro de Caución se tiene incorporado a la actividad aseguradora desde los años 1960, aunque con una regulación escasa. Fundamentándose en el Decreto Ley 7,607/61, Ley 17,418 y Ley 20,091 artículo 7 literal b).</p>	<p>El Seguro de Caución es una institución regulada desde hace décadas, teniendo su fundamento específicamente en el artículo 68 de la Ley sobre Seguros 50/1980 que únicamente lo define.</p>	<p>El Seguro de Caución es de reciente regulación, a través de la Ley sobre el contrato de seguros del año 2013 y la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas del 2015.</p>
<p>No existe una definición legal de este.</p>	<p>La definición legal indica que por el Seguro de Caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato.</p>	<p>La Ley sobre contratos indica en el artículo 151 que de acuerdo con el contrato de Seguro de Caución la empresa de seguros se obliga a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites previstos en dicho contrato, al producirse las circunstancias acordadas en este en relación con el incumplimiento por el contratante del seguro de sus obligaciones legales o contractuales.</p>



<p>Se considera un verdadero contrato de seguro distinto a la fianza y que sin poseer regulación se ha desarrollado a través de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales que afirma que el Seguro de Caución es distinto a la fianza, porque es resarcitorio.</p>	<p>Ha sido desarrollado a partir de la definición establecida en la Ley y de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales derivadas de los conflictos principalmente entre beneficiario y aseguradora, existiendo fallos en los que se indica que la fianza y el Seguro de Caución no tiene la misma naturaleza.</p>	<p>A través de la legislación señalada el Seguro de Caución ha sido regulado más ampliamente que en los otros casos. Dentro de la cual se estipula sobre la póliza, el certificado de seguro, la falta de pago de la prima principalmente.</p>
<p>El Seguro de Caución tiene un carácter indemnizatorio de los daños y perjuicios.</p>	<p>Tiene un carácter indemnizatorio.</p>	<p>Tiene un carácter indemnizatorio.</p>
<p>Coexiste con la fianza operada por las mismas aseguradoras.</p>	<p>Coexiste con el seguro de crédito, figura con la que es estrechamente similar, diferenciándose por que el Seguro de Caución contempla como riesgo el incumplimiento de una obligación y el seguro de crédito la insolvencia del deudor.</p>	<p>Coexiste con la fianza operada por afianzadoras, ambas instituciones y entidades tanto aseguradoras y afianzadoras son reguladas en el mismo cuerpo normativo que es la Ley de Instituciones y Fianzas, en la que se regula ampliamente lo relativo a estas entidades.</p>
<p>Existen abundantes fallos judiciales de las Cámaras</p>	<p>Existen abundantes fallos judiciales de las Cámaras</p>	<p>Su legislación es reciente por lo que no se ubicaron</p>

Comerciales sobre el Seguro de Caución.	Comerciales sobre el Seguro de Caución.	resoluciones sobre esta institución
No existen disposiciones especiales sobre la póliza del Seguro de Caución.	No existen disposiciones especiales sobre la póliza del Seguro de Caución.	<p>Se regula con especificidad el contenido de la póliza del Seguro de Caución, la solicitud y el certificado. Estableciendo la Ley sobre el contrato de seguro que la póliza contendrá el plazo de vigencia del contrato que no puede superar los diez años, aunque puede ser prorrogada más de una vez por un plazo de un año en cada ocasión.</p> <p>Es necesario que la póliza contenga la cláusula por la que la aseguradora se obliga a emitir el certificado de caución en favor del asegurado y el cuál tendrá fuerza legal.</p>



Fuente: elaboración propia.

Parece importante mencionar que la Cámara de Comercio Internacional tiene un papel en el mundo de las garantías, porque esta entidad es una organización no gubernamental que reúne a empresas de muchos países, creada desde 1919 con el objeto de promover el comercio exterior y lo que conlleva este, como la disponibilidad de garantías. Dentro de los temas fundamentales en los que ocupa sus esfuerzos se encuentran los términos internacionales de comercio, el arbitraje y la mediación, la propiedad intelectual y legislación y tributos por decirlo de una manera abreviada,

porque el ejercicio y desarrollo del comercio conlleva esfuerzos en todos los ámbitos mercantiles.



Según Hoyos (2012), fue en los años de 1980 cuando la Cámara de Comercio Internacional mostró preocupación por el asunto de las garantías, porque se percató de que las garantías eran muy variadas, lo cual provocaba dificultad para uniformarlas y que su uso fuera extendido en los distintos países, además de la existencia de abusos con cierto tipo de fianzas y las entregas de dinero, como consecuencia de requerimientos que surgieron después de la II Guerra Mundial, razones por las cuales consideró que debía de dotarse al mercado de instrumentos ágiles y que limitaran el riesgo.

Por lo que la Comisión Bancaria de esta entidad se reunió con los sectores interesados para crear normas sobre garantías que pudieran utilizarse uniformemente en todo el mundo, especialmente para las garantías denominadas a primer requerimiento, como el compromiso firmado, como quiera que se denomine que disponga el pago contra la reclamación de un requerimiento conforme y la cual es independiente de la relación subyacente. Posteriormente en el año de 1994 se emiten las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales, teniendo como principal logro el haber establecido un sistema de ejecución y pago efectivo.

El interés de la Cámara de Comercio Internacional en las garantías es importante, porque ha intervenido para la emisión de normas de uniformidad en este ámbito que propician una mayor facilidad en la realización del comercio internacional y atrae inversión al país y debido a los sectores que intervienen en esas tareas se obtiene un equilibrio en beneficio del desarrollo económico y el resguardo de los derechos de los intervinientes en la constitución de garantías.

Otro aspecto importante a mencionar es que así como México tiene una larga trayectoria en la esfera de las fianzas ha provocado que las afianzadoras e instituciones interesadas se unan para realizar aquellas labores en beneficio y desarrollo de la actividad que realizan, también se han constituido asociaciones de carácter internacional con la finalidad de velar por el ámbito del seguro y crédito. Dentro de estas

entidades se puede mencionar como la más antigua a la *International Credit Insurance and Surety Association* fundada en 1926 que dio lugar desde los años 1950 a la *USAC* el Seguro de Caución que justo coincide con la época en la cual en Argentina se incorporó el Seguro de Caución modernamente.



Por su lado, la Asociación Panamericana de Fianzas se caracterizó en su creación por ser la única de su clase creada para el sector privado; es decir, que entre sus miembros solo se permitían a entidades privadas no estatales; sin embargo, en el año 2005 se modificaron sus estatutos para permitir la participación de instituciones estatales y a la fecha participan miembros de 35 países de tres continentes distintos. Su principal objetivo es promover la cooperación técnica y las relaciones comerciales entre sus miembros.

La creación de instituciones de este tipo es importante por las ventajas que aportan en general al ámbito de los seguros y las fianzas no solamente por los beneficios para sus miembros, sino, porque están en búsqueda del desarrollo y evolución de estas instituciones jurídicas y su adaptación a los cambios en el comercio.

Con los aspectos expuestos sobre la fianza mercantil y el Seguro de Caución se puede realizar una comparación entre estas figuras, para determinar las similitudes y diferencias, con el objetivo de definir la situación de su regulación y aplicación en el ámbito financiero, lo cual se presenta en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

Diferencias y equiparación del Seguro de Caución y la fianza mercantil

El Seguro de Caución y la fianza mercantil son instituciones jurídicas relacionadas en la esfera de las garantías, pero en Guatemala hasta antes del año 2010 no existía el primero y posteriormente fue incluida en la legislación eliminando la segunda por lo que, a continuación se presentan las diferencias entre ambas figuras y la situación de ambas en el país.

3.1 Diferencias entre el Seguro de Caución y la fianza mercantil

En 2010, el Congreso de la República aprobó el Decreto 25-2010 Ley de la Actividad Aseguradora como una respuesta a la necesidad de actualizar y modernizar la regulación para las sociedades anónimas aseguradora y de acuerdo los considerandos de dicha Ley debido a que el desarrollo económico y social requiere un sistema de seguros que sea confiable, solvente, moderno, competitivo y que a la luz del desarrollo de la actividad de seguros y fianzas desde los años 1950 que databa la legislación anterior era necesaria su actualización.

