

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man on horseback, likely a saint or historical figure, surrounded by various heraldic symbols including a crown, a lion, and a castle. The Latin motto "CETERA SPERABIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**EL PROBLEMA DE LA EQUIPARACIÓN LEGAL ENTRE EL SEGURO DE CAUCIÓN
Y LA FIANZA MERCANTIL EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA**

DIANA LUCÍA MONROY BARAHONA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2011

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**EL PROBLEMA DE LA EQUIPARACIÓN LEGAL ENTRE EL SEGURO DE CAUCIÓN
Y 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

DIANA LUCÍA MONROY BARAHONA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lc. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Luis Alfredo González Rámila
Vocal: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
Secretario: Lic. José Luis De León Melgar

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Rafael Otilio Ruiz Castellanos
Vocal: Lic. José Efraín Ramírez Higueros
Secretario: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

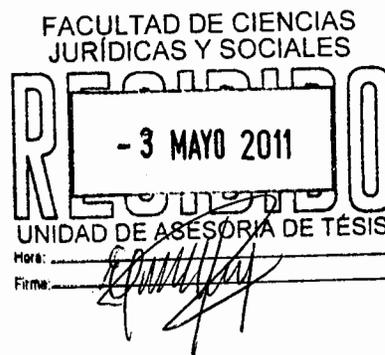
LICDA. INGRID ROMANELI RECINOS
14ª. Calle 3-17 zona 1
TELEFÓNO 2251 9234
Guatemala. C.A.



Guatemala, 18 de abril de 2011

Señor Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Su Despacho

Licenciado Castro Monroy:



En cumplimiento de la resolución de fecha 23 de noviembre de 2010 dictada por la Jefatura de su digno cargo, por la cual se me designó asesora del trabajo de tesis de la estudiante DIANA LUCÍA MONROY BARAHONA, intitulado "EL PROBLEMA DE LA EQUIPARACIÓN LEGAL DE LOS ALCANCES Y EFECTOS ENTRE EL CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN Y EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL, CRÍTICA DEL PLANTEAMIENTO DEL SEGURO DE CAUCIÓN EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA", atentamente me permito emitir el siguiente

DICTAMEN:

- Contenido científico y técnico de la tesis: el trabajo revisado enfoca desde una perspectiva doctrinaria mercantil tanto las obligaciones mercantiles, el contrato de fianza mercantil, así como un riguroso y profundo análisis del contrato de seguro de caución contenido en la Ley de la actividad aseguradora hasta la conclusión principal de que efectivamente la referida equiparación es incongruente con la naturaleza jurídica de ambos contratos.
- En cuanto a la metodología y técnicas de investigación que fueron utilizadas, el trabajo desarrollado reúne los requisitos técnicos y se utilizó los métodos y técnicas de investigación requeridas.
- En cuanto a la redacción, el contenido de la investigación revisada está redactada en un lenguaje concreto y usando términos jurídicos adecuados.
- Sobre la contribución científica del tema presentado, este aporta al derecho mercantil guatemalteco un análisis del planteamiento del contrato del seguro de caución en la Ley de la actividad aseguradora.



- Opinión acerca de las conclusiones y recomendaciones a las que se han llegado en el trabajo: las conclusiones y recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- Opinión respecto a la bibliografía utilizada: comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de mérito, satisface tanto su objetivo como los requerimientos reglamentarios respectivos, especialmente lo preceptuado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Con muestras de mi más alta consideración y estima, aprovecho para suscribirme del señor Jefe, atenta y segura servidora,

Colegiada 9023

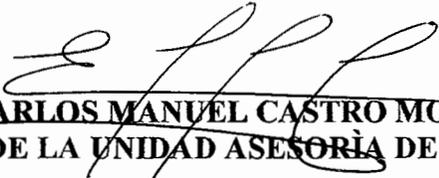
Ingrid Románel Rivera Román
ABOGADA Y NOTARIA



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, cuatro de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **RAFAEL FRANCISCO CETINA GUTIÉRREZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DIANA LUCÍA MONROY BARAHONA**, Intitulado: **“EL PROBLEMA DE LA EQUIPARACIÓN LEGAL DE LOS ALCANCES Y EFECTOS ENTRE EL CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN Y EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL, CRÍTICA DEL PLANTEAMIENTO DEL SEGURO DE CAUCIÓN EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

Lic. Rafael Francisco Cetina Gutiérrez

Abogado y Notario
8av 13-69 zona 1, oficina 3
Teléfono 2251 4528
Colegiado 4106



Guatemala, 16 de mayo de 2011.

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria Zona 12
Ciudad de Guatemala.



Licenciado Castro:

De conformidad con lo indicado en providencia de fecha cuatro de mayo de dos mil once, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis a su cargo procedí a revisar el trabajo de tesis de la alumna **DIANA LUCÍA MONROY BARAHONA**, intitulado **“EL PROBLEMA DE LA EQUIPARACIÓN LEGAL DE LOS ALCANCES Y EFECTOS ENTRE EL CONTRATO DE SEGURO DE CAUCIÓN Y EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL, CRÍTICA DEL PLANTEAMIENTO DEL SEGURO DE CAUCIÓN EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA”**, por lo que respetuosamente me permito considerar lo siguiente:

1. **El contenido científico y técnico del trabajo de tesis revisado**, la estudiante, hace un análisis del Decreto Número 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley de la actividad aseguradora, especialmente lo relativo al contrato de seguro de caución el cual es equiparado legalmente al contrato de fianza mercantil.

Derivado de dicho análisis, la estudiante concluye que dicha equiparación no es congruente con la naturaleza jurídica de ambos contratos.

2. En cuanto a **metodología y técnicas de investigación**, fueron utilizadas las apropiadas, al igual que los instrumentos de investigación.
3. Acerca de la **redacción**, a mi juicio, el trabajo revisado reúne los requisitos reglamentarios, está redactado en un lenguaje comprensible y técnico jurídico. Se hace constar que tras un análisis junto con la alumna sobre el título del trabajo, este queda como **“EL PROBLEMA DE LA EQUIPARACIÓN LEGAL ENTRE EL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA FIANZA MERCANTIL”**.
4. **El tema presentado** constituye un valioso aporte en relación al estudio **doctrinario** en cuanto a las consideraciones realizadas sobre la naturaleza jurídica de ambos contratos desde el punto de vista teórico y legal.



Lic. Rafael Francisco Cetina Gutiérrez

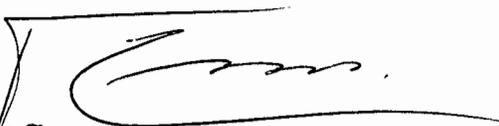
Abogado y Notario
8av 13-69 zona 1, oficina 3
Teléfono 2251 4528
Colegiado 4106

4. **El tema presentado constituye un valioso aporte en relación al estudio doctrinario en cuanto a las consideraciones realizadas sobre la naturaleza jurídica de ambos contratos desde el punto de vista teórico y legal.**
5. **En mi modesta opinión acerca de las conclusiones a que arriba la estudiante y las recomendaciones que propone, evidentemente responden con rigor al desarrollo de la investigación realizada.**
6. **En el desarrollo del trabajo revisado se evidencia la utilización de bibliografía adecuada.**

En razón de las consideraciones y opinión antes vertidas, en mi calidad de **REVISOR** me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo de investigación realizado por la estudiante Diana Lucía Monroy Barahona, toda vez que el mismo cumple con los requerimientos reglamentarios, especialmente lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Sin otro particular me es grato suscribirme de usted.

Deferentemente,


Rafael Francisco Cetina Gutiérrez
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 4,106



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante DIANA LUCÍA MONROY BARAHONA, Titulado EL PROBLEMA DE LA EQUIPARACIÓN LEGAL ENTRE EL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA FIANZA MERCANTIL EN LA LEY DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



L



DEDICATORIA

A MIS PADRES: Por una vida de cuidados y esfuerzos.

A MIS HERMANAS: Por la alegría que traen a mi vida.

A MIS AMIGOS: Por su apoyo y compañía incondicional.

A: La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por abrirme paso al conocimiento.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos de las obligaciones y contratos mercantiles	1
1.1. Evolución histórica de las obligaciones en el ámbito mercantil.....	1
1.1.1 Edad antigua	1
1.1.2 Edad media	3
1.1.3 Edad moderna	4
1.1.4 Edad contemporánea	4
1.2. Definición de las obligaciones mercantiles.....	5
1.3. Elementos de la obligación mercantil	7
1.3.1 Elemento personal o subjetivo.....	7
1.3.2 Elemento objetivo o real	9
1.3.3 Elemento vinculatorio	10
1.4. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones mercantiles.....	10
1.4.1 Cumplimiento de las obligaciones	10
1.4.2 Incumplimiento de las obligaciones	10
1.5. Protección de las obligaciones	15
1.5.1 Concepto de garantía	15
1.5.2 Diferencia entre las clases de garantías.....	16
1.6. Transmisión de las obligaciones.....	18
1.6.1 Cesión de derechos.....	19
1.6.2 Subrogación.....	19
1.6.3 Transmisión de la deuda	19
1.7. Extinción de las obligaciones.....	20
1.7.1 Compensación.....	20
1.7.2 Novación.....	22
1.7.3 Remisión.....	22



	Pág.
1.7.4 Confusión.....	23
1.7.5 Prescripción extintiva.....	24
1.8. Definición del negocio jurídico mercantil.....	25
1.8.1 Definición de contrato mercantil.....	26
1.8.2 Distinción entre los contratos civiles y mercantiles.....	26

CAPÍTULO II

2. Generalidades del contrato de fianza mercantil.....	29
2.1. Antecedentes históricos.....	30
2.1.1 Edad antigua.....	30
2.1.2 Edad media.....	39
2.1.3 Edad moderna.....	39
2.1.4 Edad contemporánea.....	40
2.2. Aplicabilidad de las garantías personales sobre las reales.....	46
2.2.1 Definición.....	47
2.3. Características del contrato de fianza.....	49
2.3.1 Típico mercantil.....	49
2.3.2 Bilateral.....	49
2.3.3 Consensual.....	50
2.3.4 Accesorio.....	50
2.3.5 Oneroso, conmutativo.....	50
2.3.6 Contrato por adhesión.....	51
2.3.7 Personal.....	52
2.3.8 De garantía.....	52
2.4. Elementos del contrato.....	52
2.4.1 Elementos personales o subjetivos.....	52
2.4.2 Elemento real u objetivo.....	54
2.4.3 Elementos formales.....	56



	Pág.
2.5. Clases de fianzas	57
2.5.1 En cuanto a la responsabilidad del fiador	57
2.5.2 En cuanto a su origen	59
2.5.3 En cuanto a la calidad del fiador	60
2.5.4 En cuanto a su extensión o alcance de la responsabilidad del fiador	60
2.5.5 Por la retribución	61
2.6. Extinción del contrato	62
2.6.1 Vía principal	62
2.6.2 Vía de la consecuencia	63
2.6.3 Otras formas de extinción	64

CAPÍTULO III

3. El contrato de de seguro de caución	67
3.1. Antecedentes históricos	67
3.1.1 Primera etapa.....	67
3.1.2 Segunda etapa.....	72
3.1.3 Tercera etapa.....	73
3.2. Definición del contrato de seguro.....	79
3.3. Principios del contrato de seguro	81
3.4. Características del contrato de seguro.....	85
3.4.1 Típico mercantil.....	85
3.4.2 Bilateral	85
3.4.3 Consensual	86
3.4.4 Principal	86
3.4.5 Oneroso	87
3.4.6 Aleatorio	87
3.4.7 Contrato por adhesión.....	87
3.4.8 Tracto sucesivo	89
3.4.9 Buena fe.....	89



	Pág.
3.5. Elementos del contrato.....	89
3.5.1 Elemento subjetivo	89
3.5.2 Elemento objetivo.....	95
3.5.3 Elementos formales.....	99
3.6. Extinción del contrato	104
3.7. Clasificación del contrato de seguro.....	104
3.7.1 Seguro de personas	106
3.7.2 Seguros de daños patrimoniales	108
3.7.3 Contrato de seguro de caución	110

CAPÍTULO IV

4. Análisis comparativo entre la fianza mercantil y el seguro de caución	131
4.1. Naturaleza jurídica	132
4.2. Elementos que integran cada contrato.....	133
4.2.1 Sujetos	133
4.2.2 Objeto.....	134
4.3. Características	135
4.3.1 Similitudes	135
4.3.2 Diferencias	136
4.4. Alcances y efectos	138
4.4.1 Contrato de fianza mercantil.....	138
4.4.2 Contrato de seguro de caución	145
4.5. Análisis del planteamiento del seguro de caución en la ley de la actividad aseguradora.....	151
4.5.1 Generalidades	151
4.5.2 Equiparación jurídica y su contradicción con la naturaleza jurídica de los contratos.....	154
4.5.3 Equiparación jurídica y su contradicción con el objetivo de la reforma de 1966.....	155



Pág.

4.5.4 Equiparación jurídica y su contradicción con los sujetos.....	156
4.5.5 Equiparación jurídica y su contradicción con el objeto	157
4.6. Crítica del planteamiento del seguro de caución en la ley de la actividad aseguradora.....	160
CONCLUSIONES	163
RECOMENDACIONES	165
BIBLIOGRAFÍA	167



INTRODUCCIÓN

La equiparación jurídica entre instituciones del derecho debiera tener lugar luego de una exhaustiva investigación académica para determinar si tanto los efectos como alcances de una pueden ser asimilados por otra.

La Ley de la actividad aseguradora establece en su Artículo 106 con epígrafe operaciones de fianzas o seguro de caución que “a partir del inicio de vigencia de la presente Ley, toda referencia relativa al contrato de fianza o al de reafianzamiento, que se haga en la legislación general y en los contratos suscritos en el país, deberá entenderse como seguro de caución o reaseguro de caución, según corresponda, con los mismos alcances y efectos, por lo que no perderán su eficacia ni será necesaria su sustitución o ampliación”.

Es el propósito de este trabajo esclarecer si puede afirmarse como resultado del análisis comparativo entre doctrina y ley, tanto nacional como internacional, que el contrato de seguro de caución tiene los mismos alcances y efectos que la fianza mercantil, tal y como lo plantea la Ley de la actividad aseguradora.

En la presente investigación la hipótesis consiste en que el planteamiento del seguro de caución en el Artículo 106 de la Ley de la actividad aseguradora es incompatible con la naturaleza jurídica garantista del contrato de fianza mercantil ya que la del contrato de seguro, es indemnizatoria.

Dentro de los objetivos de la investigación se encuentran destacar y analizar de forma crítica las posturas doctrinarias necesarias para comprender los efectos de dicha equiparación y determinar la relación, similitudes y diferencias entre la fianza mercantil y



el contrato de seguro de caución. Lo anterior con el afán de demostrar que el planteamiento del seguro de caución en la Ley de la actividad aseguradora es incompatible con la naturaleza jurídica del contrato de fianza mercantil.

En este estudio se utilizó el método hipotético deductivo. De la aplicación de este método surgen dos reveladoras conclusiones:

La primera, que la naturaleza jurídica de ambos contratos no es técnicamente equiparable en virtud de que los contratos de carácter indemnizatorio tienen como finalidad resarcir daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una prestación, mientras que los contratos de garantía buscan cumplir con la obligación en defecto del principal obligado.

La segunda, si bien los efectos jurídicos de ambos contratos tienden a satisfacer al acreedor en una relación jurídica, los alcances de estos negocios jurídicos derivados de los derechos y obligaciones que entrañan, son distintos.

La tesis consta de cuatro capítulos, en el primero se aborda el tema de las obligaciones mercantiles; el segundo, las consideraciones doctrinarias acerca del contrato de fianza mercantil; en el tercero se desarrollan las generalidades de los contratos de seguro y las especificaciones del de caución; finalmente, en el cuarto, se expone un análisis sobre los efectos y alcances del contrato de seguro de caución y una crítica respecto al planteamiento de dicho negocio jurídico en la Ley de la actividad aseguradora.

Sirva el presente trabajo a todos los estudiosos del derecho en general y del derecho mercantil en particular como un primer aporte en cuanto a la investigación de la prestación en el seguro de caución.



CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos de las obligaciones y contratos en el derecho mercantil

Para poder comprender una determinada institución jurídica es necesario realizar un estudio sobre su origen y evolución a través del curso de la historia.

1.1 Evolución histórica de las obligaciones en el ámbito mercantil

1.1.1 Edad antigua

El mar ha sido utilizado desde la antigüedad para comunicarse y comerciar entre grupos sociales, de allí que el transporte marítimo se considere como una de las actividades económicas que dan origen al derecho mercantil.

Los primeros antecedentes del derecho marítimo se encuentran con los fenicios y griegos, de quienes si bien escasean testimonios escritos, las instituciones que hoy lo integran, se conocían y tenían aplicación entre navegantes y mercaderes de esas naciones.



Los fenicios aparte de recorrer el mediterráneo y fundar distintas ciudades, llevaron su comercio tanto hacia las costas africanas como hacia el mar del norte conociendo el arte de navegar de forma adelantada para su época.¹

Los griegos, notables navegantes, llevaron su cultura y su comercio a los alrededores del mediterráneo y océano indico, su activa navegación comercial conectaba al oriente con las costas del occidente.

Nacen así las primeras instituciones jurídicas comerciales derivadas del tráfico marítimo, tales como el préstamo a la gruesa ventura, considerado como antecedente del contrato de seguro, la echazón y la avería.

La echazón, reglada de muy antiguo en las leyes rodias, nombre que deriva de su origen en la isla de Rodas, tiene lugar cuando en alta mar decide el capitán de un barco aligerar su carga.²

El jurista Adolfo Ruiz de Velasco y del Valle define a la avería marítima como “los gastos extraordinarios o eventuales que, para conservar el buque o la carga, ocurren durante la navegación, y los daños o desperfectos sufridos por el buque, o por las mercancías que lleva a bordo, desde que se cargaron, durante todo el viaje y hasta el momento de su descarga”.³

¹ Baeza Pinto, Sergio. **Derecho marítimo: propedéutica**, págs.10 y 11.

² Quevedo Coronado, Ignacio. **Derecho mercantil**, pág. 5.

³ De Velasco y del Valle, Adolfo Ruiz. **Manual de derecho mercantil**, pág. 1208.



Existe entonces la avería como daño material sufrido por el buque o la carga y también como gasto extraordinario para el feliz arribo a un puerto, calificándose según el caso, como avería común o gruesa.

La pérdida de mercancías lanzadas al mar no es siempre el único efecto de la echazón. Es posible que para llevarla a cabo se cause algún daño grave a la nave o a otra parte del cargamento por necesitarse romper alguna parte interior de aquella o por sacrificar efectos echados.⁴

Los romanos, quienes generaron un sistema de derecho al regular la mayoría de relaciones entre personas por medio del *jus civile*, no fue el caso para el derecho mercantil. Las controversias surgidas por el comercio eran resueltas por los pretores a través de interpretaciones casuísticas de la ley civil aplicadas al fenómeno mercantil en particular.

1.1.2 Edad media

La agricultura fue la actividad económica por excelencia en este periodo. El tráfico comercial, por considerarse deshonroso, fue practicado únicamente en las afueras de los feudos en las denominadas villas en donde se asentó la burguesía.

Es en este estrato social del cual surge la figura del mercader, quien era el sujeto que sin tomar parte directa en la producción de bienes o servicios, generó riqueza calificada de

⁴ Sanojo Venezuela, Luis, **Código de comercio explicado y comentado**, pág. 113.



mercancía haciendo circular insumos del productor hacia el consumidor. Este acontecimiento cambia históricamente las relaciones sociales y económicas por enfocar la riqueza en el aspecto monetario en lugar del territorial.

Posteriormente los comerciantes se organizan en corporaciones y recogen en estatutos las costumbres establecidas para las transacciones comerciales. De ahí que a esta rama de la ciencia jurídica se le conoció como derecho corporativo o estatutario. Al separarse del derecho civil, se consolida su carácter como rama autónoma del derecho.

1.1.3 Edad moderna

La legislación difundida por Napoleón en 1807 marcó dos situaciones de trascendencia para esta rama del derecho. Primero, la promulgación de un código exclusivo para el comercio, y segundo, que el derecho mercantil deja de ser un derecho clasista al aplicarse tanto a comerciantes como a no comerciantes.⁵

1.1.4 Edad contemporánea

La doctrina económica liberal ha hecho posible el desarrollo de esta rama a través de postulados tales como la libertad individual, comercial, de contratación y la autonomía de la voluntad, entre otros.⁶

⁵ Jiménez Sánchez, Guillermo J. **Derecho mercantil**, volumen I, pág. 15.

⁶ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, tomo I, pág. 10.

Sin embargo, derivado del gran impacto de la actividad comercial, el Estado, en aras del bien común, interviene en estas relaciones privadas a través de la promulgación de normas imperativas que limitan estas libertades en protección del consumidor, otorgando así seguridad jurídica en las transacciones y satisfaciendo los intereses de todos los sujetos intervinientes de esta actividad.

1.2 Definición de las obligaciones mercantiles

En cuanto al derecho de obligaciones en lo mercantil el licenciado René Arturo Villegas Lara establece que “la ley mercantil vigente no es profunda ni extensa al regular el campo de las obligaciones, sobre todo en su parte general; de manera que cualquier omisión del Código de Comercio se hace sobre la base de una integración del Derecho privado: Derecho civil y Derecho mercantil.”⁷

Esta idea se refuerza con el Artículo uno del Código de Comercio: “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil” y el Artículo 694 del mismo cuerpo legal con epígrafe normas supletorias, “Sólo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil.”

⁷ *Ibid*, pág. 24.



La doctrinaria María del Carmen Gete-Alonso explica al principio de supletoriedad de esta manera “actúa cuando se hace necesario colmar los vacíos de la regulación que pueden producirse en un ordenamiento jurídico”.⁸

Este principio en lo mercantil implica que ante la inexistencia de una norma especial, se aplicarán las del derecho común, inspiradas siempre en los principios mercantiles.

Alfonso Brañas refiere con respecto a la evolución de las obligaciones que “fue en el derecho romano que el derecho de obligaciones cobró forma, contenido y luminoso vigor, que aun ahora perdura a pesar de diversas mutaciones obligadas por el natural proceso de la evolución. La influencia del derecho romano ha sido y continúa siendo decisiva, evidente, por supuesto entendida, en su justo alcance, como una proyección de grandes principios jurídicos, hasta ahora insuperada.”⁹

El derecho común define a la obligación como la “necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o de no hacer.”¹⁰

En este orden de ideas, se entiende por obligación mercantil la conducta de dar, hacer o no hacer de contenido económico, derivado de los principios de que toda prestación se presume onerosa y la intención de lucro que rige a esta rama del derecho.¹¹

⁸ Gete-Alonso, María del Carmen y Calera et. al. **Lecciones del derecho civil aplicable en Cataluña**, pág. 13.

⁹ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 388.

¹⁰ Bejarano Sánchez, Manuel. **Obligaciones civiles**, pág. 5.



1.3 Elementos de la obligación mercantil

De acuerdo a la teoría del derecho de obligaciones, éstas se componen de tres elementos: el subjetivo, el objetivo y el vinculatorio.¹²

1.3.1 Elemento personal o subjetivo

Refiérase al derechohabiente o acreedor y al obligado o deudor dentro de la relación jurídica mercantil, que para considerar como tal, es necesario que quien presta el servicio o realizar la obra, debe ser un comerciante actuando en su actividad profesional.

El artículo cinco del Código de Comercio con epígrafe negocio mixto establece que “Cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no comerciantes, se aplicarán las disposiciones del mismo”.

Ambos deben ser personas civilmente capaces, aptas para actuar, obligarse y cumplir por sí mismas el ejercicio de derechos de crédito sin necesidad ni asistencia de otra persona.

El Artículo seis del Código de Comercio determina que “Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse”.

¹¹ Villegas, **Ob. Cit**; 23.

¹² Contreras Ortiz, Rubén Alberto, **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**, pág. 51



Excepcionalmente en el derecho de seguros sí es permitido que menores de edad contraten, sin embargo, se requiere siempre tanto el consentimiento de éstos como el de su representante legal. Respecto a ello regula el Código de Comercio: “Artículo 996. Seguro de menores. El seguro sobre la vida de un menor de edad que tenga doce o más años, requerirá su consentimiento personal y de su representante legal.”

La restricción en cuanto a la intervención de incapaces en esta relación jurídica se debe a la protección que el derecho hace respecto de la esfera patrimonial de las personas evitando así que se invoque la falta de capacidad de ejercicio con el fin de eludir o modificar obligaciones.

- **Sujeto activo**

El acreedor es la persona titular del derecho subjetivo derivado de la obligación. Es decir, la persona que tiene el derecho de accionar contra el deudor para exigir el cumplimiento de la obligación.

- **Sujeto pasivo**

El deudor es la persona que está obligada a observar el comportamiento acordado para satisfacer la obligación.



1.3.2 Elemento objetivo o real

Se refiere al elemento de la obligación consistente en la prestación. El autor Alfonso Brañas la define como “aquella conducta o comportamiento que el acreedor espera, puede y está capacitado a exigir del deudor, conducta que en último término incide en dar hacer o no hacer alguna cosa.”¹³

Como establece el jurista Garrigues citado por Jiménez Sánchez, “el concepto civilista de obligación pone su centro en el aspecto subjetivo al considerar la obligación como un vínculo subjetivo”.¹⁴

En el caso mercantil, la prestación deberá ser lícita, posible, onerosa y lucrativa por la naturaleza de esta rama del derecho.

El jurista Guillermo Jiménez Sánchez expone que “la pretensión del acreedor en el ámbito comercial independientemente de la conducta del deudor, es la utilidad patrimonial de la obligación la que se erige como eje de su regulación jurídica. La actividad del deudor no es así un fin, es un medio para satisfacer la pretensión, entendida ésta en muchas ocasiones, como la simple utilidad patrimonial.”¹⁵

¹³ Brañas, **Ob. Cit**; pág. 393.

¹⁴ Jiménez, **Ob. Cit**; pág. 219.

¹⁵ **Ibid.**



1.3.3 Elemento vinculatorio

El autor Rubén Alberto Contreras Ortiz establece que “entre el acreedor y el deudor hay, con referencia a la prestación que puede exigir el primero y debe cumplir el segundo, un enlace de derecho, un vínculo jurídico que tiene, entre sus principales características ser de tipo particular o privado, haber nacido del acuerdo pleno y consciente de voluntades, y estar dotada de coercibilidad para constreñir al cumplimiento de lo acordado.”¹⁶

1.4 Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones mercantiles

1.4.1 Cumplimiento de las obligaciones

De acuerdo al diccionario de la lengua española por cumplimiento se entiende “Perfección en el modo de obrar o de hacer algo.”¹⁷

En el derecho común, al igual que en el mercantil, refiérase a la satisfacción idónea de la prestación debida. El deudor cumple entregando la cosa debida, ejecutando la actividad o servicio prometido, o absteniéndose de entregar o hacer según lo estipulado.

1.4.2 Incumplimiento de las obligaciones

El incumplimiento es definido por el diccionario de la lengua española como la “Falta de cumplimiento.”¹⁸

¹⁶ Contreras, **Ob. Cit**; pág. 51

¹⁷ http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cumplimiento. (12 de febrero de 2011).



Toda inexecución de la prestación pactada tipifica incumplimiento tanto en el derecho común como en el mercantil.

El incumplimiento en cuanto al contenido de la prestación puede tener lugar por no entregar la cosa, no hacer la actividad pactada o contravenir el deber de abstención en cuanto a la entrega o ejecución de la prestación. Asimismo, cuando ésta se satisface de forma defectuosa, parcial o con retardo.

Como institución jurídica, el incumplimiento puede originarse por dolo, culpa, mora, daños y perjuicios y caso fortuito o fuerza mayor.

- **Dolo y culpa**

El dolo consiste en la intención o propósito expreso del deudor a no cumplir la obligación. La culpa radica en la acción u omisión perjudicial a otro por ignorancia, impericia o negligencia pero sin propósito de dañar.

Un ejemplo legal en cuanto a la existencia del dolo puede encontrarse en el Artículo 366 del Código de Comercio con epígrafe competencia desleal dolosa, el cual determina que “Se presume dolosa, sin admitir prueba en contrario, la repetición de los mismos actos de competencia desleal, después de la sentencia firme que ordene su suspensión”.

¹⁸http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=incumplimiento. (12 de febrero de 2011).



- **Mora**

La mora es el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación y tiene lugar cuando el acreedor ha requerido al deudor y este no satisface la prestación en el momento convenido.

Para corregir esta situación puede el acreedor exigir el cumplimiento forzoso para obtener el pago o la equivalencia de la obligación en dinero para extinguir la obligación respectiva.

La diferencia entre la mora civil y la mercantil radica en que en la primera el deudor una obligación exigible se constituye en la misma por la interpelación del acreedor de acuerdo al artículo 1428 del Código Civil, mientras que en la segunda, se incurre en mora, sin necesidad de requerimiento, desde el día siguiente a aquel en que venzan o sean exigibles según el artículo 677 del Código de Comercio, siendo la única excepción los títulos de crédito y las obligaciones y contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario.

- **Daños y perjuicios**

En el derecho común los daños u perjuicios son la sanción que impone la ley en caso de incumplimiento culpable.



El Código Civil en su artículo 1434 define a los daños como “las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio” y los perjuicios “son las ganancias lícitas que deja de percibir”.

Debe tomarse en cuenta que las pérdidas pueden también derivarse de un daño de tipo moral, el Código Civil en su Artículo 1656 establece que “En caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se determinará en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron”.

Para poder reclamar el pago de daños o perjuicios, la ley exige que éstos deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Asimismo, los daños y perjuicios pueden fijarse en el contrato, estar determinados en ley o bien por una resolución judicial.

- **Caso fortuito y fuerza mayor**

De acuerdo con el autor Rubén Alberto Contreras Ortiz, el caso fortuito es “todo acontecimiento imprevisto o previsible pero en todo caso inevitable, no imputable al deudor ni a terceras personas, sino proveniente de fuerzas naturales en las que no



intervención humana, que incide directamente en la prestación debida haciéndola imposible total o parcialmente su cumplimiento o haciéndolo excesivamente oneroso para el deudor.”¹⁹

Se concluye que la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor radica en que en esta última existe intervención humana pero es imprevisible o inevitable para el deudor.

Ambas situaciones tienen por efecto la extinción de la obligación principal como de la accesoria, a menos de que se trate de contratos aleatorios en donde la onerosidad superviniente es un riesgo normal derivado del contrato, por lo tanto, la obligación no se extingue.

El Código de Comercio establece: “Artículo 688. Terminación. Únicamente en los contratos de tracto sucesivo, y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles.

La terminación no afectará las prestaciones ya ejecutadas ni aquéllas respecto de las cuales el deudor hubiere incurrido en mora.

No procederá la terminación en los casos de los contratos aleatorios; ni tampoco en los conmutativos, si la onerosidad superviniente es riesgo normal de ellos.”

¹⁹ Contreras, **Ob. Cit**; pág. 137.



Un ejemplo de contrato aleatorio es el contrato de seguro ya que su objeto de este contrato depende de un suceso futuro e incierto.

1.5 Protección de las obligaciones

Las obligaciones, ya sean civiles o mercantiles pueden o no tener garantía. El derecho común define al acreedor quirografario como aquel quien “no tiene asegurado su crédito con una garantía real sobre un bien específico del deudor o un tercero”.²⁰

El Artículo 1418 del Código Civil contempla los efectos de la cesión judicial y en el numeral tercero se enuncia la figura del acreedor sin garantía al establecer “la suspensión definitiva de las ejecuciones entabladas contra el deudor y de los intereses respectivos, por créditos no garantizados con hipoteca, subhipoteca o prenda”.

La ley de garantías mobiliarias define al acreedor garantizado en su Artículo dos literal b, siendo este “la persona o personas en cuyo favor el deudor garante o por la ley se constituye una garantía mobiliaria con o sin posesión, ya sea en beneficio propio o de un tercero.”