El Decreto 25-2010 surge de la iniciativa 3500 presentada al Congreso de la República en el año 2006, como un proyecto de ley aprobado por la Junta Monetaria a través de la Resolución JM-42-2006 señalando el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía que los aspectos más importantes son el objeto de ley de regular lo relativo a la organización, constitución, operaciones y actividades de las aseguradoras; la actividad de fianzas como Seguro de Caución asegurando que la fianza es conocido en el mercado internacional como Seguro de Caución; la posibilidad de establecer en el país sucursales aseguradoras extranjeras; lo relativo a los intermediarios de seguros y ajustadores independientes y el fortalecimiento patrimonial y solvencia con el capital pagado mínimo, el margen de solvencia y la reserva.



En el dictamen técnico-jurídico de la Superintendencia de Bancos sobre el proyecto de la Ley de la Actividad Aseguradora, se encuentran como antecedentes del proyecto los avances tecnológicos, el aumento de los acuerdos comerciales y las nuevas formas de hacer negocios y por ende nuevos intereses económicos que tienen incidencia en la actividad aseguradora y respecto del Seguro de Caución señala como parte de la eficiencia de la actividad aseguradora el Seguro de Caución.



Indicado que la actividad afianzadora está contenida en una normativa distinta a la de seguros, no obstante, presenta similares deficiencias en cuanto a la falta de claridad y unidad. Por su parte, internacionalmente el seguro de fianza se concibe como un Seguro de Caución y las aseguradoras están facultadas para la colocación de pólizas de fianzas, bajo la denominación indicada, tomando en cuenta que los negocios tienen muchas similitudes en cuanto a su operación y regulación (Superintendencia de Bancos, 2006 p. 113).

También se hace alusión que para aquel momento los interesados en negociar ambos contratos, debieran estar constituidos como dos sociedades distintas produciéndose duplicación de recursos y en ese sentido se plantea la sustitución de la fianza mercantil por el Seguro de Caución en la legislación guatemalteca y contratos, bajo la óptica de la eficiencia.

La Ley de la Actividad Aseguradora establece en los artículos 106 y 109 lo relativo al Seguro de Caución dentro de las disposiciones finales y transitorias, disponiendo en el artículo 106 que al iniciar la vigencia de la Ley las empresas autorizadas para operar como afianzadoras, por ley, adquieren la naturaleza de aseguradoras para operar seguros de caución y en sentido amplio el artículo 9 realiza la sustitución de la institución de la fianza y las afianzadoras a través de la afectación de los artículos del 1024 al 1038 señalando que debe entenderse fianza como Seguro de Caución, afianzadora como aseguradora y reafianzamiento como reaseguro.

3.2 Determinación de las diferencias entre el Seguro de Caucción mercantil



La fianza mercantil y el Seguro de Caucción son dos instituciones jurídicas que se han vinculado por algunos elementos que guardan en común o similitudes que definitivamente no las hacen iguales, como su relación con la seguridad patrimonial y que parte de la utilización de los términos indistintamente han provocado confusión, en este sentido Díaz (2009) puntualiza que una cosa es la obligación de fianza y otra muy diferente el contrato del mismo nombre. Respecto a esas similitudes y diferencias Garrigues (1982) señala que el Seguro de Caucción es un contrato de características muy especiales que a la vez se parece y se diferencia de la fianza.

De esas similitudes se pueden mencionar que ambas son contratos de tipo mercantil operados dentro de la actividad comercial, nominados en la legislación, aunque en el caso de Guatemala no han tenido una existencia simultánea. Al ser contratos de carácter mercantil implica que ambos están sujetos a los principios rectores en la contratación mercantil de la buena fe y la verdad sabida.

En cuanto a la tipicidad como contratos, no sería oportuno afirmar esta característica para ambas instituciones, porque el contrato de fianza en su ámbito de validez temporal si gozaba de esa característica al existir un conjunto de normas jurídicas dentro del Código de Comercio de Guatemala que regulaba algunas situaciones referentes a esta como su aplicabilidad, el contenido de la póliza, la solidaridad de la afianzadora, la exigibilidad de la contragarantía, la subrogación y el reafianzamiento.

Mientras que el Seguro de Caucción no fue legislado con su propia normativa, sino por el contrario el efecto del artículo 109 de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República es la aplicación de las mismas normas jurídicas contenidas en los artículos del 1024 al 1038 del Código de Comercio de Guatemala que pertenecían a la fianza al Seguro de Caucción, provocando que la tipicidad sea una cuestión dudosa al señalar que existen normas jurídicas que la regulan, pero no como propias, por lo que formalmente el Seguro de Caucción es un contrato típico, pero no de fondo o en esencia.



La fianza y el Seguro de Caucción también comparte la característica de onerosidad, porque la actividad del afianzamiento y aseguradora se catalogan como actividades de comercio y el fin de estas es el lucro por parte del comerciante que las desarrolla, en este sentido el artículo 2 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República indica que son comerciantes aquellos sujetos que en nombre propio y con el ánimo de lucrar desarrollan determinadas actividades que se enuncian, dentro de la cuales en el numeral tercero se indica la banca, seguros y fianzas, aunque para el caso de Guatemala en la actualidad ya no comprende la fianza.

En cuanto a su forma, ambos contratos se documentan principalmente a través de la póliza, considerándola su elemento formal y que de igual forma deben llenar los requisitos establecidos en el Código de Comercio de Guatemala, los cuales eran para la fianza, según el artículo 1,025:

- a. El lugar y fecha de emisión.
- b. Los nombres y domicilios de la afianzadora y del fiado.
- c. La designación del beneficiario.
- d. La mención de las obligaciones garantizadas, su monto y circunstancias de la garantía.
- e. La firma de la afianzadora, la cual podía ser autógrafa.

Y que de conformidad con la Ley de la Actividad Aseguradora en la actualidad deben interpretarse como requisitos para la póliza del Seguro de Caucción, aunque el contrato de seguro en general en el artículo 887 del Código de Comercio de Guatemala establece que la póliza del seguro debe contener los siguientes requisitos:

- a. Lugar y fecha de emisión.
- b. Nombres y domicilio del asegurador y asegurado y la expresión en su caso que el seguro se toma por cuenta de un tercero.
- c. La designación de la persona o cosa asegurada.
- d. La naturaleza de los riesgos cubiertos.
- e. El plazo de vigencia del contrato, indicando su forma de cómputo, indicando su inicio y finalización.



- f. La suma asegurada.
- g. La prima o cuota del seguro y su forma de pago.
- h. Las condiciones generales y otras estipulaciones entre las partes.
- i. La firma del asegurador, la cual podrá ser autógrafa.

La forma que adopta el contrato es a través de una póliza, cuyos requisitos están contenidos en la ley; sin embargo, en el caso del seguro es más específica, delineando los elementos y particularidades del contrato. También se puede agregar que se tratan de contratos de adhesión siendo las mismas reglas de interpretación contenidas en el artículo 672 del Código de Comercio de Guatemala y que ya se habían señalado para la fianza en el apartado correspondiente, resaltando que por ser de este tipo de contrato sus estipulaciones se interpretan en favor del sujeto que no participa en su redacción.

Otra similitud que guardan es que el afianzado y el beneficiario del seguro no tienen obligaciones principales directas, salvo por aplicación general en el Seguro de Caución debe avisar de forma inmediata ante el asegurador del acaecimiento del riesgo, para que el asegurador pueda realizar los actos que a su consideración sean necesarios y que, aunque es el principal interesado en el momento del siniestro los tribunales argentinos se han manifestado que no es una obligación para este sujeto proporcionar los elementos probatorios sobre el incumplimiento de la obligación relacionada, así como la posible utilización de la cláusula a primer requerimiento que también evita esa situación.

Respecto del sujeto que presta la fianza y el seguro existe la similitud que en Guatemala hasta antes del 2010 las afianzadoras y las aseguradoras tenían su propia normativa jurídica que determinada para cada una que para operar estos contratos respectivamente debían estar constituidas como sociedades anónimas con un objeto social exclusivo, autorizadas para operar por la Junta Monetaria y fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos.

En el caso de las afianzadoras, Aguilar (2008) indica que se encontraban reguladas y el Código de Comercio, el Decreto 403 del Congreso de la República de Guatemala y el Decreto 470 del presidente de la República y que su capital fundacional mínimo debía

de ser de dos millones de quetzales. Asimismo, el artículo 12 del Código de Comercio de Guatemala dispone que los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y otras análogas se rigen en su forma, organización y funcionamiento por la disposiciones del mismo Código en lo que no contravengan sus leyes y disposiciones especiales por lo que se consideraban todas estas como sociedades anónimas especiales.



De acuerdo con lo señalado en el punto anterior en Guatemala la fianza mercantil como contrato dejó de existir y así también las afianzadoras para dar paso al Seguro de Caución, sin regular directamente el Seguro de Caución y tal como se puede apreciar en el dictamen de la Superintendencia de Bancos señala que el Seguro de Caución y la fianza son similares, pero no iguales, pero esas semejanzas no se refieren a la esencia del contrato. Tomando en consideración lo expuesto en los capítulos anteriores sobre ambas instituciones jurídicas se pueden diferenciar por su función y elementos.

Hoyos (2012) indica que gran parte de la jurisprudencia española parece tener claro que una cosa es la fianza y otra el Seguro de Caución, en ese sentido el Tribunal Supremo de España en el 2003 indicó que mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento mientras que el Seguro de Caución el asegurador se obliga a resarcir al acreedor los daños y perjuicios producidos.

En consecuencia, la naturaleza jurídica de cada una de las instituciones es distinta, la fianza es una garantía de carácter personal en la cual afianzadora toma el carácter subsidiario totalmente de la obligación comprometiéndose a responder por el cumplimiento de esta, mientras que el Seguro de Caución tiene un carácter indemnizatorio de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación no de la obligación en sí misma y considerando que el Seguro de Caución tiene la finalidad de evitar dar una caución real al tomar una obligación como garantía de los posibles daños y perjuicios que ocasionan la inejecución del contrato.



La fianza es una garantía personal, porque una persona jurídica toma la obligación de responder por ella como si fuera propia, mientras que el Seguro de Caución tiene un carácter resarcitorio de los daños y perjuicios, la aseguradora nunca toma la obligación como propia, sino asume el riesgo de un incumplimiento de una obligación contractual o legal y las consecuencias de la falta que son los daños y perjuicios de tal situación.

Respecto al sujeto que opera el contrato tomando la obligación frente al acreedor es otra de las diferencias, porque de la fianza es una afianzadora como lo era en Guatemala cuando estaba vigente este contrato y la Ley de Afianzadoras o el caso de México que las regula como sociedades anónimas a las instituciones de fianza, mientras que el seguro debe ser operado necesariamente por la sociedad anónima aseguradora autorizada para operar el ramo de caución, pero puede operar también en los otros ramos de seguro si ha sido constituida con ese objeto y como se indicó anteriormente tanto afianzadoras como aseguradoras son sociedades anónimas con un objeto exclusivo sin embargo puede una operar en ambos ámbitos.

Respecto de los sujetos en ambas figuras intervienen tres sujetos, las relaciones entre ellas no son las mismas, porque entre el fiador y el fiado existe una solicitud de fianza y la póliza se otorga al beneficiario quedando los tres vinculados directamente al constituirse la fianza, mientras que en el Seguro de Caución en el contrato es directamente entre aseguradora y tomador contenido en la póliza y el beneficiario tiene a su favor un derecho contenido en el certificado, existiendo dos relaciones jurídicas claramente diferenciadas y separadas, existiendo la probabilidad que en el futuro el beneficiario tenga que reclamar el derecho que otro ha contratado a su favor.

La fianza se cataloga como un contrato accesorio que depende de la obligación principal que garantiza, siendo el objetivo cumplir por el fiado y como contrato accesorio sigue la suerte del principal en cuanto a su contenido, modificaciones, novaciones y extinción, lo cual es importante tomar en cuenta en la negociación de las fianzas, porque si se diera una de estas circunstancias la fianza definitivamente resulta afectada y debería ser una circunstancia a tomar en consideración al negociar la fianza y establecerlo en la póliza. Mientras que el Seguro de Caución es un contrato principal

por lo que definitivamente tiene una estrecha relación con la obligación vinculada con el riesgo, pero, el seguro es independiente a la otra obligación.



Una diferencia sustancial es que en el contrato de fianza, la afianzadora toma la obligación con carácter solidario de conformidad con el artículo 1,027 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de Guatemala, lo cual implica que de conformidad con el Código Civil Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno, las obligaciones solidarias provocan que los deudores respondan de la totalidad de la obligación si así se le exigiere, incluso antes que al principal obligado, porque el artículo 1,352 establece que la obligación mancomunada es solidaria cuando varios deudores están obligados a la misma cosa, de manera que todos o cualquiera de ellos puede ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación y el pago hecho por uno de ellos libera a los demás.

En este sentido, la solidaridad es incompatible con el derecho de excusión que se permite dentro de la fianza civil y lo confirma el ya citado artículo 1,027 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala al señalar que la afianzadora no goza del derecho de excusión, como facultad propia del fiador en la fianza en general, de oponerse al cumplimiento de su obligación de pagar la prestación debida antes del principal deudor, según el artículo 2106 del Código Civil Decreto Ley 106 que dispone que no puede compelerse al fiador a pagar al acreedor sin previa excusión de los bienes del fiado.

Este derecho de excusión no tiene lugar en ciertas circunstancias el artículo 2107 numeral 2° del Código Civil Decreto Ley 106 del jefe de Gobierno dispone que en caso el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor. Por lo tanto, de forma expresa la ley señala que las afianzadoras responden de forma directa por la obligación garantizada, teniendo como efecto que pueden ser requeridas de pago antes que el deudor principal.

Situación que es distinta en el Seguro de Caucción por su esquema, porque la aseguradora debe pagar la indemnización al ocurrir el siniestro, ante la negativa de pago de la obligación por el deudor, por lo que de ninguna manera la aseguradora es



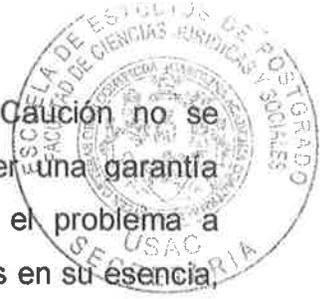
obligada solidaria, porque su prestación se limita al pago de la suma asegurada en calidad de daños y perjuicios toda vez la obligación sea exigible y el deudor no ha cumplido, cuestión que si bien no le corresponde al beneficiario probar, la aseguradora debe corroborar por sus medios la realidad del siniestro.

En cuanto a la documentación de los contratos, ambos se formalizan a través de la emisión de la póliza como se indicó entre las similitudes, pero en el caso del Seguro de Caución no solamente es necesaria la póliza, sino también la solicitud del tomador para manifestar el interés y sobre todo para facilitarle a la aseguradora la información necesaria para realizar el análisis del riesgo y su conveniencia de tomarlo así como poder determinar las estipulaciones al mismo como la prima. El tercer documento necesario es el certificado el cual es expedido en favor del beneficiario, en el cual se señala el derecho que le corresponde y en caso fuere necesario lo exhiba.

El objeto de enumerar los requisitos que el Código de Comercio de Guatemala dispone para cada una de las pólizas es poder comparar el contenido de estas, determinado que la póliza del Seguro de Caución es más específica, porque los elementos en común son requisitos de forma como el lugar y la fecha, los nombres y domicilios de los sujetos y la firma del obligado; es decir, la afianzadora y la aseguradora. Mientras que en la póliza del Seguro de Caución es indispensable indicar lo relativo al riesgo que cubre, el plazo de vigencia, la suma asegurada, la prima y lo relativo a su pago, además de estipulaciones concretas, que son elementos propios del contrato de seguro.