1.5.1 Concepto de garantía

La garantía como institución jurídica tiene por objeto proteger el interés legítimo del acreedor cuando la conducta del deudor no se adecúa al cumplimiento esperado y pactado.

²⁰ Bejarano, **Ob. Cit**; pág. 27.



De acuerdo a su naturaleza, las garantías tanto en el ámbito civil como mercantil pueden ser reales cuando recaen sobre bienes, verbigracia, la prenda, la hipoteca, la garantía mobiliaria y el fideicomiso en garantía, o de carácter personal cuando radican en una prestación, por ejemplo, la fianza.

1.5.2 Diferencia entre las clases de garantías

- **Elementos que los conforman**

Existe diferencia en cuanto a los sujetos que integran cada una de las relaciones jurídicas y en el contenido de su objeto. En lo derechos personales existen dos sujetos determinados, activo y pasivo, quienes pactan conductas que son exigibles recíprocamente. El elemento objetivo consiste en la prestación entendida como la conducta de dar, hacer o no hacer.²¹

En los derechos reales el sujeto activo es el titular de un derecho que consiste en el poder inmediato y directo sobre un bien determinado, el cual es el elemento objetivo, frente a un sujeto pasivo indeterminado que es el resto de la comunidad.

Derivado de esta situación es que lo derechos reales también son conocidos como derechos absolutos, en el sentido de que son oponibles *erga omnes*, es decir, frente a

²¹ Flores Juárez, Juan Francisco, **Los derechos reales en nuestra legislación**, pág. 47.



toda la colectividad. Los personales son denominados relativos porque son exigibles exclusivamente a quien se obligó dentro de la relación jurídica convenida.

La prestación o conducta a ser observada en una relación jurídica es el elemento objetivo de los derechos personales. Mientras que en los derechos reales el elemento objetivo recae siempre sobre bienes.

- **Facultades que derivan de estos derechos**

A diferencia de los derechos personales, el titular de un derecho real goza del *ius persecuendi*, es decir, la facultad de exigir contra cualquiera que se halle ilegítimamente en posesión de la cosa y del *ius preferendi*, en virtud del cual el titular tiene preferencia sobre derechos de crédito y es determinado entre otros, por su rango de antigüedad. En los derechos personales existe completa igualdad para sus titulares, salvo el caso de los privilegios.

- **Modalidades de adquisición**

En los derechos reales existe dentro de las formas originarias de adquirir la propiedad, la usucapión, tal y como lo establece el Código Civil en el Artículo 642 "Pueden adquirir la propiedad por usucapión, todas las personas capaces para adquirir por cualquier otro título."



El licenciado Francisco Flores define a la prescripción adquisitiva o usucapión como “el modo de adquirir la propiedad en virtud de la posesión prolongada durante el periodo de tiempo exigido por la ley.”²²

A diferencia de aquellos, un derecho personal no pueden adquirirse por el transcurso del tiempo.

- **Duración**

Los derechos reales tienen en principio duración, ilimitada. La prescripción liberatoria no rige respecto de ellos de forma general, mientras que en los derechos personales esta es una forma de extinguir las obligaciones.

1.6 Transmisión de las obligaciones

Las obligaciones pueden subsistir aun después de ser modificado cualquiera de los polos o sujetos de la relación jurídica debido a la naturaleza del contenido de las obligaciones. Asimismo pueden ser cumplidas por una tercera persona no instituida inicialmente en el vínculo obligacional.

Al igual que en el derecho común, las formas de transmitir las obligaciones en el ámbito mercantil son la cesión de derechos, subrogación, y transmisión de la deuda.

²² Flores, **Ob. Cit**; 87.



1.6.1 Cesión de derechos

De acuerdo al Código Civil la cesión de derechos tiene lugar cuando el acreedor cede sus derechos aún sin el consentimiento del deudor. En el caso mercantil depende de la forma del negocio jurídico que le da origen a la obligación para poder cederlos.

1.6.2 Subrogación

Cuando el acreedor sustituye en el tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación, tiene lugar la subrogación.

En el contrato de seguro de vehículo, por ejemplo, la aseguradora se subroga en la forma regulada hasta el límite de la cantidad pagada, en todos los derechos y acciones que por causa del daño sufrido correspondan al asegurar.

1.6.3 Transmisión de la deuda

La transmisión de la deuda tiene lugar cuando existe convenio entre el acreedor y un tercero y sustituye el primero al deudor en una obligación personal en donde se libera a este último y se perfecciona la transmisión de la deuda.



También puede transmitirse la deuda sin el consentimiento del acreedor, verbigracia, cuando se venden bienes hipotecados y la deuda pasa al nuevo adquirente del dicho bien.

1.7 Extinción de las obligaciones

Los actos o hechos jurídicos que tienen como consecuencia la liberación del deudor respecto de la obligación a que está sujeto con el acreedor se reputan como formas de extinguir las obligaciones.

Las formas para extinguir las obligaciones en el ámbito mercantil, al igual que en el civil, son la compensación, novación, remisión, confusión y la prescripción extintiva.

1.7.1 Compensación

Cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho tiene lugar la compensación.

El Artículo 902 del Código de Comercio establece que "El asegurador podrá compensar las primas y los préstamos sobre las pólizas que se le adeuden por el



asegurado, con la prestación debida al beneficiario, salvo pacto en contrario, no podrá compensarla con ningún crédito que tuviese a cargo de ellos.”

Esta forma de extinguir las obligaciones tiene lugar en lo mercantil a través de la cámara de compensación, la cual es una organización integrada por los bancos del sistema y administrada por el banco central.

Su función consiste compensar diariamente deudas de las entidades de crédito entre sí, por medio de transferencias acreedoras o deudoras según la emisión de cheques y efectos comerciales a cargo de cada uno, ya sea en su propio nombre o en el de sus sucursales, agencias, clientes u otros bancos, para saldar obligaciones recíprocas de que cada uno es tenedor.

De esta manera, los bancos mantienen un contacto permanente para liquidar los efectos comerciales que representen movimientos, compensando créditos recíprocos y satisfaciéndose en dinero únicamente las diferencias.

Asimismo, disminuye el movimiento innecesario de numerario y, al suprimir los pagos directos, facilita las liquidaciones y evita riesgos y pérdidas de tiempo.²³

²³ Fundación universitaria andaluza Inca Garcilazo, **Enciclopedia virtual, diccionario de economía y finanzas** <http://www.eumed.net/cursecon/dic/C.htm#c%C3%A1mara%20de%20compensaci%C3%B3n>. (27 de febrero de 2011).



1.7.2 Novación

Existe novación y por ende extinción de la obligación pactada cuando se altera sustancialmente la obligación sustituyéndola por otra entre acreedor y deudor, verbigracia en un préstamo bancario, cuando el banco altera el monto de una obligación crediticia adeudada y sus intereses, en beneficio del deudor.

1.7.3 Remisión

Según el Código Civil, el perdón de la deuda hecha por el acreedor y aceptada por el deudor.

En la doctrina entiéndase por remisión la renuncia en todo o en parte del acreedor en cuanto a las prestaciones que le son debidas, es decir, el perdón total o parcial de una deuda y esta última modalidad, más conocida como quita, tanto en el ámbito civil como mercantil, tiene lugar con el concurso voluntario de acreedores.²⁴

El Código procesal civil y mercantil regula en el Artículo 347 "Proposición de convenio. Las personas naturales o jurídicas, sean o no comerciantes, que hayan suspendido o estén próximas a suspender el pago corriente de sus obligaciones, podrán proponer a

²⁴ Martín Granados, María Antonieta, **Impuesto sobre la renta e impuesto al activo**, pág. 95.



sus acreedores la celebración de un convenio. Podrán hacerlo también, aun cuando hubieren sido declaradas en quiebra, siempre que ésta no haya sido calificada judicialmente de fraudulenta o culpable.”

El Artículo 348 con epígrafe convenio, en su numeral tres, determina que el convenio puede versar sobre “esperas o quitas, o ambas concesiones a la vez.”

1.7.4 Confusión

Cuando una persona reúne la calidad de acreedor y deudor se extingue la obligación. Esta modalidad tiene lugar en el ámbito mercantil comúnmente con los títulos de crédito, cuando al entrar en circulación llegan a regresar al emisor inicial de éstos.

Es importante destacar que los títulos de créditos por su forma de circulación se dividen en nominativos, a la orden y al portador. Los primeros circulan mediante endoso, entrega de documento y cambio en el registro del creador, los segundos, mediante endoso y entrega material del documento y por último, los terceros, por la simple tradición o entrega material del título.²⁵

²⁵ Villegas, **Ob. Cit.**; pág. 23.



1.7.5 Prescripción extintiva

La prescripción es la pérdida o adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo.

Extingue la obligación la prescripción negativa o liberatoria.²⁶

Debe tomarse en cuenta que existen posturas doctrinarias que consideran al pago como una forma de extinguir las obligaciones mientras que otras aseguran que es la forma de cumplimiento por excelencia.

El autor Contreras Ortiz refiere que la exposición de motivos del anteproyecto del Código Civil vigente establece que: “El Código del 77, igual que mucho códigos antiguos, reglamentó el pago entre los medios de extinción de las obligaciones y ciertamente que es el medio normal para extinguirlas, por lo que no es defectuosa su colocación en dicho lugar. Sin embargo técnicamente debe figurar como efecto de las obligaciones, pues para que éstas se extingan deben antes satisfacerse o cumplirse y este cumplimiento es el efecto inmediato y directo de la obligación, puesto que las partes contratan para que la prestación se realice; y aunque es imperceptible el momento que separa los dos aspectos del pago (cumplimiento y extinción), toda vez que se operan simultáneamente, no cabe duda que para que se declare la cancelación debe antes cumplirse o pagarse.”²⁷

²⁶ Yzquierdo Tolsada, Mariano. **Lecciones sobre posesión y usucapión, pág. 47.**

²⁷ Contreras, **Ob. Cit;** pág. 95.



1.8 Definición del negocio jurídico mercantil

El negocio jurídico mercantil es por disposición legal campo de aplicación de la norma mercantil y con base al principio de supletoriedad que rige su materia, puede ser definido a partir de contribuciones doctrinarias del derecho común.

El jurista español José Castán Tobeñas, citado por Vásquez Ortiz: “acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”.²⁸

Para que un negocio jurídico se considere mercantil deberá ser oneroso, tipificado en ley o que tener su origen en la práctica nacional o internacional, siguiendo los principios de esta rama del derecho.

Cuando un negocio jurídico mercantil se integra por dos o más declaraciones de voluntad, se está frente a un contrato, considerado la principal fuente de las obligaciones.

²⁸ Vásquez Ortiz, Carlos Humberto, **Derecho civil IV**, obligaciones II, pág. 4.



1.8.1 Definición de contrato mercantil

De acuerdo con el Artículo 1517 del Código Civil y por principio de supletoriedad, “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

El Artículo dos de la Ley de mercado de valores y mercancías en su literal c establece que se entiende por contrato “todo negocio jurídico de características uniformes por cuya virtud se crean, modifican, extinguen o transmiten obligaciones dentro del mercado bursátil”.

En este orden de ideas, el contrato mercantil es todo negocio jurídico bilateral nacido del acuerdo de voluntades de personas capaces, por sí mismas o en representación de terceros, para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones de naturaleza patrimonial y con ánimo de lucro.

1.8.2 Distinción entre los contratos civiles y mercantiles

Si bien ambos se desarrollan dentro del ámbito del derecho bajo el principio constitucional de la libertad de contratación, buena fe y autonomía de la voluntad, se distinguen tanto en sus elementos como en sus efectos.



- **Elemento personal**

El derecho civil regula a las personas en los aspectos más generales de su vida e incluso su muerte; de allí que éste sea denominado derecho común. El derecho mercantil regula únicamente a las personas en su actividad profesional como comerciantes y existen normas jurídicas en cuanto a la muerte, por ejemplo, en el caso del contrato de seguro de vida.

En la contratación mercantil, como ya fue expuesto en el apartado de las obligaciones mercantiles, es indispensable que una de las dos partes sea comerciante en el giro de su actividad como profesional, quien presta el servicio o realizará la obra.

En el derecho civil se exige profesionalidad únicamente en el caso del contrato de servicios profesionales.

La representación en el ámbito civil siempre deberá ser expresa mientras que en la contratación mercantil hay admisibilidad de representación aparente o tácita

La contratación mercantil no fundamenta negociaciones con base a cualidades personales de los contratantes, mientras que en el derecho civil, existen los negocios jurídicos de calidad *intuito personae*, verbigracia el contrato de servicios profesionales, la renta vitalicia, entre otros.



- **Elemento real**

Todas las cosas lícitas susceptibles de enajenación son objeto del derecho civil, mientras que en la contratación mercantil únicamente las cosas mercantiles pueden ser objeto de negocio jurídico.

En el derecho mercantil, debido a que la actividad comercial se realiza con el fin de lucrar, no existen contratos gratuitos, mientras que en la contratación civil puede darse la modalidad de gratuidad.

La capitalización de intereses es permitida en la contratación mercantil de acuerdo con el Código de Comercio: "Artículo 691. Capitalización de intereses. En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el periodo de que se trate.

En ámbito civil, está prohibida por el Artículo 1949 del Código Civil el cual establece: "Queda prohibida la capitalización de intereses. Se exceptúa a las instituciones bancarias que se sujetarán a lo que sobre el particular establezca la Junta Monetaria".

- **Elemento formal**

En el derecho mercantil los anexos y cláusulas adicionales en formularios son admitidos, asimismo como los contratos mediante formularios o pólizas, verbigracia, los contratos de seguros, mientras que en la contratación civil no lo son, a menos que sean una ampliación formal del contrato original.



CAPÍTULO II

2. Generalidades del contrato de fianza mercantil

Las personas convienen negocios jurídicos con la finalidad de asegurar la observancia de una conducta determinada. El derecho en su función previsor ha creado instrumentos de diversa naturaleza denominados garantías las cuales tienen como finalidad proteger al acreedor de un posible incumplimiento.

En una relación jurídica las garantías dan al acreedor certeza sobre el cumplimiento de la obligación, pues le otorgan la facultad de dirigirse en contra de bienes determinados o del patrimonio del deudor o de un tercero, según sea la naturaleza real o personal de la garantía constituida.

Edmundo Vásquez Martínez define a los contratos de garantía como “aquellos que tienen por objeto afectar una cosa o valor determinado al cumplimiento de una obligación constituyendo sobre él un derecho real que es accesorio de la obligación que aseguran, o bien que obligan a una persona distinta del deudor a responder también de la obligación.”²⁹

La garantía real se constituye sobre bienes muebles o inmuebles sobre los cuales se hará efectiva la obligación en caso de incumplimiento, mientras que la segunda

²⁹ Vásquez Martínez, Edmundo, **Derecho mercantil**, vol. 53, pág. 205 y 206.



garantía, confiere al acreedor un derecho de naturaleza personal, es decir, le permiten dirigirse en contra del patrimonio del deudor o de un tercero hasta ver satisfecha la prestación.

Dentro del ámbito mercantil existen varias garantías de carácter personal tales como el aval, la solidaridad en la obligación, la asunción de deuda, el seguro de caución, figura recientemente introducida en legislación guatemalteca por la Ley de la actividad aseguradora.

Sin embargo, la garantía personal por excelencia es la fianza. Ésta refuerza el cumplimiento de la obligación principal a través del acuerdo con un tercero, el fiador, quien responderá en defecto de la solvencia del deudor en virtud de un contrato. En el ámbito mercantil el fiador debe ser una sociedad anónima especial denominada afianzadora, la cual para operar debe estar autorizada conforme a los requisitos jurídicamente establecidos.

2.1 Antecedentes históricos

2.1.1 Edad antigua

Debido a su condición social el ser humano ha precisado del concurso de los demás para realizar ciertas actividades en sociedad. El licenciado Carlos Waldemar Aguilar Monzón establece que “la forma más usual o corriente de fianza primitiva debió ser el rehén, por el cual se sustituía un prisionero por otro o por varios, para responder de la libertad transitoria de éste o aun la definitiva, lo que perfeccionó más adelante a influjo



del cristianismo, con los rescates personales.³⁰ Es decir, el fiador era un rehén quien quedaba obligado con su cuerpo en garantía del deudor.