De conformidad con la disposición ya indicada, de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República, en la cual establece que toda disposición sobre fianza debe entenderse como Seguro de Caución, se puede interpretar que los requisitos establecidos para la póliza de la fianza son los que se debe observar para el Seguro de Caución, pero, a la vez, por ser una clase de seguro también se deben observar los requisitos de la póliza del seguro, lo cual la hace más completa, aunque siendo incompatible con la naturaleza de esta clase de seguro el requisito de la póliza de la fianza que indica que debe señalarse las obligaciones garantizadas y el monto de estas, siendo más adecuado que se señale el riesgo

asegurado, porque como se ha indicado a través del Seguro de Caución no se garantizan obligaciones puesto que esa no es su finalidad al no ser una garantía personal y es precisamente en estas circunstancias donde radica el problema a investigar, porque a dos instituciones que son similares, pero no iguales en su esencia, por disposición legal deben aplicársele las mismas normas jurídicas.



Bulló (2001) afirma:

Mientras que la garantía que asume el asegurador en el Seguro de Caución se encuentra constituida a partir de los principios del seguro por aplicación de sus principios técnicos, en la fianza no se vislumbra técnica alguna para su determinación. (p. 582).

Por lo que, derivado de las notas señaladas, la naturaleza de la fianza y del Seguro de Caución hace que la operatividad sea distinta, puesto que el Seguro de Caución de ninguna manera puede quedar fuera de los principios, normas jurídicas y técnicas propias de los seguros. Continúa Bulló (2001), quien en forma estricta indica:

El asegurador debe utilizar como herramienta técnica el cálculo de probabilidades estadístico sobre la base de hechos pasados, estableciendo la frecuencia y la intensidad tal como se efectúa habitualmente en cualquier contrato de seguro que intente analizarse, todo, lo cual no ocurre en la fianza. (p. 582).

Estas afirmaciones no pueden ser obviadas puesto que ilustran un aspecto muy práctico de la aplicación de ambas figuras, por lo que considerar la fianza y el Seguro de Caución como equivalentes, es disminuir en sus caracteres y esencia al Seguro de Caución.

Las notas doctrinarias y las normas legales, aunque escasas en Guatemala y el desarrollo jurisprudencial en otras legislaciones, permiten determinar esas diferencias entre la aparente similitud de funciones de la fianza mercantil y el Seguro de Caución en el ámbito patrimonial. A continuación, se presentan de forma concisa esas diferencias.

Cuadro 2



Fianza mercantil	Seguro de Caución
El término fianza etimológicamente proviene del latín y significa confianza, seguridad, hacer firme, sostener, fiar, hacer que otro confíe.	El término caución proviene del latín <i>cautio</i> que significa precaver, cautela, protección.
Es un contrato mercantil que permite el otorgamiento de una garantía personal.	Es un contrato mercantil que tiene carácter resarcitorio, teniendo como objeto la cobertura de los daños y perjuicios de un riesgo patrimonial.
Su naturaleza jurídica es garantizar el cumplimiento de una obligación tomándola como propia para dar seguridad de la observancia de esta, se considera una garantía personal.	Su naturaleza jurídica radica en indemnizar los daños consecuencia del incumplimiento de una obligación legal o contractual.
Intervienen tres sujetos que son la afianzadora, el fiado y el acreedor en su constitución, siendo determinante su intervención también para su cancelación.	Intervienen dos sujetos: la aseguradora y el tomador del seguro creando derechos para un tercero denominado beneficiario, configurándose dos relaciones jurídicas distintas que solo convergen en caso de siniestro.
La afianzadora adquiere la obligación de forma solidaria, sin derecho a excusión.	La responsabilidad de la aseguradora frente al beneficiario solo es exigible en caso de siniestro.
Es un contrato de carácter accesorio por lo que sigue la suerte del principal,	Tiene un carácter autónomo y se considera un contrato principal por lo que



dependiendo directamente de este.	no depende de la obligación legal o contractual que es parte del riesgo.
El elemento formal es la póliza.	Existen tres documentos idóneos para su configuración y perfeccionamiento: la solicitud, la póliza y el certificado. El contenido de la póliza es más específico.
El contenido de la póliza es más sencillo debido a sus elementos.	La póliza contiene más requisitos debido a la existencia del elemento riesgo y siniestro entre otros.
El elemento objetivo se conforma por la obligación del fiador de responder por la deuda y la obligación de pagar la prima.	El elemento objetivo se conforma por el riesgo, el siniestro, la obligación de indemnizar y la prima.
Puede ser objeto del contrato de reafianzamiento.	Al ser un contrato de seguro es muy probable que sea objeto de reaseguro.
Existe la figura del cofianzamiento, a través del cual dos o más afianzadoras otorgan fianza ante un mismo beneficiario por un mismo fiado.	No se contempla una figura de este tipo.

Fuente: elaboración propia

3.3 Inequivalencia del Seguro de Caución y la fianza mercantil

En los capítulos anteriores se ha presentado el esquema de cada una de las instituciones jurídicas objeto de esta investigación, así como la situación de la fianza y el Seguro de Caución en tres legislaciones distintas con el fin de ilustrar y poder

comprender las motivaciones de la modificación que sufre la legislación guatemalteca en materia de seguros en el año 2010, considerando como positiva la emisión de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República, porque la legislación existente sobre la actividad desarrollada por las aseguradoras principalmente, no así específicamente con el contrato de seguro, se encontraba dispersa en disposiciones normativas con cierta característica de antigüedad.



La aprobación de la Ley de la Actividad Aseguradora fue el resultado de la propuesta por la administración pública financiera y, por lo tanto, bien vista no solo para actualizar la normativa, sino para el cumplimiento de los Acuerdos de Basilea en Guatemala, sobre todo en la eficacia de la fiscalización y gestión de riesgos. Guatemala era uno de los países en los cuales no se operaba el Seguro de Caución que como ya se ha indicado no es nuevo; sin embargo, la forma en que fue incluido esta clase de seguro no fue la apropiada, porque destina únicamente dos artículos transitorios para introducirlo.

A través de los artículos 106 y 109 de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la Republica se realizan las modificaciones al contrato de fianza mercantil y convierte a las sociedades anónimas afianzadoras, indicando en el tercer párrafo del artículo 106 que a partir de la vigencia de dicha ley, toda referencia relativa al contrato de fianza o al de reafianzamiento en la legislación general y en contratos suscritos en Guatemala, debe entenderse como Seguro de Caución y reaseguro de Caución, con los mismos alcances y efectos, sin que pierdan su eficacia ni sea necesaria su modificación.

Estas disposiciones no solamente introdujeron el Seguro de Caución como una clase más de seguro en Guatemala, sino también sustituyeron la fianza, preservando la misma regulación aplicable al contrato y realizando una sustitución de denominación, no de fondo, porque para el Seguro de Caución no fueron creadas normas jurídicas específicas al indicar el artículo 109 que en el Capítulo XII, Título II artículos del 1024 al 1038 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala el término fianza debe aplicarse el termino Seguro de Caución.



En razón de esto, se afirma que el Congreso de la República de Guatemala, al aprobar estas disposiciones transitorias como parte de la Ley de la Actividad Aseguradora que, según su cuarto considerando, en el cual se indica que por el desarrollo experimentado en la actividad de seguros y de fianzas es necesario emitir una normativa que coadyuve al crecimiento, modernización y competitividad y que, además, permita una adecuada regulación prudencial de los riesgos asumidos por las entidades de seguros y fianzas con un enfoque preventivo, equiparó el Seguro de Caución con la fianza.

Esta equiparación o equivalencia que se hace de una institución jurídica por otra, es improcedente o inadecuada en virtud que si bien los términos de fianza y caución han sido utilizados como referentes a garantías en general puesto que se relacionan con seguridad y certeza en el cumplimiento de obligaciones y que en determinados tiempos como es el caso de Argentina que la década de 1960 surgió el Seguro de Caución con una función mixta, como lo señala Díaz (2009) cuando se utiliza el término fianza no necesariamente es equivalente a referirse al contrato de fianza.