Posteriormente la actividad comercial dio impulso a la figura de la garantía debido a la necesidad de protección del acreedor frente al posible incumplimiento obligacional de transacciones mercantiles. Se hizo necesario que una persona respondiera en caso de que el principal deudor no pudiera hacerlo.

En Grecia la fianza era una figura substitutiva. Michael Finley, en su libro *La Grecia antigua*, explica que “en su forma primitiva, la fianza es siempre una substitución, una indemnización. X debe algo a Y, un objeto, dinero, un compromiso, que no devuelve, e Y acepta un substituto –tierra por dinero– para satisfacer totalmente la obligación de X para con él. La fianza ateniense se siguió usando de este modo hasta la conquista romana, y quizá después, durante siglos.”³¹

En Mesopotamia la ley del Código Hammurabi regulaba la esclavitud en fianza, la cual tenía lugar cuando un deudor no podía pagar al acreedor la deuda junto con los intereses, convirtiéndose en “objeto de embargo, a no ser que pudiera ofrecer a su mujer o a sus hijos. Esta esclavitud en fianza autorizaba al acreedor a emplear al deudor como mano de obra o a venderlo.”³²

³⁰ Aguilar Monzón, Carlos Waldemar. **El contrato de fianza**, pág. 32.

³¹ Finley, Moses I., **La Grecia antigua**, pág. 111.

³² Klíma. Josef, **Sociedad y cultura en la antigua Mesopotamia**, pág. 111.

En la antigüedad la voluntad bastaba para contraer obligaciones. Sin embargo ante la ausencia de instrumentos para exigir coercitivamente el cumplimiento surgió la garantía como institución del derecho.

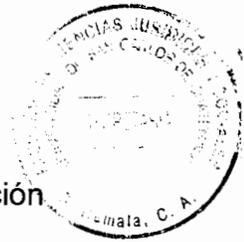
- **Derecho romano**

Dentro del curso histórico del derecho romano diversas instituciones surgen con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, materializándose a través de dos clases de garantías, reales y personales.

Las garantías reales devienen de los derechos reales de garantía, los cuales son de naturaleza accesoria ya que se adhieren a una obligación principal cuyo cumplimiento garantizan.

Los derechos reales de garantía por excelencia son la prenda y la hipoteca y recientemente, la garantía mobiliaria. Éstos, afectan bienes propiedad del deudor, conocido como *obligado rei*, o de un tercero frente al acreedor.

En el caso de las garantías personales el deudor, también denominado *obligado personae* o un tercero son quienes responden frente a la obligación con su propio patrimonio.



En la época clásica romana la garantía personal fue la que tuvo mayor aplicación debido a la trascendencia socioeconómica que ésta significaba, prueba de ello son las distintas figuras a continuación descritas.³³

- **Lex Apuley**

Limitaba la responsabilidad del fiador e introduce una acción de regreso contra los cofiadores.

- **Lex Furia**

Utilizada en Italia, su característica principal consistía en la extinción de la obligación por el transcurso de dos años. Cuando había pluralidad de fiadores, la deuda se dividía entre ellos a partes iguales. También dio a los cofiadores una *manus iniectio*, acciones ejecutivas consistente en aprehender corporalmente al deudor en caso de insolvencia.

- **Lex Cicereia**

Establecía que quien recurriera a *sponsors* o *fidepromisores*, debía declarar públicamente el objeto de la obligación y el número de *sponsors* y *fidepromisores* que iba a tomar para la obligación.

³³ García Garrido, Manuel Jesús, **Diccionario de jurisprudencia romana**. Disponible en http://books.google.com.gt/books?id=52gEIKDjrDAC&printsec=frontcover&client=firefox-a&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (20 de diciembre de 2010).



- **Lex Publilia.**

Le concedió al *sponsor* que había pagado al acreedor una acción de regreso contra el deudor.

Las formas más comunes de la garantía personal en esta época fueron la *sponsio* y la *fideipromissio*.

Dada la estructura estipulatoria de esta institución, debe tomarse en cuenta que la fianza en el derecho romano se ubica como una estipulación y no como un contrato. Algunos tratadistas aseguran que el origen de la fianza fue en Grecia y perfeccionada en Roma en donde se dieron los contratos de fianza denominados *satisdatio*, entre ellos, los personales de *sponsio* y *fideipromessio*.

En cuanto a la figura de la *satisdatio*, establece el diccionario jurídico en línea de la revista judicial de la República de Ecuador “el significado de esta palabra, poco usual en la actualidad, es el mismo que fianza. En la técnica romana, obligación contraída, por un deudor, con la garantía adicional de quienes aseguraban personalmente el cumplimiento de la promesa hecha por el obligado principal.”³⁴

³⁴ http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4190 (29 de noviembre de 2010, 20:28).



- **La sponsio**

Forma de obligarse al cumplimiento de una prestación con aplicación exclusiva a las estipulaciones de ciudadanos romanos.

- **La fideipromissio**

Era la promesa basada en la *fides*, realizada por medio de una estipulación accesoria la cual extendía su campo de aplicación con respecto a los fiadores peregrinos y extranjeros.³⁵

Ambas se regían por los mismos principios, ser garantía en los contratos verbales, ser personalmente deudor y la accesoriedad de su obligación e intransmisibilidad a sus herederos.

Posteriormente se fusionaron la *sponsio* y *fideipromissio* por la *fideiussio* la cual será la forma de aplicación a toda clase de obligaciones derivadas de un contrato, ya sea de carácter civil o natural, que pervivirá durante la época de Justiniano.

Para el autor Castillo Freyre la obligación natural “es el deber moral que, sin la intervención expresa y contraria de la ley habría sido civilmente obligatorio en virtud de

³⁵ García Garrido, Manuel Jesús, **Diccionario de jurisprudencia romana**, pág. 136.



la fuerza legal de la equidad y, en muchos casos, en virtud de los textos legales que corroboran la fuerza de la equidad.”³⁶

- **La *fideiussio***

El fideiussor podía ser un ciudadano o extranjero quien prometía responder de todo lo que reclamase el acreedor. Disponía de la acción de regreso para demandar al deudor por el cual había pagado. Su función en la práctica debido a su solidaridad obligacional era la de un codeudor.

Sus características consistían en ser de naturaleza accesoria ya que garantizaban una obligación principal. Su uso tenía lugar en cualquier obligación y no únicamente en contratos verbales; el objeto debía ser el mismo que la obligación principal la cual era perpetua y transmisible a sus herederos.

Durante el reinado del emperador Adriano y a través de la Constitución promulgada en esa época, se extendió a la *fideiussio* el beneficio de división, el cual consistía en que si el acreedor demandaba a un cofiador existiendo varios. El requerido podía oponer una *exceptio* para dividir la deuda entre todos los fiadores solventes antes de la *litis contestatio*.

En el derecho justiniano la figura de la fianza evoluciona fruto de las exigencias de una sociedad desarrollada que buscaba mayor calidad jurídica en sus instituciones, por lo tanto, la *fideiussio* se mantiene como la única forma de garantía personal.

³⁶ Castillo Freyre, Mario, **Tratado de las obligaciones**, volumen I, pág. 236.



Los beneficios derivados de esta institución son el derecho de excusión, división, cesión de acciones y la intercesión.

- **Derecho de excusión**

Institución jurídica en virtud de la cual el acreedor debe demandar inicialmente al deudor principal, pudiendo negarse el fiador a pagar, cuando éste pudiese hacerlo.

- **Derecho de división**

El acreedor debe de dividir la deuda entre todos los cofiadores que sean solventes en el momento de dictada la sentencia respectiva. Este beneficio se extendió también a los codeudores, exceptuando el caso en donde existía un vínculo procedente de delitos o cuasidelitos.

- **Cesión de acciones**

El fiador que ha pagado la deuda dispondrá en todo caso, de la acción que tenía el acreedor a quien este pagó, pudiendo dirigirse contra el deudor como acción de regreso.



- **La intercesión**

Justiniano estableció mediante la *intercessio*, una modalidad de garantía personal que nace con el Senadoconsulto Veleiano del año 46 d. C., la cual hacía ineficaz todo acto de intercesión de la mujer con respecto de su marido, al prohibirles realizar actos de garantía personal por ser estos considerados como una actividad exclusiva de los hombres, tales como el prestar garantía real a la deuda del otro, ofrecerse como deudor solidario, sustituir al deudor cuya obligación se extingue, obligarse directamente para evitar que otro se obligue.

En caso la mujer hubiese prestado garantía, podía oponerse la excepción denominada *exceptio del senadoconsulto velleiani* o *exceptio senatusconsulti*, para enervar la acción, en cuyo caso quedaba liberada, sin que subsistiera siquiera una obligación natural. Si hubiese pagado, podía reclamarlo al acreedor, concediéndose a este último una acción para proceder contra el deudor u otros fiadores si los hubiese habido.³⁷

El autor Fernando Betancourt define a la *actio restitutoria ficticia* como la “acción que se da a favor del acreedor en contra del deudor intercedido por la mujer por aquellas acciones extinguidas por la mujer.”³⁸

³⁷ García, **Ob. Cit**; pág. 324.

³⁸ Betancourt, Fernando. **Derecho romano clásico**, pág. 627.



2.1.2 Edad media

Sobre la fianza, los juristas medievales no alcanzaron resultados distintos de los romanos, ni asimilan por completo las transformaciones que aportó Justiniano. Usualmente los acuerdos de voluntades eran regidos por las disposiciones que los monarcas dictaban.

2.1.3 Edad moderna

La proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano durante la revolución francesa produjo una serie de transformaciones de orden político, económico, social y jurídico. El principio de la autonomía de voluntad es la aplicación en materia contractual de las doctrinas proclamadas en virtud del reconocimiento de los derechos de los individuos y la libertad, que es la base de toda actividad humana, tomando en cuenta que el acuerdo de voluntades entre personas iguales jurídicamente no puede ser fuente de abusos ni generar injusticia.

En esta época se reconoce la obligatoriedad y fuerza vinculante de la fianza, nacida de un convenio basado en el principio de autonomía de la voluntad, así como la abstención del Estado frente a los acuerdos dentro de la esfera privada de los particulares.



2.1.4 Edad contemporánea

La fianza tal y como se le conoce actualmente, es una combinación de los diversos elementos que surgen como producto de la evolución histórica dentro del derecho común. Es por ello que la fianza mercantil, si bien tiene su base en aquél, posee características distintas, tales como que el fiador debe ser una afianzadora y la cual debe estar autorizada por la superintendencia de bancos.

El trabajo de tesis del licenciado Carlos Waldemar Aguilar Monzón determina con respecto a la evolución histórica de las afianzadoras que el primer intento de constituir una entidad que otorgaba fianzas de fidelidad tiene lugar en Londres en 1720. El *Daily Post* publicó el primero de julio de ese año una convocatoria para la adquisición de acciones de una sociedad que tendría por objeto “garantizar a los amos en contra de las faltas de honradez de sus sirvientes”³⁹ la cual fracasó ante la falta de interesados.

En Inglaterra la primera institución de fianzas se organiza en 1840, denominada “*The Guarantee Society*”, la cual asumía riesgos para obtener provechos pecuniarios a través de contratos redactados por el mismo fiador con la finalidad de proteger sus intereses.

³⁹ Aguilar Monzón, **Ob. Cit.**; pág. 34.



En América, la primera afianzadora surge en Montreal en 1872 denominada “*The guarantee company of North America*”; y la primera que se dedicó activamente a las fianzas en Estados Unidos fue la “*American surety company of New York*” en 1884.

- **Derecho guatemalteco**

- **Fianza civil**

Durante la época colonial, e incluso finalizada ésta, la organización política y jurídica de Guatemala se mantuvo influenciada por la corona, tanto así que el derecho privado en Guatemala se basaba en las siete partidas, cuerpo legal en donde la fianza se regula como un contrato en virtud del cual una persona responde por las obligaciones de un tercero, en caso de que éste no cumpliera.

En la obra de Alfonso X el sabio, refiere que “Fianza hacen los hombre entre sí porque las promesas y otros pleitos y las posturas que hicieren sean mejor guardadas. Fiador tanto quiere decir como hombre que da su fe y promete a otros dar o hacer alguna cosa por mandato o por ruego de aquel que lo mete en la fiadura (fianza). Y tiene gran provecho a aquel que la recibe pues está por ello más seguro de aquello que le han de dar o hacer, porque quedan ambos obligados, tanto el fiador como el deudor principal.”⁴⁰

⁴⁰ Alfonso X el Sabio, **Las siete partidas. Antología**, pág. 332.



En 1877 se promulga el primer Código Civil de Guatemala, el cual en su Artículo 2242 define a la fianza sin mayores diferencias a la del Código actual con la excepción de aspectos tales como que: “La solvencia de un fiador no se estima sino atendiendo a sus bienes raíces; excepto en materia de comercio, o cuando la deuda sea pequeña. No se considerarán para este objeto los bienes litigiosos, ni los que sería difícil ejecutar por razón de distancia.”

Dentro de las prohibiciones para prestar fianza se encontraba a los militares en asuntos que no pertenecieran al fuero, a los empleados públicos bajo pena de destitución, así como a los jueces a garantizar obligaciones de personas que no fueran sus parientes, bajo pena de nulidad. Asimismo obligaba a los empleados de hacienda a prestar fianza para el desempeño de sus destinos. En cuanto a la formalidad, no establecía ningún requisito.

El Código de 1933 Decreto Legislativo número 1932, regula de igual manera a la fianza.

En 1964 se promulga el Decreto Ley 106 que contiene al Código Civil vigente, en donde algunas modificaciones relevantes son la posibilidad de onerosidad del contrato, que la obligación conste por escrito para su validez y que limita la responsabilidad del fiador al permitir la constitución de prenda o hipoteca, entre otras.



- **Fianza mercantil**⁴¹

Las fianzas de empresa, como eran denominadas, iniciaron a funcionar en el país a través del Decreto 1585 del presidente con fecha 29 de septiembre de 1934 con el propósito de que los funcionarios encargados de la recaudación de rentas, manejo, aprobación de cuentas, bienes o valores de propiedad del Estado, tuviesen facilidades para protestar la caución que les era exigida.

De acuerdo con el Código fiscal de 1881 los empleados estatales estaban obligados a prestar una fianza antes de tomar posesión de sus cargos a favor de la hacienda pública.

Con los decretos gubernativos 974 y 978 de 28 de junio y 20 de septiembre de 1928 respectivamente, la secretaría de la hacienda a través de la dirección de cuentas era quien tenía la facultad para calificar y aprobar las fianzas para conceder posesión del cargo de funcionarios públicos.

Estas fianzas debían constar en escritura pública y su objeto eran bienes del empleado o de un particular se comprometía en su lugar, sin embargo, algunas veces estas cauciones eran vendían o rentadas lucrando con el requisito solicitado por la administración pública.

⁴¹ Aguilar, **Ob. Cit.**; pág. 111.



Para mayor eficiencia y facilidad se autorizó al crédito hipotecario nacional a través de su departamento de fianzas que las emitiera. Las pólizas emitidas garantizaban al empleado hasta un máximo de 25 sueldos y este a su vez pagaría una prima del uno y medio por millar sobre el monto total de la póliza.

Luego el Decreto 1591 modificó los montos de la prima y se estableció que el presidente de la república, secretarios y subsecretarios, ahora ministros y viceministros, personal de inspección del a hacienda y del departamento monetario y bancario, miembros del cuerpo diplomático y consular de Guatemala acreditado en el extranjero estarían exentos de prestar la misma.

Con la Ley orgánica del departamento de fianzas, Decreto número 1986 del 25 de junio de 1937, aprobado por el Congreso a través del Decreto legislativo número 2302 del 19 de abril de 1938 se derogan todas las disposiciones anteriores sobre la fianza y queda el crédito hipotecario nacional como emisor de pólizas que causan cargos de la administración pública y ya no quienes a la persona en particular, aunque quien tomaba posesión debía de pagarla.