Bulló (2001) afirma que existe una similitud entre el Seguro de Caución y las garantías para el cumplimiento de obligaciones, como el caso de la fianza y en consecuencia podrán utilizarse para la interpretación del Seguro de Caución, principios generales de otras garantías, pero sin desnaturalizar el Seguro de Caución, así como su técnica específica y el derecho de seguros, enfatizando que el Seguro de Caución puede ser similar a la fianza, pero no se tratan de los mismo, puesto que su naturaleza es distinta.

Situación por la cual se ha realizado el análisis del Seguro de Caución y fianza y se han determinado sus similitudes y diferencias, siendo estas últimas de fondo, porque la naturaleza jurídica de cada una de ellas es distinta, la fianza por su parte como lo han indicado los tribunales españoles garantizan el cumplimiento de la obligación, porque de no cumplir el deudor, el fiador lo hará con un carácter solidario y, por lo tanto, con el derecho de repetir, mientras que el Seguro de Caución se previene una situación consistente en el incumplimiento de una obligación y se busca el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, con la ventaja de no hacer entrega de una garantía real y

no afectar patrimonialmente al deudor en el momento de contraer la deuda con la limitación inmediata de sus activos.



Tomando en consideración las otras diferencias establecidas anteriormente, la intervención de los sujetos en el momento de la contratación de la fianza o el Seguro de Caución, la responsabilidad de la afianzadora y de la aseguradora, la documentación emitida para su funcionamiento, entre otras, permite percatarse que en virtud de la naturaleza que cada una tiene, sus efectos y alcances son distintos y no es posible señalar que son equivalentes y darles un tratamiento legal como si lo fueran.

3.4 Desacierto de la sustitución de la fianza mercantil por el Seguro de Caución

Tal como se manifiesta en el apartado anterior, al establecer las diferencias entre la fianza y el Seguro de Caución, permite afirmar que si bien guardan similitudes y se pueden ubicar en el ámbito de las garantías financieras técnicamente el fin que persiguen son distintos, ampliamente señalado por la jurisprudencia argentina y española. Se considera positivo la inclusión del Seguro de Caución en la normativa jurídica guatemalteca, similar al caso de México en el sentido que su incorporación es reciente y los expertos señalan que el Seguro de Caución tiene varias ventajas y aspectos positivos que puede ser muy bien aprovechados en el ámbito de los negocios jurídicos y las contrataciones puesto que su ámbito es amplio y permite al sujeto interesado desarrollar su actividad con mayor flexibilidad.

Pero se considera un desacierto del Congreso de la República de Guatemala, sostener que una de las circunstancias consideradas para la emisión de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República es el desarrollo de la actividad de seguros y fianzas y la necesidad de una adecuada regulación con carácter prudencial sobre los riesgos asumidos por entidades de seguros y de fianzas y destinar dos artículos transitorios para hacer esa modificación, porque esa no es la normativa adecuada, porque ha generado incertidumbre e inseguridad jurídica.

Sin embargo, el mayor desacierto del Congreso de la República de Guatemala es no regular el Seguro de Caución apropiadamente, considerando su propio concepto, naturaleza jurídica, elementos subjetivos, modalidades o clases, plazos de validez principalmente, porque como el mismo Dictamen de la Superintendencia de Bancos y la manifestación del Ministerio de Economía señala, la fianza y el Seguro de Caución son figuras similares y que en el mercado internacional la fianza es conocida como Seguro de Caución, pero no indica el basamento de dicha afirmación, careciendo de respaldo científico y si bien es cierto existen países en los que aseguradoras operan seguros denominados de fianza o caución no se trata del contrato de fianza en sí mismo.



Para el mes de julio de 2019, la Superintendencia de Bancos reporta 28 compañías de seguros dentro de las instituciones supervisadas, siendo las siguientes:

1. Departamento de Seguros y Previsión de El Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala.
2. Seguros G&T, S.A.
3. BMI Compañía de Seguros de Guatemala, S. A.
4. Seguros Universales S. A.
5. ASSA Compañía de Seguros de Guatemala, S. A.
6. Pan-American Life Insurance de Guatemala, Compañía de Seguros, S.A.
7. Ficohsa Seguros, S. A.
8. Aseguradora General, S. A.
9. Seguros El Roble, S. A.
10. Aseguradora Guatemalteca, S. A.
11. Aseguradora Confío, S. A.
12. Aseguradora La Ceiba, S. A.
13. Aseguradora de los Trabajadores, S. A.
14. Columna, Compañía de Seguros S. A.
15. MAPFRE Seguros Guatemala, S. A.
16. Seguros Agromercantil, S. A.
17. Aseguradora Rural, S. A.
18. Departamento de Fianzas de El Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala
19. Afianzadora Guatemalteca, S. A.



20. Afianzadora G&T S. A.
21. Aseguradora Fidelis S. A.
22. Aseguradora Solidum S. A.
23. Fianzas El Roble S. A.
24. Seguros Privanza S. A.
25. Seguros Confianza S. A.
26. Aseguradora Solidaria S. A.
27. Afianzadora La Nación S. A.
28. Bupa Guatemala, Compañía de Seguros S. A.

Dentro de ese listado se pueden ubicar algunas sociedades que aún conservan la denominación de afianzadoras, que por ministerio de ley como señala el artículo 106 de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala adquirieron la calidad de aseguradoras.

Asimismo, la mayoría de las aseguradoras ofrecen como parte de sus servicios las fianzas a través de una amplia lista de fianzas como de fidelidad, administrativas como de anticipo, calidad, saldos deudores, interés fiscal, reforestación ante el Instituto Nacional de Bosques, de importación temporal de mercaderías, de impacto ambiental, de discrepancia, las judiciales, tanto el ramo civil, penal, laboral, así como las exigidas por la ley:

- a. Para reclutadores de empleados.
- b. Agente de aduanas.
- c. Porteador de mercaderías.
- d. Promoción comercial
- e. Gestor de la Superintendencia Tributaria
- f. Policía particular.
- g. Explotación minera.
- h. Courier.
- i. Patente de licores.
- j. Transporte de material peligroso.
- k. Subasta de frecuencias.



Lo anterior se considera una práctica incorrecta derivada de la forma inadecuada de regulación del Seguro de Caución, puesto de que los artículos transitorios 106 y 109 de la Ley de la Actividad Aseguradora se comprende que al sustituir la fianza por el Seguro de Caución, las afianzadoras por las aseguradoras, unos términos por otros, era con la finalidad de realizar la sustitución y el cambio, pero no para su utilización permanente de unos u otros términos como equivalentes, dejando entender que lejos de que la regulación fuera la adecuada para la fianza y el seguro en cuanto a riesgos que como ya se indicó era la finalidad, se ha creado una situación de incertidumbre y falta de certeza debido a que en principio la fianza ya no existe, pero se sigue contratando.

A pesar de que las afianzadoras que estaban autorizadas para el año 2010 se convirtieron en aseguradoras para operar el Seguro de Caución, lo cual implicaba una serie de cambios, no lo han visto así, porque de una forma práctica aplican el Seguro de Caución y la fianza como equivalentes, eso indica que el cambio sustancial en la modernización del ramo del seguro no se logró.

En relación con la falta de certeza y seguridad jurídica que provoca la forma de la regulación del Seguro de Caución, también trasciende al ámbito financiero entre sujetos autorizados para intervenir, porque en el año 2012 se dictó sentencia por la Corte de Constitucionalidad de la inconstitucionalidad general parcial presentada mediante el expediente 938-2011 planteada por la entidad Fianzas Universales Sociedad Anónima alegando la inconstitucionalidad del numeral 3 de la literal d del artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Los argumentos señalados por el solicitante consisten en que dicha disposición permite a las instituciones bancarias prestar fianza a las instituciones bancarias y debido a lo dispuesto por la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República que señala que la fianza debe entenderse como Seguro de Caución y las aseguradoras para poder operar esta clase de seguros deben cumplir con todos los requisitos establecidos en dicha ley y las resoluciones de la Junta Monetaria, se violentan los principios constitucionales de igualdad al permitirse que los Bancos puedan operar la fianza que sería Seguro de Caución sin que se les exija el

cumplimiento de los requisitos como a las aseguradora y los principios del régimen económico y social de Guatemala contenidos en el artículo 118 de la Constitución Política de la República de Guatemala en cuanto a la justicia social y la obligación del Estado de orientar la economía nacional.