El 6 de abril de 1945 se otorgó autorización a la "Unión central de pilotos automovilistas" para expedir fianzas a favor de sus asociados y en diciembre de 1951 se le autorizó para prestar fianzas a favor de particulares. Posteriormente, el 5 de noviembre de 1945 se autoriza a la Afianzadora guatemalteca, S.A. para emitir todo



tipo de fianzas y la Aseguradora Quetzal S.A. obtuvo autorización el 11 de julio de 1956.

Con el Decreto-Ley 473 de mayo de 1966 se le dio plazo de dos años para que estas se organizaran ya sea fuese como afianzadoras o como aseguradoras para ser constituidas como dos entidades separadas ya que las empresas operaban ambos contratos de forma indistinta como la Afianzadora Granai & Townson S.A., Comercial Afianzadora S.A., entre otras.

El trece de agosto de dos mil diez se publicó el Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de la Actividad Aseguradora, normativa que al derogar entre otras, al Decreto Ley 473 Ley sobre seguros, constituye el nuevo marco legal en la referida materia, la cual entre otros, revierte la separación entre afianzadoras y aseguradoras establecida por el anterior Decreto Ley y permite a las aseguradoras emitir el seguro de caución, el cual según la ley, tendrá los mismos efectos y alcances que la fianza mercantil.

En la exposición de motivos de dicha ley se justifica esta acción para “aprovechar las economías de escala y hacer más rentable ambas operaciones”, postura que será analizada dentro de este trabajo.



2.2 Aplicabilidad de las garantías personales sobre las reales

En el ámbito mercantil los contratos de garantía tienen como finalidad proteger el crédito del acreedor ante la posible insolvencia del deudor al reforzar su posición con preferencia sobre terceros al poder perseguir y ejecutar en satisfacción de sus derechos, bienes determinados, como en la garantía real o con una responsabilidad personal adicional, es decir con fiadores o garantía personal.

Sin embargo, en virtud de las características del derecho mercantil, tales como su tendencia a ser internacional e inspirar rapidez y libertad en los medios para traficar, en la práctica tienen mayor aplicación las garantías de carácter personal debido a que se fundan en la responsabilidad personal del comerciante, mientras que en las reales, los comerciantes pueden verse perjudicados al inmovilizar bienes como resultado de la constitución de prendas o hipotecas así como el inconveniente de la ejecución procesal en caso de encontrarse los bienes en un país distinto de donde se encuentre el acreedor.

Aunque debe tomarse en cuenta, con respecto a la inmovilización de bienes derivado de la constitución de garantías, que hay un nuevo campo de riqueza mobiliaria objeto de garantías reales tales como dar en garantía títulos representativos de mercadería, títulos valores o patentes a través de la garantía mobiliaria.



2.2.1 Definición

En virtud de que el Código de Comercio de Guatemala carece de una definición de fianza, se aplica supletoriamente la del Código Civil, el cual en su artículo 2100 establece que “Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra”.

La vinculación del Código Civil con el de Comercio derivada de dicha supletoriedad, hace entender que los conceptos básicos y el tratamiento doctrinario de la fianza civil son aplicables al contrato de fianza mercantil.

En el ámbito civil la fianza es la figura típica de la garantía personal, consistente en la constitución, junto con la obligación garantizada de otra de igual contenido por un tercero y sujeta a un régimen característico en donde se proporciona al acreedor mayor probabilidad de ver satisfecho su interés, ya que se amplía su poder frente a un patrimonio distinto de la persona originariamente responsable.

La fianza mercantil es el contrato “por el cual una persona llamada fiador, se obliga frente al acreedor de otra a cumplir la obligación de ésta si el deudor no la satisface.”⁴²

En el ámbito mercantil guatemalteco el fiador será siempre una sociedad anónima especial denominada afianzadora, la cual debe estar debidamente autorizada para operar, sujeta a control y fiscalización de la superintendencia de bancos, la cual, según la Ley de supervisión financiera, Decreto número 18-2002 en su artículo primero

⁴² Ávila Merino, Luis Miguel. *La fianza mercantil*, p. 45.



determina: “La Superintendencia de Bancos es un órgano de Banca Central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito”.

Debido a que la fianza es una institución consolidada jurídica y legalmente, pese a la existencia de diversas definiciones, su esencia no varía.

En el ámbito civil, Mazeaud citado por Ernesto Viteri, define a la fianza como el “contrato por el cual una persona, llamada ‘fiador’ o ‘fidejusr’, contrae el compromiso de pagarle al acreedor, si el deudor, llamado ‘deudor principal’ no cumple.”⁴³

René Arturo Villegas Lara define a la fianza mercantil como el contrato “aquel en el que una afianzadora se compromete a responder de las obligaciones de otra persona, conforme las normas y tarifas que dicta la Superintendencia de Bancos”.⁴⁴

Según Joaquín Garrigues en su obra Contratos bancarios, la determina como “todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tiene por objeto una operación bancaria”.⁴⁵

⁴³ Viteri, Ernesto R, **Los contratos en el Derecho civil guatemalteco**, parte especial, pág. 481.

⁴⁴ Villegas, Ob. Cit, pág 279.

⁴⁵ Citado por Ávila Merino, Luis Miguel. **La fianza mercantil**, pág. 206.



El jurista guatemalteco Edmundo Vásquez Martínez establece que es el contrato “aquel por el cual una afianzadora, a cambio de una retribución (prima), se compromete con el acreedor a responder por las obligaciones de otro (fiador), para el caso de incumplimiento.”⁴⁶

Como se observa, los elementos básicos de la institución se encuentran en las diversas definiciones.

2.3 Características del contrato de fianza

2.3.1 Típico mercantil

Este contrato está nominado el Código de Comercio de Guatemala y en la Ley de la actividad aseguradora, cumpliendo con ello esta característica.

2.3.2 Bilateral

Las partes se obligan recíprocamente a cumplir con una prestación, el tomador de la fianza se obliga a hacer efectivo el pago de la prima convenida y la afianzadora a pagar al beneficiario en defecto del tomador, por el acontecimiento incierto que ha sido establecido en la póliza.

⁴⁶ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**, pág. 762.



2.3.3 Consensual

La fianza mercantil nace a la vida jurídica con el mero consentimiento de las partes. De no haber póliza, el Artículo 1026 del Código de Comercio determina que “la fianza se probará por la confesión de la afianzadora, o por cualquier otro medio, si hubiere un principio de prueba por escrito.”

2.3.4 Accesorio

La fianza exige una obligación preexistente y principal a la cual garantizará, la cual tiene lugar entre el principal deudor y el acreedor.

2.3.5 Oneroso, conmutativo

El Código Civil determina en su Artículo 1590 que “Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito, aquél en que el provecho es solamente de una de las partes”; los principios de que toda prestación se presume onerosa y la intención de lucro en el derecho mercantil dejan fuera toda duda en cuanto a la onerosidad de este contrato ya que la aseguradora obtendrá derivado de la prima pagada por el fiador, el lucro respectivo.

El Código Civil establece en su artículo 1591, que “El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el



contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.”

Con respecto a la conmutatividad del contrato se considera que lo es porque ambas partes determinan el beneficio derivado del contrato. Asimismo, también puede tener carácter aleatorio ya que la prestación debida depende del acontecimiento incierto determinado en la póliza, es decir, que el beneficiario no sabe si va a haber incumplimiento del deudor, ni la afianzadora si tendrá que pagar algo, cuándo y cuánto.

2.3.6 Contrato por adhesión

Debido a la contratación en masa que caracteriza al derecho mercantil, las afianzadoras uniforman las obligaciones que asumirán mediante una póliza las cuales deberán regirse por lo establecido en el Código de Comercio el cual regula en el Artículo 673 en su parte conducente “Contratos mediante pólizas. “Son aplicables a los contratos a que se refiere este artículo las reglas establecidas en el anterior.”

En cuanto a los contratos mediante formulario el Código de Comercio establece “Artículo 672. Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas:



- Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.
- Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.
- Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.”

2.3.7 Personal

La fianza mercantil no implica un poder inmediato y directo sobre bienes, es decir, no es un derecho real sino personal.

2.3.8 De garantía

El fiador está obligado a pagar al beneficiario en caso de incumplimiento del deudor afianzado, garantizando así el fin último del negocio jurídico: su cumplimiento.

2.4 Elementos del contrato

2.4.1 Elementos personales o subjetivos

De acuerdo a la definición de fianza, se observa que su contenido se organiza a través de una estructura compleja ya que si bien participan tres sujetos “para la existencia del contrato, se requiere únicamente el consentimiento de dos de ellas: el acreedor de otro y el fiador.”⁴⁷

⁴⁷ Viteri, Ernesto R. *Ob. cit.*, pág. 495



- **El acreedor o beneficiario**

Titular de un derecho de crédito frente a una afianzadora en caso de incumplimiento del principal deudor, es decir, el fiado.

- **El deudor o fiado**

Persona comprometida por una obligación que se garantiza con el contrato de fianza y en cuyo favor se otorga, cabe mencionar que usualmente es ajeno al contrato de fianza.

- **Fiador**

En el ámbito mercantil el fiador será una sociedad anónima especial denominada afianzadora, cuyo giro ordinario es la actividad de fianzas a título oneroso, contrato en virtud del cual asume responsabilidad en caso de incumplimiento del deudor.

Estas para poder operar deben estar autorizadas, tener capital pagado mínimo, estar aprobadas por la superintendencia de bancos con respecto al texto de pólizas, contrato de reafianzamiento y de solicitud de póliza correspondiente a cada tipo de fianza y tarifario.



2.4.2 Elemento real u objetivo

- **Definición**

El objeto en un negocio jurídico se refiere a la prestación o prestaciones recíprocas dentro de la relación jurídica. En el caso de la fianza, consiste tanto en la obligación del fiador de cumplir con la responsabilidad del deudor principal como la del fiado de pagar la prima.

- **Requisitos de las obligaciones a garantizar**

- **Su finalidad es afianzar prestaciones**

Pueden afianzarse obligaciones de dar sumas de dinero, entregar cosas ciertas o inciertas, de hacer o no hacer, siempre y cuando no sea una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal. El fiador puede obligarse a menos, pero nunca a más que el deudor principal y en caso existiese duda sobre su extensión, si se hubiera obligado a más, ésta se reducirá a los límites de la del deudor.

Es importante resaltar que cuando la obligación principal consistiere en entregar cosas ciertas o en hechos del deudor, la obligación del fiador se limita a satisfacer los daños y perjuicios que derivan de la inejecución de la obligación la fianza consistirá en el pago de daños y perjuicios si fuese de naturaleza *intuitu personae*.



- **Validez de la obligación**

La fianza exige que la obligación principal sea válida, es decir, pueden ser obligaciones civiles o naturales, accesorias o principales, presentes o futuras, deriven de un contrato, la ley o de un hecho ilícito, cualquiera que sea el acreedor o deudor y aunque el acreedor sea persona incierta; si el valor de la deuda es determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, inmediatamente exigible o a plazo condicional.

Con respecto a los hechos ilícitos es importante destacar que pueden afianzarse obligaciones cuya causa sea un hecho ilícito. Así como consecuencia de un delito o cuasidelito, el culpable es condenado a pagar una suma de dinero a la víctima, ésta obligación puede ser afianzada. Distinta es la hipótesis de que se pretenda afianzar hechos ilícitos futuros. Así el contrato de fianza sería nulo.

Se reputará nula si la obligación principal es inexistente o está extinguida o el contrato del que deriva es nulo o ha sido anulado.

El Código Civil en su artículo 2104 determina: “Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es válida. Se exceptúa el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor, si el fiador tuvo conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse.”



2.4.2 Elementos formales

Si bien el contrato de fianza es consensual, es necesario contar con un documento que respalde dicho compromiso denominado póliza, el cual es “un documento mercantil en el que constan las obligaciones y derechos de las partes”.⁴⁸

Sin embargo, el Artículo 1026 del Código de Comercio determina que a falta de póliza, la fianza se probará por la confesión de la afianzadora, o por cualquier otro medio si hubiere un principio de prueba por escrito.

En caso de existir póliza, ésta debe de cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 1025 del mismo cuerpo legal:

- El lugar y la fecha de su emisión.
- Los nombres y domicilios de la afianzadora y del fiado.
- La designación del beneficiario.
- La mención de las obligaciones garantizadas y el monto y circunstancias de la garantía.

⁴⁸ De Pina Rafael. **Diccionario de Derecho**, pág. 98.



- La firma de la afianzadora, la cual podrá ser autógrafa o sustituirse por impresión o reproducción.
- Estar debidamente autorizada por la superintendencia de bancos.

2.5 Clases de fianzas

2.5.1 En cuanto a la responsabilidad del fiador

- **Subsidiaria**

Tiene lugar cuando concurren varios sujetos quienes son titulares de derechos u obligaciones frente a la otra parte del contrato, sea en forma activa, pasiva o mixta.

Esta modalidad se aplica en el ámbito civil, ya que implica la facultad del fiador a excusarse de pagar en cuanto no se le solicita primeramente al fiado.

El Código Civil regula la responsabilidad del fiador en los Artículos 2106, 2107 y 2108 a continuación transcritos.

“Artículo 2106.- No puede compelerse al fiador a pagar al acreedor, sin previa excusión de los bienes del deudor”.



“Artículo 2107.- La excusión no tiene lugar: 1o.- Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella; 2o.- Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor; y 3o.- En caso de quiebra o de cesión de bienes del deudor.”

“Artículo 2108.- Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerle al acreedor luego que éste lo requiera para el pago y señalarle bienes realizables del deudor que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación”.

- **Solidaria**

Modalidad consistente en que los sujetos del negocio jurídico concurren en común y cada obligado puede ser compelido a la prestación de la obligación, en forma absoluta, sin que sea susceptible de dividirse en tantas partes como obligados haya.

El Licenciado Aguilar la define como “aquella en que el acreedor podrá dirigirse al fiador para obtener la prestación a que se haya comprometido el deudor sin que previamente se haya emplazo a éste (deudor), puesto que la solidaridad les ha proporcionado a ambos la misma categoría en cuanto al cumplimiento del compromiso, sin que se pueda alegar los beneficios característicos de este contrato.”.⁴⁹

⁴⁹ Aguilar Monzón, **Ob. Cit.**; pág. 60.



2.5.2 En cuanto a su origen

De acuerdo a la naturaleza jurídica de la fuente que origina la constitución de la fianza, estas pueden ser convencionales, legales y judiciales.

- **Convencional**

Nace de un acuerdo de voluntades, es decir, que es requerida por la voluntad del garante.

- **Legal**

Consiste en la fianza instituida en virtud de una disposición legal y al margen de la voluntad del fiador.

- **Judicial**

La fianza es constituida al margen de la voluntad del fiador por ser producto de la resolución de un tribunal. Debido a que en la fianza legal y judicial no existe un acreedor que acepte la fianza, es el juez quien lo hace.



2.5.3 En cuanto a la calidad del fiador

- **Civil**

Es la que se constituye por una persona individual o jurídica con o sin ánimo de lucro, es por colaboración hacia el deudor como una mejor garantía para el acreedor.

- **Mercantil**

Es la que emite una afianzadora autorizada de conformidad con la ley, interesándole el lucro que pueda obtener, o que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante.

2.5.4 En cuanto a su extensión o alcance de la responsabilidad del fiador

- **Definida o limitada**

Su monto y características están establecidos de forma expresa, por ejemplo, cuando se constituye prenda o hipoteca con respecto al monto garantizado.



- **Indefinida o ilimitada**

En virtud de que pueden establecerse obligaciones presentes, incluso futuras, el Artículo 2103 del Código Civil: “El fiador puede limitar su responsabilidad constituyendo prenda o hipoteca. Si la fianza no fuere limitada, el fiador queda obligado no sólo por la obligación principal sino por el pago de intereses, indemnización de daños y perjuicios en caso de mora, y gastos judiciales. El fiador no responderá de otros daños y perjuicios y gastos judiciales, sino de los que se hubieren causado después de haber sido requerido para el pago.”

2.5.5 Por la retribución

- **Fianza a título gratuito**

Entiéndase por gratuita la fianza en caso de que no exista una remuneración, compensación o contraprestación.

Generalmente la fianza gratuita tiene aplicación en el derecho común o civil, ya que excepcionalmente se remunerará al fiador por su compromiso

- **Fianza a título oneroso**

Será onerosa la fianza cuando exista remuneración, compensación o contraprestación es decir, cuando la otorgue una afianzadora.



2.6 Extinción del contrato

La extinción de un negocio jurídico tiene lugar por las causales en ley determinadas. En el Código de Comercio no se enumeran las causas de extinción de la fianza, sin embargo, en virtud del principio de supletoriedad se aplican las reguladas por el Código Civil.

La obligación del fiador puede extinguirse de dos maneras, por vía principal o bien por la vía de la consecuencia.

2.6.1 Vía principal

Por la vía principal, se extingue por las mismas causas que las obligaciones, por ejemplo, el pago, que de acuerdo con algunos autores es más bien una forma de cumplimiento de la obligación y no una extinción; así mismo la compensación, novación, remisión, confusión y prescripción.

- **Compensación**

En el ámbito civil, la compensación opuesta por el deudor contra el acreedor extingue la obligación y consecuentemente la del fiador. El fiador puede oponer en compensación un crédito propio contra el acreedor.



- **La novación**

En el derecho común la novación objetiva o subjetiva, pactada entre acreedor y deudor principal extingue la fianza. El cambio de acreedor, por cesión del crédito o por subrogación, no altera la situación del fiador. El cambio de deudor siempre extingue la fianza.

- **Condonación**

Si el acreedor condona la deuda al deudor principal, se extingue necesariamente la fianza, sin embargo, si el acreedor puede renunciar a la garantía condonando la obligación de fianza y ello en nada afecta a la obligación principal.

- **Confusión**

La confusión que recae en el deudor y el acreedor, extingue junto a la obligación principal, la fianza. La confusión entre acreedor y fiador extingue la fianza, no así, la obligación principal.

2.6.2 Vía de la consecuencia

En el ámbito civil la obligación accesoria, en este caso la fianza, se extinguirá al así hacerlo la obligación principal. En el ámbito mercantil, cuando prescribe el derecho principal de la fianza, las acciones del beneficiario en contra de la afianzadora prescriben en dos años.



2.6.3 Otras formas de extinción

- **Dación en pago**

Civilmente, si el acreedor acepta voluntariamente bienes en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.

Producida la evicción en la cosa dada en lugar de pago, puede el acreedor, a su elección, hacer valer las normas del saneamiento para el caso de evicción o exigir la prestación originaria, en este segundo caso podría dudarse si la fianza revive también.

- **Prórroga**

La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza. El Artículo 2117 del Código Civil establece “La prórroga concedida al deudor sin el expreso consentimiento del fiador, extingue la obligación de éste”.

- **Transacción**

La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para el deudor principal. La transacción realizada entre el acreedor y el deudor principal tampoco surte efecto para con el fiador contra su voluntad.



- **Interrupción de la prescripción**

La interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda surte efecto también contra su fiador. En virtud de la naturaleza accesoria de la fianza tiene lugar la extensión al fiador de la interrupción de la prescripción de la deuda garantizada.

- **Nulidad de la obligación principal**

Con respecto a esta forma de extinguir la obligación de las afianzadoras el Artículo 2104 del Código Civil determina “Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es válida. Se exceptúa el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor, si el fiador tuvo conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse”.





CAPÍTULO III

3. Generalidades del contrato de seguro

En la antigüedad cuando un comerciante iniciaba negocios en un país extranjero pagaba cierta cantidad de dinero con el fin de asegurar sus mercancías o bienes expuestos a riesgos para evitar que posibles pérdidas trajeran como consecuencia el cierre del negocio. Este convenio es conocido hoy en día como póliza de seguro.

3.1 Antecedentes históricos

La contratación de seguros se cataloga como una de las actividades económicas más importantes debido a que está directamente relacionada con la protección y seguridad en la distribución y transporte de bienes producidos para negociar.

De acuerdo al estudio del derecho de seguros, la evolución histórica de esta institución se divide en tres etapas.

3.1.1 Primera etapa

Abarca desde el origen de la sociedad, hasta el siglo IV después de Cristo.



- **Antigüedad**

En Babilonia el Código Hammurabi instituyó una indemnización que era otorgada por organizaciones de socorro mutuo en caso de accidentes de trabajo de sus miembros.

Los propietarios de caravanas, barcos y mercancías debían asociarse para contribuir económicamente en caso de robo, pérdida o cualquier otro daño producto de la aventura o viaje a través de la sustitución de bienes o reparación económica.⁵⁰

El principio de no enriquecimiento en el contrato de seguro fue un aporte de los hebreos en el Talmud; el pago por daños siempre se hacía en especie y nunca en dinero debido a éstos no pueden constituir fuente de enriquecimiento alguno.⁵¹

A diferencia del derecho civil en donde los romanos hicieron los aportes más determinantes en cuanto a instituciones jurídicas, los griegos lo hicieron en cuanto al derecho mercantil al regular instituciones aún vigentes como la avería común, echazón, conocida actualmente como avería gruesa, y el préstamo a la gruesa ventura, institución considerada como el primer antecedente del contrato de seguro.⁵²

⁵⁰ Penagos Botero, Andrea, **El seguro de cumplimiento en la contratación administrativa**, tesis, pág. 7.

⁵¹ <http://www.segurosuniversales.net/portalnew/ES11/historiaDelSeguro.html> (3 de febrero de 2010).

⁵² Villademoros Gamoneda, José Rico, **Historia del seguro: antigüedad y edad media hasta el siglo XIV**, <http://www.suite101.net/content/historia-del-seguro-antiguedad-y-edad-media-hasta-el-siglo-xiv-a39607#ixzz1GAthvgrV> (9 de marzo de 2011).



En Roma estaban reguladas las estipulaciones *cum moriar* los cuales eran contratos sobre la vida con cierta similitud al seguro debido a que se hacía entrega a los herederos de dinero al fallecer quien instituía el mismo.

Existía también un seguro de accidentes que cubría gastos de enfermedad o daños causados por cesación de las actividades laborales, excluyendo de este beneficio a los esclavos. Asimismo los colegios militares pensionaban viudas e hijos de militares fallecidos en servicio.

Cerca del siglo XII, surge la institución denominada préstamo a la gruesa⁵³ por medio de la cual una persona denominada prestatario, quien era el propietario de mercaderías reembolsaba con intereses a al prestamista si aquella llegaba a buen destino.

La época medieval no fue el mejor ambiente para propiciar el comercio debido a la inexistencia de organizaciones internas que lo buscasen, o a un contexto de convivencia pacífica que así lo favoreciera.

En virtud de la bula papal Decreto gregoriano 1234, la cual prohibía la fijación de intereses en préstamos dinerarios, los comerciantes buscaron formas de lograrlo mediante otras figuras con una finalidad similar.⁵⁴

⁵³ Bulló, Emilio. **El derecho de seguros y de otros negocios vinculados, tomo I**, pág. 37.

⁵⁴ Bulló, **Ob. Cit**; pág. 38.

Es así como tuvieron lugar ventas simuladas con cláusulas de retroventa y contratos privados con banqueros, los cuales consistían en una especie de apuesta. Por ejemplo, se establecía que a cambio de un precio denominado premio, una persona se comprometía a pagar un monto denominado *forfait* en caso de naufragio.

En el siglo XVII surgen las guildes que eran organizaciones de personas que conformaron un bloque común frente a la opresión feudal.

Los miembros colaboraban para proteger a sus integrantes de enfermedades o percances durante un viaje.

Estas evolucionan y en Alemania, Francia y Dinamarca se fundan las guildes de tipo social para ayudas y socorros; posteriormente toman carácter profesional dedicándose a la organización y regulación de aspectos relacionados con el trabajo.

En Italia, específicamente en Génova, fue una provincia que dio lugar a la creación de instituciones relacionadas con el seguro; por ejemplo, el concepto en que se basa actualmente el seguro deviene de la palabra *asseguramentum*, la cual es usada por primera vez en el Decreto de 1309 emitido por el duque de Génova, de conformidad con los estatutos del arte de Calimala del año 1301.⁵⁵

En 1347 aparece en esta provincia el primer contrato de seguro marítimo y en 1385 la primera póliza. Posteriormente, en 1424, una sociedad mercantil suscribió toda clase

⁵⁵ Morles Hernández, Alfredo, **Curso de derecho mercantil**, volumen I, pág. 17.



de seguros bajo el lema *Tam in mari quam in terra*, que significa “tanto en el mar como en la tierra”, la cual comprendía una combinación entre seguro marítimo y terrestre.⁵⁶

En cuanto a las aseguradoras, fue en 1434, con una ley genovesa, que se equipara jurídicamente a los banqueros con los aseguradores, reunidos en compañías aseguradoras.

En 1730 se da por primera vez el fenómeno en el cual varios aseguradores, para disminuir el impacto de un riesgo lo dividían en partes iguales. Esta institución se conoce actualmente como coaseguro.

En la provincia de Florencia los seguros de riesgos marítimos empiezan a funcionar durante el siglo XVI.

La póliza de seguro más antigua de Inglaterra, que data de 1547, se encuentra redactada en italiano, lo cual evidencia la gran influencia de este país en materia de seguros. Debido a la masificación de los problemas surgidos entre asegurado y asegurador, se crea en 1601 la Corte o Tribunal de Seguros para resolver controversias.⁵⁷

⁵⁶ <http://www.segurosuniversales.net/portalnew/ES11/historiaDelSeguro.html> (20 de enero de 2011).

⁵⁷ <http://www.universales.net/portalnew/secc/quienessomos/historiaseguro.jsp> (20 de enero de 2011)



3.1.2 Segunda etapa

Inglaterra cobra un papel importante en esta época, pues al garantizar como estado la libertad en el comercio de los seguros, nutre esta creciente actividad económica.

Surgen en este contexto las *coffe house*, concepto desarrollado por Edward Lloyd, quien instituyó establecimientos que vendían café y al mismo tiempo servían como lugar de reuniones para concretar negocios comerciales y prestación de servicios de información.

A partir de 1681, debido al éxito de las *coffe house*, se crean las sociedades de seguros denominadas Lloyds. Éstas se repartían el riesgo de los asegurados y en sus pólizas se empiezan a observar tecnicismos tales como clasificar y estimar los riesgos de acuerdo con ciertos parámetros como la época en que se llevaba a cabo el contrato, la ruta a seguir, la reputación del puerto, y el peso y la naturaleza de la carga, entre otros.⁵⁸

El mayor aporte de esta etapa fue la racionalización del riesgo a través de su estimación económica.

⁵⁸ Bulló, Emilio. **Ob. Cit.**, tomo I, pág. 52.



3.1.3 Tercera etapa

Abarca a partir de finales del siglo XVIII hasta nuestros días.

- **Seguro Moderno**

Las empresas aseguradoras que se desarrollan durante el siglo XX lo hacen sobre bases técnicas y científicas tales como la ley de los grandes números, el cálculo de probabilidades, las tablas de mortalidad, los cálculos actuariales, entre otros.⁵⁹

El desarrollo de esta actividad es tal que los estados se han visto obligados a fiscalizar el fiel cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro. Para el tomador lo constituye pagar una retribución denominada prima y para la aseguradora, en caso de suceder una pérdida o daño de los bienes identificados en la póliza, responder con el pago dicho daño o pérdida, bajo los términos del contrato respectivo.

- **Derecho Guatemalteco⁶⁰**

El origen de las compañías aseguradoras en Guatemala, se inició con la fundación del departamento de seguros y previsión del crédito hipotecario nacional de Guatemala el 14 de febrero de 1935.

⁵⁹ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco, tomo III**, pág. 220.

⁶⁰ Hernández Yol, Juan Carlos, **Aplicación de las normas internacionales de contabilidad de una empresa nacional de seguros en el ramo de daños**, tesis, pág. 5



Inicialmente esta entidad se crea con la finalidad de emitir pólizas de seguro de personas, específicamente de vida y contra los riesgos de incendio y terremoto y posteriormente de daños, dirigidas a las distintas entidades autónomas, descentralizadas, centralizadas de la administración pública así como demás empresas del Estado.

Es importante destacar que no obstante ser la más antigua emisora de seguros en el país, por no ser una compañía independiente, no es considerada como tal.

Para llevar a cabo estas operaciones, la entidad debía de contar con el formal concurso de empresas aseguradoras para que reasegurarla por el cien por ciento de los riesgos que éste le cediere, conforme a los contratos que para el efecto se celebraran.

Las operaciones se llevaban a cabo sin correr riesgos y sin percibir ningún producto fuera de las comisiones, porque la totalidad de las primas eran cedidas a los reaseguradores.

Con el Decreto gubernativo número 3101 del 17 de mayo de 1944 el departamento de seguros empezó a percibir el cinco por ciento que recaudaba ya que esta normativa le autorizó tomar de todos los seguros emitidos un cinco por ciento de los riesgos asegurados y con el noventa y cinco restante procedería en la misma forma en que se venía operando.



Si bien el departamento de seguros no percibía inicialmente ganancias por la emisión de las pólizas de seguro de daños, compensaban con la obligación que las compañías extranjeras tenían, de que todos los comprobantes de pago de sus primas, causaran un impuesto adicional de uno por millar sobre el importe de las primas netas, a favor de esta entidad.

La firma *Lloyd's* de Inglaterra se encargó de reasegurar las pólizas de seguro que el crédito hipotecario nacional emitió mientras no existieron compañías nacionales de seguros. Ello se hizo por medio de sus representantes en Guatemala, Mario Granai Andrino y Ernesto Townson, quienes eran agentes vendedores de seguros del departamento de seguros del crédito hipotecario nacional.

El 25 de junio de 1947 ambos decidieron fundar la compañía de seguros Granai & Townson, S.A.

El licenciado Hernández Yol expone en su trabajo de tesis que “Antes de esta Compañía se autorizó a operar a la Comercial Aseguradora, S.A., con fecha 29 de marzo de 1946, quien a su vez era representante de la compañía norteamericana *The Hannover Insurance Co.* Después de estas dos empresas, fueron fundadas: Seguros Cruz Azul de Guatemala, S.A., el 30 de junio de 1951; Aseguradora Quetzal, S.A., en junio de 1952; Seguros Universales, S.A., el 5 de octubre de 1962; la Seguridad de Centroamérica, S.A., el 17 de noviembre de 1967. Con fecha 1 de abril de 1968 y derivada de la aplicación del Decreto-Ley 473, Ley de Seguros, el cual se dispuso



nacionalizar a todas las empresas extranjeras que operaban en el país, se fundaron Aseguradora General, S.A., antiguamente *Assicurazioni Generali* de Italia; La Alianza, antigua agencia de *Alience Insurance Co.* De Inglaterra; La Panamericana, S.A., antigua agencia de *The Panamerican Life Insurance Co.* de New York, Estados Unidos”.

De acuerdo a la publicación de marzo de 2011 sobre información financiera de las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la superintendencia de bancos, actualmente están legalmente autorizadas para operar en el país 28 compañías de seguros:

- Departamento de seguros y previsión del crédito hipotecario nacional de Guatemala.
- Seguros G&T, S.A.
- Aseguradora mundial-colectivos empresariales, S.A.
- Seguros universales, S.A.
- Chartis seguros Guatemala, S.A.
- Compañía de seguros panamericana, S.A.



- Seguros alianza, S.A.
- Aseguradora general, S.A.
- Seguros el roble, S.A.
- Aseguradora Guatemalteca, S.A.
- Seguros de occidente, S.A.
- Aseguradora la ceiba, S.A.
- Aseguradora de los trabajadores, S.A.
- Columna, compañía de seguros, S.A.
- MAPFRE seguros Guatemala, S.A.
- Seguros agromercantil, S.A.
- Aseguradora rural, S.A.
- Departamento de fianzas de el crédito hipotecario nacional de Guatemala



- Afianzadora guatemalteca, S.A.
- Afianzadora G&T, S.A
- Chartis fianzas Guatemala, S.A.
- Fianzas universales, S.A.
- Fianzas de occidente, S.A.
- Fianzas el roble, S.A.
- Afianzadora general, S.A.
- Corporación de fianzas, confianza, S.A.
- Afianzadora solidaria, S.A.
- Afianzadora de la nación, S.A.