De los argumentos evacuados en la audiencia correspondiente el presidente de la Junta Monetaria manifestó que las fianzas que otorgan los Bancos son parte de sus operaciones calificadas de pasivos contingentes que son propias de los negocios bancarios, atendiendo a la normativa prudencial y la especialización de operaciones que el propio ordenamiento jurídico nacional establece. Las entidades bancarias no pueden otorgar cualquier tipo de fianzas, porque existen otras entidades especializadas en dicho negocio, como las afianzadoras reguladas por la Ley de la Actividad Aseguradora.

También se pronunció sobre la regulación aplicable a bancos y aseguradoras y el deber del Estado de velar por el principio de justicia social, porque a su consideración las entidades bancarias y las sociedades afianzadoras deben cumplir, las primeras, con la Ley de Bancos y Grupos Financieros; y las segundas, con la Ley de la Actividad Aseguradora, para asegurar el capital, el ahorro y la inversión. La intervención del Estado se reduce a brindar seguridad a los usuarios que traban relación con los bancos o con las aseguradoras, siendo la justicia social un principio que únicamente le corresponde al Estado realizar y no a empresas particulares siendo deber del Estado realizar un programa que satisfaga las necesidades de los ciudadanos en materia del régimen económico y social.

Por su parte, El superintendente de Bancos expuso: a) de conformidad con la doctrina, la fianza es una garantía de carácter personal, en virtud de la cual una persona asegura el cumplimiento de una deuda u obligación mediante la existencia de un fiador; el fiador es una tercera persona, ajena a la deuda, que garantiza el cumplimiento de la obligación en caso de que el deudor no cumpla. En el ordenamiento legal guatemalteco, se pueden distinguir dos clases de fianzas, la fianza de crédito o fianza civil, regulada en el artículo 2100 del Código Civil, la cual puede ser prestada por cualquier persona, incluyendo a los bancos autorizados para operar como tales y la



fianza mercantil, regulada en el artículo 1,024 del Código de Comercio de Guatemala, las cuales únicamente pueden ser otorgadas por las aseguradoras autorizadas de conformidad con la ley.

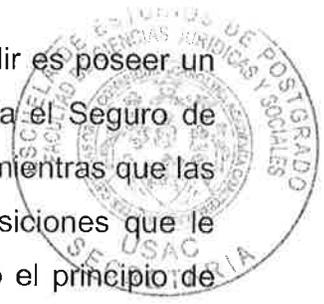
El Ministerio Público al emitir su pronunciamiento manifestó que en el caso que expone el accionante no se trata de una desigualdad, sino de una omisión legislativa al no haber incluido a las entidades bancarias dentro de las disposiciones del Decreto 25-2010 del Congreso de la República Ley de la Actividad Aseguradora, siendo esa omisión una ausencia de normas más no una contravención a las normas superiores. Este argumento se considera desafortunado en el sentido que, de conformidad con los alegatos esgrimidos por este ente, el problema radica en la falta de inclusión de los bancos en la Ley de la Actividad Aseguradora.

El Congreso de la República por su parte únicamente solicitó que se dictara la resolución que en derecho corresponda. Lastimosamente el Organismo Legislativo no se pronunció al respecto, porque al ser el emisor de las disposiciones normativas, cuya interpretación estaban dando lugar a la acción se hubiera obtenido una interpretación auténtica que revelara el sentido de las disposiciones.

De las anteriores posiciones de las entidades públicas respecto a la solicitud del accionante sobresalen las de la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos a través de sus representantes al entrar a manifestarse de forma específica sobre la fianza indicando que la fianza que operan los Bancos es limitada al ámbito de sus operaciones de intermediación financiera mientras que las aseguradoras pueden operar todo tipo de fianzas.

La Corte de Constitucionalidad al resolver consideró las manifestaciones de los intervinientes, resolviendo que la denominación del contrato de fianza mercantil ha sido sustituida por la de Seguro de Caución y las empresas autorizadas para prestarlas son las aseguradoras constituidas de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Actividad Aseguradora y las empresas que fueron autorizadas para operar como afianzadoras, las cuales adquirieron la calidad de aseguradoras para operar el Seguro de Caución, al entrar en vigencia esa ley, según su artículo 106.

Uno de los requisitos específicos que dichas entidades deben cumplir es poseer un monto mínimo de capital pagado inicial para operar en forma exclusiva el Seguro de Caución o para operar en todos los ramos de la actividad aseguradora, mientras que las actividades de los bancos son dentro de otro ámbito y son las disposiciones que le aplican son distintas. Por lo que resolvió que no se estaba violentando el principio de igualdad reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala.



Además, el máximo tribunal constitucional estimó que las disposiciones de la Ley de la Actividad Aseguradora no pueden ser aplicables a las entidades bancarias y que estas están sujetas a disposiciones especiales en cuanto la evaluación y control del riesgo. En ese sentido, afirma que el afianzamiento que brindan las entidades bancarias y las aseguradoras son disímiles, pues las otorgadas por las primeras constituyen garantías de contrataciones bancarias y las brindadas por las segundas son seguros de caución de cualquier obligación mercantil no bancaria; además, tanto la Ley de Bancos y Grupos Financieros como la Ley de la Actividad Aseguradora constituyen la base de la regulación dirigida a obtener el debido cumplimiento de las obligaciones que las entidades que se rigen por esas leyes contraen frente a sus usuarios, con el fin de garantizar los intereses sociales y económicos de estos.

Con base en dicho razonamiento, declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial planteada en relación con la interpretación que realizó el accionante, como consecuencia de las disposiciones de la Ley de la Actividad Aseguradora en relación con la fianza y al Seguro de Caución. La cual nos ilustra las interpretaciones que se han realizado como consecuencia de los artículos 106 y 109 de dicho cuerpo normativo, porque en dichos artículos no se hizo reserva o excepción en que ámbitos se debía de entender como Seguro de Caución operado por las sociedades aseguradoras autorizadas para operarlos.

Considerando lo expuesto, se afirma que las disposiciones sobre el Seguro de Caución y la fianza en la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala constituyen un desacierto del órgano legislativo y del sector de la administración pública del sector financiero al provocar, más allá de la sustitución de los términos, la falta de regulación propia del Seguro de

Caución y la generalidad con que se hizo dichas modificaciones generando diversas interpretaciones y falta de certeza jurídica.



3.5 Efectos de la introducción del Seguro de Caucción a la legislación guatemalteca

Se ha expuesto que, en la actualidad, la legislación de Guatemala contempla el Seguro de Caucción a través de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República, como consecuencia de la actualización de la normativa sobre la actividad en el ramo de los seguros, la cual se encontraba en varios aspectos relegada de la realidad en esta materia. Por lo que han pasado algunos años desde el inicio de la vigencia de dicha ley en el año 2011 y en consecuencia de las modificaciones que esta introdujo respecto de la incorporación del Seguro de Caucción, de la extinción de las afianzadoras como tales y la adopción de la forma de aseguradoras.

Por lo que a través de la investigación realizada, se han podido identificar algunos efectos y situaciones que generó la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República en el ámbito de las operaciones de seguros, a consideración de personas cuyas actividades profesionales se desenvuelven en el ramo de los seguros en Guatemala, tomando en consideración que no solamente se incorporó esta clase de seguro que no se preveía en absoluto en el Código de Comercio de Guatemala, sino la sustitución del contrato de fianza mercantil.

Las apreciaciones sobre la fianza mercantil sugieren que esta se encuentra regulada en el Código de Comercio y en la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República y que su aplicación es más común en el ámbito público, aunque en el ámbito privado también existen. Sin embargo, también se refirieron a esta expresamente como Seguro de Caucción. Lo cual sugiere que si existe el conocimiento respecto que la fianza mercantil fue sustituida por el Seguro de Caucción.

Respecto el Seguro de Caución señalaron que se utiliza para garantizar el incumplimiento de obligaciones, que es un instrumento financiero que apoya a los contratistas y que se origina en un contrato. Sin embargo, también señalaron que es Seguro de Caución o fianza y que la aseguradora es la que funge como afianzadora. Por lo que en las respuestas obtenidas queda de manifiesto el concepto del Seguro de Caución relacionado al riesgo del incumplimiento de una obligación que es el origen de este tipo de seguro, pero también hacen énfasis en la sustitución que tuvo la fianza por este.