El grado de desarrollo de las aseguradoras ha llegado a tal grado que se hizo necesaria la creación de oficinas fiscalizadoras gubernamentales. En Guatemala el departamento de inspección de seguros y fianzas de la superintendencia de bancos,



adjunta al banco de Guatemala es el ente responsable de vigilar el comportamiento y el fiel cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro.

El desarrollo y tecnificación de la vida humana ha dado lugar al apareamiento de nuevos peligros y nuevas necesidades que hay que amparar con el seguro, asimismo, los ya conocidos peligros de la naturaleza como terremotos, inundaciones, huracanes, entre otros, que dejan como saldo grandes daños y pérdidas. Es así como el seguro se ha convertido en una gran industria que forma parte vital de la economía de todos los países.

3.2 Definición del contrato de seguro

Villegas Lara define al contrato de seguro con base a los artículos 874 y 875 del Código de Comercio en concordancia con la derogada Ley de empresas aseguradoras, Decreto Ley 473: “Por el contrato de seguro, el asegurador, que deberá ser una sociedad anónima organizada conforme a la ley guatemalteca, se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al ocurrir el riesgo previsto en el contrato, a cambio de la prima que se obliga a pagar el asegurado o el tomador del seguro”.⁶¹

El jurista Vivante citado por el licenciado Villegas Lara lo define como “contrato por el cual una empresa se obliga a pagar determinada suma cuando ocurra un evento

⁶¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, tomo III**, pág. 223.



fortuito, mediante una prima, calculada según la probabilidad de que el evento suceda.”⁶²

El español Garrido y Comas determina que “por el contrato de seguro el asegurador se obliga, mediante la percepción de una cuota o prima, a realizar la prestación convenida, al asegurado o a los beneficiarios por él designados, de producirse la eventualidad prevista en el contrato relativo a la persona o bienes del asegurado.”⁶³

El contrato de seguro también es “aquel por el cual una persona denominada asegurador promete a otra llamada asegurado, una prestación subordinada a la realización de un riesgo determinado, mediante una suma denominada prima o cuota”.⁶⁴

La licenciada Solares Sagastume establece que es “aquel por el que el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima, y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.”⁶⁵

⁶² Villegas, **Ob. Cit**; pág. 222.

⁶³ **Íbid.**

⁶⁴ Ávila Merino, Luis Miguel, **La fianza mercantil**, pág. 45.

⁶⁵ Solares Sagastume, Sandra Danitza, **Los mecanismos alternos de resolución de conflictos en el área de seguros**, pág. 5.



El jurista mexicano Francisco Quevedo con respecto a este negocio jurídico expone que “la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato”.⁶⁶

Expone el autor Luis Miguel Ávila Merino respecto de este negocio jurídico que “La relación jurídica principal en el contrato de seguros es entre dos personas, el asegurado (que paga la prima) y el asegurador (que asume el riesgo) es una relación directa entre los dos, y una tercera persona eventual llamada beneficiario, que solo entra en la relación al momento de la ocurrencia del siniestro y solamente en algunos tipos de seguros, como, por ejemplo, el de la responsabilidad civil, el seguro de transporte y el seguro de vida, en los demás el pago se efectúa directamente en la persona del asegurado.”⁶⁷

3.3 Principios del contrato de seguro

El Código de Comercio de Guatemala regula cuatro principios en los que se basa este negocio jurídico, primero, el contrato de seguro no es lucrativo; segundo, buena fe; tercero, interés asegurable y el cuarto, subrogación.

Existen otros principios enfocados al riesgo tales como misma posibilidad de riesgo, riesgo valorable económicamente, riesgo fortuito y licitud del mismo.

⁶⁶ Quevedo, **Ob. Cit**; pág. 250.

⁶⁷ Ávila, **Ob. Cit**; p. 45.



- **No lucrativo**

El asegurado no debe obtener ganancias producto de la contratación de este negocio jurídico, es decir, el contrato de seguro no es una fuente de ingresos.

El Código de Comercio regula “Artículo 885. El seguro no es lucrativo. Respecto al asegurado, los seguros de daños son contratos de simple indemnización y en ningún caso pueden constituir para él fuentes de enriquecimiento”.

- **Buena fe**

Entiéndase el “modo sincero y leal con que se procede en los negocios y convenciones aquel que no pretende engañar a las personas con quienes lo celebra”.⁶⁸

Von Tuhr, citado por Peña Nossa, establece que “el principio de buena debe presidir las vinculaciones y negocios mercantiles, remite a la validez de los actos jurídicos en cuanto estos se encuentra sustento en su aplicativa práctica”.⁶⁹

La norma ordinaria mercantil establece en cuanto a este principio: “Artículo 909. Declaración de buena fe. Si se realiza el siniestro antes de que el asegurador haya hecho la notificación prevista en el artículo anterior, y el asegurado ha obrado sin mala fe ni culpa grave, la suma asegurada se reducirá, si el riesgo fuere asegurable, a la que

⁶⁸ Peña Nossa, Lisandro, **De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales, negocios del empresario**, pág. 108.

⁶⁹ **Ibid.**



se hubiere obtenido con la prima pagada de no haber habido omisión o declaración inexacta.

En caso de que el riesgo no fuere asegurable, el asegurador quedará liberado del pago del siniestro.

Si el asegurado obra de mala fe o con culpa grave, podrá darse por terminado el contrato, aunque la circunstancia omitida o inexactamente declarada no haya influido en la realización del siniestro”.

- **Interés asegurable**

Debe existir por parte del asegurado, interés en el resguardo de su patrimonio. Al respecto, la ley ordinaria mercantil determina “Artículo 919. Interés asegurable. Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser protegido mediante un contrato de seguro contra daños.

Si se asegura una cosa ajena por el interés que en ella se tenga, se considerará que el contrato se celebra también en interés del dueño; pero éste no podrá beneficiarse del seguro sino después de cubierto el interés del contratante y de haberle restituido la parte proporcional de las primas pagadas”.



- **Subrogación**

Con respecto a esta forma de transmitir las obligaciones ya expuesta en el capítulo primero, el Artículo 937 del Código de Comercio de Guatemala establece “El asegurador que pague la indemnización se subrogará hasta el límite de la cantidad pagada, en todos los derechos y acciones que por causa del daño sufrido correspondan al asegurar, excepto en el caso de que, sin haber sido intencional el siniestro, el obligado al resarcimiento fuese el cónyuge, un ascendiente o un descendiente del asegurado.

Si el daño fuere indemnizado sólo en parte, el asegurador podrá hacer valer sus derechos en la proposición correspondiente”.

- **Misma posibilidad de riesgo**

Para que la aseguradora pueda distribuir la posibilidad del riesgo es necesario que todo asegurado esté expuesto a la misma posibilidad de riesgo.

- **Valorable económicamente**

El interés asegurable debe ser susceptible de ser valuado en dinero.



- **Lícito**

De acuerdo con los requisitos de validez de todo negocio jurídico, el objeto debe ser siempre lícito, es decir, permitido dentro del marco de la ley.

El Artículo 1255 del Código Civil establece “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

- **Fortuito**

El acaecimiento del riesgo debe ser accidental e inevitable, nunca intencional.

3.4 Características del contrato de seguro

3.4.1 Típico mercantil

Este contrato está nominado el Código de Comercio de Guatemala y en la Ley de la actividad aseguradora, cumpliendo con ello esta característica.

3.4.2 Bilateral

En este negocio jurídico las partes se obligan recíprocamente a cumplir con una prestación siendo así que el tomador se obliga a hacer efectivo el pago de la prima

convenida y la aseguradora cumple al beneficiario en defecto del tomador, por el siniestro acaecido y previamente determinado en la póliza.

3.4.3 Consensual

El contrato de seguro se perfecciona en el momento en que las partes se ponen de acuerdo en celebrarlo, lo cual se presume cuando el asegurado recibe la aceptación del asegurador sin supeditar al pago de la prima inicial o entrega de la póliza.

El Artículo 882 del Código de Comercio establece en cuanto al perfeccionamiento del contrato que “ El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurado o contratante reciba la aceptación del asegurador, sin que pueda supeditarse su vigencia al pago de la prima inicial o a la entrega de la póliza o de un documento equivalente”.

Otros autores establecen que este contrato se caracteriza porque cobra vida jurídica en cuanto se cumplen las formalidades necesarias o se hace entrega de la prima dándole con ello un carácter real al negocio jurídico.

3.4.4 Principal

Este negocio jurídico subsiste por sí mismo, su existencia y validez no depende de un contrato anterior o posterior.



3.4.5 Oneroso

El Artículo 1590 del Código Civil establece “Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito, aquel en que el provecho es solamente de una de las partes”.

Por el solo hecho de ser un contrato mercantil, el seguro es de carácter oneroso ya que las partes se gravan recíprocamente.

3.4.6 Aleatorio

Es aleatorio en virtud de que el objeto del contrato depende de un suceso futuro e incierto. Es por ello que la lesión no tiene lugar en este contrato, el riesgo es propio de este contrato.

Es importante destacar que en la actualidad los cálculos actuariales son más certeros y técnicos. Las aseguradoras reducen su riesgo de perder. El negocio del seguro juzgado empresarialmente puede no ser aleatorio, pero el contrato en particular sí lo es.

3.4.7 Contrato por adhesión

Debido a la contratación en masa que caracteriza al derecho mercantil, las aseguradoras uniforman las obligaciones que asumirán mediante cláusulas en una póliza, las cuales deberán regirse por lo establecido en el Código de Comercio.



La técnica de formulación de este contrato se realiza mediante una póliza y las cláusulas son impuestas por el asegurador, previa aceptación de la superintendencia de bancos como parte de la protección estatal en cuanto a la redacción de cláusulas leoninas.

La normativa ordinaria mercantil establece en la parte conducente del Artículo 673 con epígrafe contratos mediante pólizas que “Son aplicables a los contratos a que se refiere este artículo las reglas establecidas en el anterior”, refiérase al Artículo 672 el cual determina “Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas:

1. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.
2. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.
3. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.”



3.4.8 Tracto sucesivo

En el contrato de seguro, tanto la obligación de pagar la prima por parte del tomador como la de garantizar el cumplimiento de la obligación por la aseguradora, se cumplen dentro de un término que se prolonga después de celebrado el contrato, de allí que la característica se denomine de tracto sucesivo.

3.4.9 Buena fe

Durante la celebración y vigencia del contrato debe el asegurador tanto como el asegurado manifestar su buena fe *-ubérrima fidei contractus-* ya que representa en el caso del asegurado, una posible ventaja patrimonial; si se falta a la verdad, el contrato puede ser anulado o rescindido.

3.5 Elementos del contrato

3.5.1 Elemento subjetivo

- **Asegurador**

Es la persona que garantiza el resarcimiento a causa del incumplimiento de la obligación. Debe ser una persona jurídica constituida como una sociedad anónima especial, denominada aseguradora, que como actividad principal tiene dedicarse profesionalmente a asumir riesgos ajenos a cambio de una retribución denominada prima.



Las aseguradoras están sujetas al control de la superintendencia de bancos, la cual vigila que cumplan con aspectos tales como apego a las bases técnicas de planes, tarifas y pólizas.

La Ley de la actividad aseguradora en su Artículo seis establece los requisitos formales para su constitución: “Las aseguradoras o reaseguradoras privadas nacionales deberán cumplir los requisitos siguientes:

- a) Constituirse como sociedades anónimas con arreglo a la legislación general de la República de Guatemala y observando lo establecido en la presente Ley;
- b) Tener por objeto exclusivo el funcionamiento como aseguradora o reaseguradora;
- c) Su denominación social y nombre comercial deben expresar que su actividad corresponde a aseguradoras o reaseguradoras;
- d) La duración de la sociedad debe ser por tiempo indefinido; y,
- e) Su domicilio debe estar en la República de Guatemala, donde debe celebrar sus asambleas generales de accionistas”.

El Artículo cuarenta del mismo cuerpo legal estipula quienes no pueden negociar seguros “Artículo 40. Negociación de seguros. Se prohíbe a toda persona individual o



jurídica no autorizada conforme a esta Ley, colocar o vender seguros o ejercer la práctica de cualquier otra operación activa de seguros en territorio guatemalteco.

Queda a salvo de la prohibición establecida en este artículo, lo dispuesto en convenios y tratados internacionales de los cuales la República de Guatemala sea parte, específicamente para el suministro o comercio transfronterizo de los servicios siguientes:

a) Seguros contra riesgos relacionados con:

1. Embarque marítimo y aviación comercial, y lanzamiento espacial y carga, incluidos satélites. Dicho seguro cubrirá alguno o la totalidad de los elementos siguientes: las mercaderías que son objeto de transporte, el vehículo que transporta las mercancías y cualquier responsabilidad resultante a partir de allí; y,

2. Mercancías en tránsito internacional.

b) Reaseguro y retrocesión;

c) Intermediación de seguros únicamente para los servicios indicados en las literales a)

y b) anteriores; y,

d) Servicios auxiliares a los seguros.



En todo caso, el suministro o comercio transfronterizo de los servicios relacionados en las literales anteriores, deberá cumplir con las normas prudenciales de registro y de supervisión establecidos en las leyes y normas aplicables en Guatemala, conforme los principios internacionales de supervisión de la actividad aseguradora, de protección contra el lavado de dinero u otros activos y contra el financiamiento del terrorismo”.

Asimismo, el Artículo cuatro de esta misma ley determina en cuanto a la colocación de seguros que “Las entidades autorizadas para operar en el país de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley o leyes específicas, son las facultadas para colocar contratos de seguros, de forma directa o por intermediario, en el territorio guatemalteco”.

Por su parte, el reglamento para la comercialización masiva de seguros, resolución de la Junta monetaria 1-2011, establece que la colocación de contratos también puede hacerse a través de personas jurídicas legalmente constituidas en el país con quienes las aseguradoras celebran un contrato mercantil de comercialización.

- Comercializador

Según esta resolución, comercializador es la persona jurídica que cuenta con uno o más establecimientos a través de los cuales realiza venta de seguros en forma masiva en virtud del anterior contrato.



- Intermediarios de seguros

La resolución de la junta monetaria 13-2011 regula a los intermediarios de seguros, entre quienes se encuentran los agentes de seguros dependientes, agentes de seguros independientes y los corredores de seguros, quienes deberán estar inscritos en el registro respectivo de la superintendencia de bancos.

Éstos deberán prestar un seguro de responsabilidad civil profesional por errores u omisiones y fidelidad como garantía por su actuación.

- Ajustadores independientes de seguros y otros

Por último, esta resolución regula a los ajustadores independientes de seguros individuales, administradores, representantes legales y personas que en nombre o representación de una sociedad realicen la actividad de ajuste de siniestro. Los anteriores deben estar inscritos en el registro de la superintendencia de bancos, luego de acreditar sus conocimientos de la actividad aseguradora y en la materia de su especialización.

- **Solicitante**

Es la persona individual o jurídica que de forma directa contrata el seguro en nombre propio o de un tercero determinado o determinable y traslada los riesgos a la aseguradora.



Si una persona contrata el seguro y es también la interesada en trasladar el riesgo, el solicitante es también el asegurado.

Cuando el solicitante no es el interesado en trasladar el riesgo sino que contrata en nombre de un tercero, el solicitante actúa solamente en representación del asegurado.

El Código de Comercio determina: “Artículo 875 Definiciones. Para los efectos de este Código se considera:

2. Solicitante: a la persona que contrata el seguro, por cuenta propia o por la de un tercero determinado o determinable y que traslada los riesgos al asegurador.

Una misma persona puede reunir las calidades de solicitante, asegurado y beneficiario”.

El jurista Quevedo Coronado define al contratante como “la persona que contrata con la empresa aseguradora; puede ser el asegurado o un tercero”.⁷⁰

- **Asegurado**

Es la persona interesada en trasladar el posible riesgo a que está expuesta. Busca disminuir la posibilidad de experimentar una eventualidad o riesgo en su integridad física o esfera patrimonial.