Los efectos de las modificaciones establecidas en dicha ley se han producido paulatinamente, porque en un principio se generó la percepción que únicamente se estaba cambiando el nombre de la fianza por el Seguro de Caución, sin considerar los cambios de fondo en la operación en esta clase de seguro y, asimismo, de las afianzadoras a aseguradoras de caución.

La percepción sobre el Seguro de Caución ha variado a través del tiempo de su vigencia y de esta manera también se ha incrementado el uso de este de forma constante, aunque no todas las aseguradoras lo están contratando debido a las normas establecidas en la Ley de la Actividad Aseguradora y los ajustes de estas, como el capital necesario para operar en esta rama, la existencia de aseguradoras especializadas en este ramo y la necesidad de personal calificado estrictamente en esta rama de los seguros.

De conformidad con la información recabada, existe la consideración que al regular el Seguro de Caución se provocó eficacia en la labor de las aseguradoras al poder ofrecer y prestar el Seguro de Caución como una clase más de seguro, asimismo, el fortalecimiento de la supervisión de este tipo de operaciones y los efectos en la economía del país al realizarse este tipo de negocios, aunque no todas las aseguradoras lo prestan.

Es definitivo que el Seguro de Caución es una clase de seguro que amplía las clases de seguro que las sociedades aseguradoras autorizadas en el país para operar pueden ofrecer para satisfacer las necesidades de sus clientes y que este tiene un

carácter resarcitorio ante el incumplimiento de obligaciones jurídicas, razón por la cual los beneficios de esta institución jurídica pueden aprovecharse en el ramo de los seguros, aunque la regulación apropiada dentro de la legislación guatemalteca hubiera podido generar desde el inicio de su vigencia mayores efectos positivos, al no ser considerada simplemente como el sustituto de la fianza o entendido como el cambio de nombre de una institución por otra.



La Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República aporta al giro de los seguros novedad, transparencia y fortalecimiento a la actividad generada a través de los contratos de seguros de los distintos sujetos que intervienen, generando un cambio innegablemente importante al incorporar el Seguro de Caución, el cual como se ha expuesto es una clase de seguro que existe desde hace décadas, lo cual ha dado lugar a análisis y criterios distintos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y debido a su similitud con otras instituciones jurídicas ha sido comparada con las garantías, especialmente con la fianza, sin llegar a determinar que es equivalente, motivo que dio lugar al presente trabajo.

CONCLUSIONES



Debido a la naturaleza jurídica de las instituciones analizadas, se puede afirmar que son distintas, por su lado, el contrato de fianza mercantil es una verdadera garantía para el cumplimiento de una obligación, mientras que el Seguro de Caución consiste en un seguro de daños que tiene como finalidad el respaldo en cuanto al pago de la indemnización de los daños y perjuicios que podría ocasionar el incumplimiento previsto; en consecuencia, su operación debe ser de conformidad con la técnica aseguradora diseñada especialmente para los seguros. Es importante mencionar que el uso del término fianza no es equivalente al contrato de fianza mercantil necesariamente. A pesar de que el Seguro de Caución no es reciente, en las legislaciones consultadas, fueron identificadas tres situaciones diferentes en cuanto a la riqueza de la normativa del Seguro de Caución, siendo el primer caso Argentina en la que, básicamente, dicho seguro no tiene regulación propia; el caso de España que destina un artículo definiéndolo y señalando el derecho de reembolso; y el caso de México recientemente regulado en la Ley sobre seguros, que destina un apartado para su regulación definiéndolo y normando aspectos esenciales de este, que generan mayor claridad y precisión. Con base en esa legislación y fallos judiciales, se determinó que en los tres países el contrato de fianza y Seguro de Caución son distintos, principalmente por el carácter garantista de uno y el resarcitorio del otro.

En el caso de Guatemala, sobre el Seguro de Caución incorporado en el año 2010, únicamente existen los artículos 106 y 109 de la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala, donde señala la aplicación del Seguro de Caución como fianza, lo cual se considera un desacierto del legislador, con base en la doctrina, legislación y jurisprudencia consultada, lo cual ha generado falta de certeza jurídica y desaprovechamiento de las bondades del Seguro de Caución como instrumento de agilización en las obligaciones legales y contractuales, que ameritan el respaldo de cumplimiento, por medio de la indemnización de daños y perjuicios.



REFERENCIAS



Aguilar, V. (2008). *Derecho de sociedades*. Guatemala: Litografía Orión.

Barreiro, C. (2015). *Los seguros de caución en la Argentina*. Recuperado de 100seguro.com.ar/la-actualidad-del-seguro-de-caucion-en-la-argentina/

Barrón Seguros & Fianzas. (2015). *El Seguro de Caución en México*. Recuperado de <https://www.fianzasysegurosdecaucion.mx/el-seguro-de-caucion-en-mexico/>.

Bofill, J. (2017). *El Seguro de Caución: una alternativa al presente*. Recuperado de https://www.vozpopuli.com/hablando_claro/seguro-caucion-alternativa-presente_7_996270367.html

Bulló, E. (2001). *El derecho de seguros y de otros negocios vinculados*. (Tomo II). Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

Carrillo, M. (2017). El Seguro de Caución, algunas precisiones. *Revista Mexicana de Seguros y Fianzas*, volumen (752), 8-11. Recuperado de http://amig.org.mx/images/news/17/171019_RMSF/AMIG_en_RMSF_May17/files/assets/basic-html/page-4-5.html

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Argentina: Eliasta.

Calderón, M. (2014). *Seminario sobre el Seguro de Caución, la figura del Seguro de Caución en la nueva Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas*. Recuperado de <https://docplayer.es/8899403-Seminario-sobre-el-seguro-de-caucion-la-figura-del-seguro-de-caucion-en-la-nueva-ley-de-instituciones-de-seguros-y-de-fianzas.html>

Camacho, J. (1994). *El Seguro de Caución, estudio crítico*. España: Mapfre.

Casares, M. (2016). *El contrato de fianza en el Código Civil y Comercial de la nación argentina*. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/11/22/el-contrato-de-fianza-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-argentina/>

Codera, J. (1987). *Diccionario de derecho mercantil*. Madrid: Pirámide.

De la Fuente, M. (2018). *Fianzas vrs. Seguros de caución*. Recuperado de <https://www.camescom.com.mx/fianzas-vs-seguros-de-cuacion/>.

Díaz, S. (2009). Naturaleza y función del Seguro de Caución. *Revista Derecho*, volumen 15), 161-212. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.gy/wp-content/uploads/2012/12/Marshall-Naturaleza-y-funcion-del-seguro-de-caucion.pdf>

Farina, J. (1997). *Contratos comerciales modernos*. Argentina: Astrea.

Garrigues, J. (1982). *Contrato de seguro terrestre*. Madrid: S. Aguirre.

Garrigues, J. (1987). *Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Temis.

Gimeno, R. (1988). *Seguro de Caución*. Recuperado de www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/49/seguro-de-caucion.pdf

Hernández, J. (2015). *El contrato fianza: concepto, naturaleza y clases*. Recuperado de <https://www.dyrabogados.com/el-contrato-de-fianza-concepto-naturaleza-y-clases/>

Herrera, F. (1949). *Curso de Derecho Romano*. Guatemala: Universitaria.

Hoyos, C. (2012). *El Seguro de Caución*. España: Fundación Mapfre.

Huertas, F. (1998). *Manual de banca, finanzas y seguros*. Barcelona: Gestión 2000.

Iglesias, J. (2010). *Derecho romano*. España: Sello Editorial.

Jaramillo, C. (2015). *Derecho de seguros y reaseguro liber amicorum en homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo*. Colombia: Universidad Javeriana.

Mapfre. (2010). *Introducción al reaseguro*. Recuperado de https://www.mapfre.com/ccm/content/documentos/fundacion/cs-seguro/libros/Introduccion_al_Reaseguro.pdf el

Mecca, R. (2012). *Manual del profesional del seguro*. Argentina: Mecca.

Milij, G. (1995). *Seguro de vida*. Argentina: De Palma.



Molina, M. (2018). *Diferencias entre el Seguro de Caución y la fianza*. Recuperado de <https://blog.segurodecaucion.mx/2018/03/30/diferencias-entre-el-seguro-de-caucion-y-la-fianza>

Molina, M. (20 de agosto de 2019). *Semejanzas entre el Seguro de Caución y la fianza* [mensaje de un blog]. Seguro de Caución. Recuperado de <https://blog.segurodecaucion.mx/2018/03/30/semejanzas-entre-el-seguro-de-caucion-y-la-fianza/>

Morales, J. (2018). *Seguro de Caución: salvavidas de las empresas*. Recuperado de <https://seguros.lavanguardia.com/2018/06/27/seguro-de-caucion-el-salvavidas-de-las-empresas/>

Morales, I. (1989). *Derecho romano*. México: Trillas.

Ossorio, M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Eliasta.

Paz, R. (2012). *El negocio jurídico mercantil: teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco*. (II parte). Guatemala: F. M. Darling.

Pisani, O. (2006). *Elementos de derecho comercial*. Argentina: Astrea.

Puig, F. (1972). *Compendio de derecho civil español*. Madrid: Pirámide.

Superintendencia de Bancos (25 de agosto de 2019). *Lista de Entidades Supervisadas*. Recuperado de https://www.sib.gob.gt/web/sib/entidades_supervisadas/listas-de-entidades_supervisadas

Tirado, J. (1980). *El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Mapfre.

Toribio, S. (2012). *Jornada de daños y seguros*. Argentina.

Vásquez, E. (2009). *Instituciones de derecho mercantil*. Guatemala: Serviprensa.



Villegas, R. (2004). *Derecho mercantil guatemalteco*. (Tomo I). Guatemala: Universitaria.

Villegas, R. (2006). *Derecho mercantil guatemalteco*. (Tomo III). Guatemala: Universitaria.



Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

Código de Comercio. Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. 1970.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del jefe de Gobierno. 1964.

Decreto Ley 7607/61 Argentina. 1961.

Ley de la Actividad Aseguradora, Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala. 2011.

Ley de Instituciones de seguros y fianzas de la Cámara de Diputados. México. 2013.

Ley sobre el contrato de seguro de la Cámara de Diputados. México. 2013.

Ley sobre seguros. Decreto Ley 473 del jefe de Gobierno. 1966.

Ley 20091 Ley de Entidades de seguros y su control. Argentina: 1973.

Ley 50/1980 Ley sobre seguros. España 1980.

Acuerdo 228 de la Superintendencia de Bancos sobre las tarifas y normas de operación de las afianzadoras. 1959.

ANEXO



De conformidad con las recomendaciones realizadas por el Tribunal Examinador, se realizó trabajo de campo, en el cual se entrevistó a diferentes personas involucradas en distintas actividades de la operación de seguros. La información y criterios obtenidos se presentan a continuación:

De acuerdo con Rodrigo Asturias, quien ocupa el cargo de Gerente de Seguros de Caución de una de las aseguradoras autorizadas para operar en el país, la fianza mercantil está regulada en el Código de Comercio y en la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República y señala que su aplicación es más común en el ámbito público. Respecto del Seguro de Caución indica que se utiliza para garantizar el cumplimiento de obligaciones, siendo un instrumento financiero que apoya a los contratistas en la ejecución de sus distintos proyectos, por lo que en Guatemala el mercado de seguros de caución esa creciendo constantemente.

También señala dos aspectos sobresalientes respecto de los cambios que se produjeron al regular el Seguro de Caución en la legislación de Guatemala, siendo estos que la denominada fianza ahora se denomina Seguro de Caución y el manejo de reservas por primas recibidas por concepto de seguros de caución para las aseguradoras.

Por su parte, Estuardo Martínez y Eduardo Robles, directores de correduría de seguros se refieren a la fianza mercantil dándole el carácter de Seguro de Caución, tomando en consideración la Ley de la Actividad Aseguradora, porque, al respecto, señalan que, tomando en cuenta que el Seguro de Caución es una garantía, en virtud de la cual a través de un fiador se garantiza el cumplimiento de una obligación determinada. El fiador es una tercera persona, ajena a la obligación principal que garantiza su cumplimiento, comprometiéndose a cumplir a nombre del asegurado (deudor) lo que este no haya cumplido por sí mismo. Su aplicación en el ámbito legal no es más que integrar el grado de incumplimiento y ejecutar, por parte del beneficiario el Seguro de Caución y el asegurado cubre dicha pérdida con sus bienes. Es por ello muy

importante cuando se hace un Seguro de Caución que las aseguradoras tengan bien establecidas las garantías que otorga el Asegurado.



En relación con la operación del Seguro de Caución por las sociedades aseguradoras, se indica que no todas las aseguradoras están operando el Seguro de Caución, en buena medida, porque existen compañías de seguros especializadas en seguro de personas y no les interesa entrar en ese mercado y, porque tienen que hacer aporte extra de capital. Otra consideración importante viene dada, porque es un campo muy técnico y no cualquier asegurador puede hacer Seguro de Caución, lo que dificulta conseguir personal calificado para esta labor.

Respecto de la regulación del Seguro de Caución a través de la Ley de la Actividad Aseguradora, consideran que la nueva legislación está más acorde con la realidad del mercado de seguros, el cual es muy competitivo y versátil. La nueva ley es de carácter general y de supervisión sobre el sector asegurador, garantizando la transparencia y el fortalecimiento del mercado de seguros en Guatemala, dándole más certeza a los asegurados y otorgando una mayor adecuación a la legislación de los grupos financieros necesario para el desarrollo del país.

A través del trabajo de campo también se pudo obtener el criterio de Johana Cáceres, quien ejerce en el ámbito de los seguros la labor de suscriptora de seguros, indicando que al entrar en vigor la Ley de la Actividad Aseguradora en enero de 2011 las compañías aseguradoras en Guatemala, pueden comercializar seguros de caución que es igual a la fianza mercantil. La fianza mercantil es una obligación donde se involucran tres partes, se realiza mediante contrato entre una persona o empresa a pagar una obligación pactada que el cliente y beneficiario firmaron legalmente, constituyendo una obligación de pagar si existiera incumplimiento. Por lo cual la obligación es verificar si incumplió el cliente, en un cien por ciento, con el monto afianzado, establecer el incumplimiento y la aseguradora pagar sobre ese monto al beneficiario y, a su vez, cobrarle al cliente esa cantidad, porque existe legalmente una obligación de pagar a través de un documento accesorio aplicable.

Cáceres afirma que actualmente el Seguro de Caución se está operando por aseguradoras autorizadas, la cuales emiten todo tipo de fianzas que requieran una obligación adquirida por el cliente en favor de un beneficiario. Considera que, debido a la regulación del Seguro de Caución, en Guatemala se produjo eficacia en el trabajo de las aseguradoras, al emitir los seguros de caución, fortalecimiento en la supervisión de transacciones de aseguradoras, el reaseguro extranjero en este campo, obteniendo un respaldo beneficioso para las aseguradoras y para la economía del país.

Al realizar el trabajo de campo se intentó obtener información de parte de la Superintendencia de Bancos, por ser el órgano que debe ejercer la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras y de seguros de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala; sin embargo, no fue posible, porque en la visita realizada, la Unidad de Acceso a la Información Pública no contaba con la información requerida en ese momento y no fue posible entrevistar a algún funcionario público, cuya función se relacione con las aseguradoras en virtud de no ser propio de las atribuciones de la institución.

La información y criterios obtenidos a través de las entrevistas realizadas fueron ilustrativos en relación con la percepción práctica de la fianza y el Seguro de Caución en nuestro país, existiendo pleno conocimiento de la equivalencia legal de ambas instituciones jurídicas que realiza la Ley de la Actividad Aseguradora Decreto 25-2010 del Congreso de la República y el incremento del uso del Seguro de Caución, aunque es de hacer notar que a la fecha no exista normativa de carácter reglamentario específica.