⁷⁰ Quevedo, **Ob. Cit**; pág. 250.



Por su parte, la resolución 1-2011 de la junta monetaria en su Artículo 5 literal c) determina como característica de los contratos de seguro que “el asegurado sea una persona individual”.

- **Beneficiario**

Es la persona quien recibe el beneficio previsto en la póliza en virtud del siniestro y de acuerdo al Código de Comercio en el ya referido Artículo establece en su parte conducente: “4. Beneficiario: la persona que ha de percibir en caso de siniestro, el producto del seguro”.

3.5.2 Elemento objetivo

El elemento real de un contrato consiste en el objeto sobre el cual recae la prestación, en el caso del seguro, el riesgo y la prima.

- **Riesgo**

El riesgo implica la posibilidad de que ocurra un evento económicamente desfavorable. El hecho de que pueda o no suceder el siniestro hace que exista una situación contingente que da origen al interés asegurable de este negocio jurídico.



El asegurado busca eliminar el riesgo al contratar un seguro de caución que satisfaga la prestación pactada.

Este riesgo es definido por la ciencia del seguro y la legislación. De acuerdo con el Artículo 875 numeral seis del Código de Comercio, el riesgo es la eventualidad de todo caso fortuito que pueda provocar la pérdida prevista en la póliza.

Doctrinariamente el riesgo como principal objeto del contrato de seguro puede definirse como la eventualidad o hecho de naturaleza jurídica, que puede o no suceder en cuanto a la persona asegurada.

El siniestro, por otro lado, se refiere a la ocurrencia del riesgo asegurado. Debe tenerse presente que ambas son categorías jurídicas independientes de sus resultados negativos o positivos.

También puede definirse al siniestro como “el hecho incierto por el que se contrata el seguro, aun en el caso de la seguridad de que acontezca, como resulta en el caso de la muerte del ser humano; lo que no es posible precisar es el momento en que ésta pueda darse, así como la forma de la muerte (natural, accidental, colectiva)”.⁷¹

- Características del riesgo

El riesgo debe consistir en una situación dentro del margen de lo jurídicamente catalogado como una posibilidad, es decir, que sea posible.

⁷¹ **Ibid.**



Si el riesgo necesariamente va a ocurrir, no puede ser objeto de seguro ya que ello eliminaría su calidad de aleatorio; en ello radica la característica de incierto respecto del riesgo. En el caso del seguro de vida, lo aleatorio del riesgo consiste en no saber cuándo va a fallecer la persona y no radica en si ocurrirá o no su fallecimiento.

El Código de Comercio establece: “Artículo 906. Desaparición del riesgo. El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración el riesgo hubiere desaparecido o el siniestro se hubiere realizado, salvo pacto expreso basado en que ambas partes consideren que la cosa asegurada se encuentra aún expuesta al riesgo previsto en el contrato. En este caso, el asegurador que conociere la cesación o inexistencia del riesgo, no tendrá derecho a las primas ni a reembolsos de los gastos; el asegurado que sepa que ha ocurrido el siniestro no tendrá derecho a indemnización ni a restitución de primas”.

Por último, deberá ser fortuito y económicamente desfavorable. La primera característica implica que el interés asegurable consiste en el propósito de que el riesgo no se convierta en siniestro, es decir, que exista interés en que el riesgo no suceda, mientras que la segunda, debe generar una pérdida que pueda ser valuada económicamente.



- **Prima**

Retribución o precio del seguro que paga el tomador o asegurado como contraprestación por la obligación adquirida de la aseguradora consistente en la eventual obligación de pagar la suma asegurada ocurrido el siniestro.

El jurista mexicano Quevedo Coronado establece que la prima es “el costo del seguro al asegurado; en otras palabras, lo que el asegurado debe pagar por estar asegurado, él, en lo personal (seguro de vida, enfermedad), o por sus bienes diversos. Mediante el pago de la prima, el asegurado tiene la obligación de pagar la indemnización en el caso de que se dé. Es la ganancia o utilidad que le representa a la compañía aseguradora. La empresa aseguradora no podrá negarse a recibir el pago de la prima por quien tenga interés en la continuación del seguro”.⁷²

Para que el cobro resulte rentable, el valor que se le atribuye a la prima está sujeto a una serie de previsiones técnicas delimitadas por el actuariado.

La prima tiene tres principios, siendo el primero la determinación. Ésta consiste en que la prima debe ser previamente determinada para cada contrato en particular. El segundo es el pago anticipado; a menos que exista pacto en contrario, la prima debe pagarse en el momento de la celebración del contrato.

⁷² **Ibid.**



El Código de Comercio regula con respecto a la prima: "Artículo 892. Pago de la prima.

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 entenderá por período del seguro el lapso por el cual resulte calculada la unidad de prima; en caso de duda, se entenderá que es de un año. Las primas ulteriores se pagarán al comenzar cada período."

Por último, el principio de la indivisibilidad, el cual establece que el valor de la obligación del asegurado se reputa indivisible por adeudarse en forma total.

3.5.3 Elementos formales

- **Definición de póliza**

Consiste en el documento pre redactado como contrato por adhesión que contiene el seguro el cual debe ser aprobado por la superintendencia de bancos.

Si bien la póliza formaliza en definitiva el contrato, éste se perfecciona antes de extenderla, ya que este negocio jurídico es de carácter consensual, pues puede ser probado por medios tales como la confesión del asegurador, entre otros, cuando hubiese principio de prueba escrita.



El autor mexicano Quevedo enuncia respecto de ésta “el contrato de seguro debe hacerse constar por escrito. Éste es el elemento probatorio, aunque no esencial, del contrato de seguro. Corresponde la póliza de seguro al contrato mismo”.⁷³

Con respecto a la forma de este negocio jurídico, el Código de Comercio establece en los Artículos 882 y 888:

“Artículo 882. Perfeccionamiento del contrato. El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurado o contratante reciba la aceptación del asegurador, sin que pueda supeditarse su vigencia al pago de la prima inicial o a la entrega de la póliza o de un documento equivalente.

Previo a la entrega de la póliza, tiene lugar la policitud contractual que consiste en la declaración veraz de hechos por parte del tomador, que el asegurador debe conocer para apreciar el riesgo o riesgos a trasladar y que influye en los alcances del seguro; posteriormente tiene lugar la aceptación, hecha por escrito y por último, se extiende la póliza.”

“Artículo 888. Prueba del contrato de seguro. A falta de póliza, el contrato de seguro se probará por la confesión del asegurador, de haber aceptado la proposición del asegurado, o por cualquier otro medio, si hubiere un principio de prueba por escrito”.

⁷³ **Ibid.**



La Ley de la actividad aseguradora en cuanto a las características del contrato de seguros establece en la parte conducente del Artículo 89 "a) Que sean pólizas sin mayor complejidad técnica y de fácil comprensión y manejo para el asegurado; y, b) Que sean susceptibles de estandarización".

- **Funciones de la póliza**

La póliza tiene cinco funciones principales.

- **Normativa**

El contenido de la póliza regula los derechos y obligaciones de las partes en concordancia con la legislación.

- **Determinativa**

La póliza estipula el contenido general y particular de los contratos. La resolución 1-2011 de la junta monetaria en su Artículo 5 determina que "las condiciones de la póliza, o en su defecto los certificados, estén redactados de manera precisa, sin mayor complejidad técnica, de fácil comprensión, para el asegurador, en caracteres claramente visibles, en aspectos tales como, pero no circuncisos a: monto de la cobertura, monto de la prima total o periódica, exclusiones, riesgos que cubre, procedimientos para el reclamo y para la renovación o cancelación de la póliza;



asimismo, que prevean mecanismos simplificados para el pago de la prima total o periódica, destacando las definiciones, las exclusiones y las limitaciones de los derechos de los asegurados, en caracteres diferenciados”.

En la literal b del mismo artículo establece “que las condiciones de las pólizas de seguros sean iguales para todas las personas, para cada clase de riesgo que se proteja; por lo tanto, las exclusiones que en su caso se establezcan deben ser generales y no guardar relación con el riesgo individualizado y , en general, las pólizas no deben contener condiciones especiales ni tratamientos diferenciados entre los asegurados o los intereses asegurables”.

- **Traslativa**

En caso de existir sustitución personal en un contrato con la póliza, se traslada la legitimación del derecho allí determinado.

- **Probatoria**

El documento demuestra la existencia del negocio jurídico pactado.

- **Ejecutiva**

La póliza funciona como título ejecutivo pues faculta al asegurador para cobrar primas adeudadas.



El Código Procesal Civil y Mercantil establece en su parte conducente: "Artículo 327. Procedencia del juicio ejecutivo. Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: 6o. Las pólizas de seguros, de ahorro y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país".

En el seguro de vida, por tratarse de una cantidad fija asegurada para el asegurado, significa la facultad de exigir a la aseguradora pagar dicho monto.

- **Clases de póliza**
- **Nominativas**

Para trasladar la titularidad de una póliza, en el caso del seguro de personas, ésta solo puede tener lugar por el consentimiento del asegurador ya que se trata de un negocio jurídico *intuito personae*.

- **A la orden y al portador**

Tiene lugar en el caso de seguros de daños ya que pueden trasladarse por simple endoso.



El Artículo 889 del Código de Comercio establece “Clases de seguro. Las pólizas del seguro de cosas podrán ser nominativas, a la orden o al portador; las de seguro de personas sólo podrán ser nominativas.

La cesión de la póliza nominativa, en ningún caso produce efecto sin la previa aceptación del asegurador.

El asegurador podrá oponer al tenedor de la póliza o a los terceros beneficiarios, todas las excepciones que tenga contra el tomador del seguro, sin perjuicio de invocar las que tenga contra el reclamante”.

3.6 Extinción del contrato

La finalización de este negocio jurídico tendrá en los casos determinados en las pólizas de seguro, pero en defecto de ellas por supletoriedad, deberán aplicarse las causales fijadas el Código Civil.

3.7 Clasificación del contrato de seguro

Existen tantas clasificaciones del contrato de seguro como criterios exponenciales. Atendiendo a la explotación del seguro, pueden ser a prima o mutuos, de acuerdo a la ubicación de los intereses asegurados pueden ser marítimos y terrestres, por último, por el modo de calcular la prestación del asegurado, a prima fija o aportación.



Sin embargo la clasificación que atiende a la naturaleza jurídica del contrato de seguro toma como punto de partida, la prestación del asegurador, es decir, las obligaciones que asume frente al asegurado. En este orden de ideas, existen los seguros de personas y los seguros de daños patrimoniales.⁷⁴

En el caso de Francia por ejemplo, la ley de julio de 1930 y posteriores, mantuvieron la clasificación de contratos de seguros en dos grandes grupos, de daños patrimoniales y de personas.⁷⁵

Por su parte, el Artículo tres de la Ley de la actividad aseguradora regula los ramos de seguros que pueden operar en el país y en su parte conducente establece “Para los efectos de la presente Ley, se consideran como ramos de seguros los siguientes:

a) Seguro de vida o de personas: son aquellos que, de conformidad con las condiciones pactadas, obligan a la aseguradora al pago de una suma de dinero, en caso de muerte o de supervivencia del asegurado, cualquiera que sea la modalidad del seguro, incluyendo las rentas vitalicias.

b) Seguro de daños: son aquellos que, de conformidad con las condiciones pactadas, obligan 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

⁷⁴ Bulló, **Ob. Cit.**, pág. 165.

⁷⁵ Ibid.



asegurado contra los daños o perjuicios que pudiera causar a un tercero. Se incluyen en este ramo los seguros de accidentes personales, de salud y hospitalización y caución; este último se refiere a las fianzas mercantiles reguladas en el Código de Comercio y emitidas por aseguradoras autorizadas para operar en el país”.

3.7.1 Seguro de personas

El riesgo que cubren estos seguros son los que afectan a las personas físicas entendidas como seres humanos en su concepción íntegra y no únicamente como sujeto de derechos.

A diferencia del seguro de daños, su carácter no es indemnizatorio sino “por ajuste de un precio o ajuste alzado” el cual debe ser interpretado como un valor único y absoluto. Ya que se vinculan con el riesgo de la vida o contingencias que puedan experimentarse.⁷⁶

La prestación del asegurador consiste en la suma asegurada pactada en brindar o la atención profesional a prestar en el caso de enfermedades. Por su parte, la comunidad europea ha optado por la clasificación de contratos de seguro de vida y no de vida.

Para cierta parte de la doctrina “los seguros de vida deben diferenciarse aquellos cuyo riesgo está relacionado con la muerte, pues está, técnicamente no daña la vida (caso

⁷⁶ **Ibid.**



de accidente o enfermedad), sino que la extingue, aunque desde otro parámetro (...) daña a la vida en grado superlativo".⁷⁷

- **Seguros de vida**

Es el seguro cuyo objeto es la obtención por parte del beneficiario de una prestación económica cuando se produzca el riesgo asegurado, que puede ser el fallecimiento o la supervivencia.

- **Bases técnicas del seguro de vida**

El precio de un seguro de vida está en función de los siguientes principios técnicos.⁷⁸

- **Tasa de riesgo**

Probabilidad de que un riesgo ocurra. Tiene una base estadística y suele expresarse en tantos por mil, es decir cuántos asegurados por cada mil sufrirán el riesgo. Por ejemplo, para el riesgo de fallecimiento se utilizan las tablas de mortalidad.

⁷⁷ **Ibid.**

⁷⁸ Solares, **Ob. Cit**; pág. 40.



- **Rentabilidad de las inversiones**

También denominado interés técnico, consiste en el tipo de interés que las entidades revierten a los asegurados por el rendimiento esperado de la inversión de los fondos acumulados para el pago de las prestaciones, lo que repercute en un menor precio del seguro. Esta rentabilidad que figura en la nota técnica de cada producto es igualmente la rentabilidad mínima que asegura la entidad en los productos de ahorro.

3. 7. 2 Seguros de daños patrimoniales

- **Generalidades**

El carácter de los seguros de daños, es esencialmente indemnizatorio y se basa en su mismo principio, es decir, la prohibición del asegurado de enriquecerse al a través de sumas de dinero o prestaciones en especie mayores a las del interés asegurado.

Tal y como apunta el jurista argentino Emilio Bulló, "la obligación del asegurador tiene como fin el de reparar el daño verdadero sufrido y no ubicar al asegurado en una situación mejor que la habría tenido si el siniestro no hubiera ocurrido. El límite del daño encuadrado por el valor real del interés asegurable al momento del siniestro habrá de determinar asimismo el límite mayor de la prestación del asegurador".⁷⁹

⁷⁹ Bulló, **Ob. Cit**; pág. 281.



La indemnización puede definirse como “el importe del daño que la empresa aseguradora debe resarcir (compensar) al ocurrir el siniestro. En el seguro contra daños, para fijar la indemnización, se tendrá en cuenta el valor del interés asegurado en el momento de la realización del siniestro.”⁸⁰

El principio de indemnización y no enriquecimiento del seguro de daños se basa en dos pautas.

- El temor de producir siniestros intencionados que den origen a beneficios ilegítimos o superiores al valor real del interés asegurado y lucrar con la diferencia.
- Poner en peligro la institución de seguro al volverla un juego o apuesta y convertir al azar en un enriquecimiento y no una protección real.

- **Interés asegurable**

El interés asegurable es cualquier relación patrimonial que una persona tiene respecto de una cosa o de un derecho para que no se realice el riesgo que provocará un menoscabo en su valor o el provocar un daño patrimonial al titular de dicho interés.

⁸⁰ Quevedo, **Ob. Cit**; pág. 250.



El Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 919 regula al interés asegurable “Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser protegido mediante un contrato de seguro contra daños.

Si se asegura una cosa ajena por el interés que en ella se tenga, se considerará que el contrato se celebra también en interés del dueño; pero éste no podrá beneficiarse del seguro sino después de cubierto el interés del contratante y de haberle restituido la parte proporcional de las primas pagadas.

Todo interés directo o indirecto sobre la no realización de un riesgo de contenido patrimonial puede ser objeto de seguro al implicar pérdida.

Entre los seguros de daños se encuentran el seguro de caución, prestaciones en especie y responsabilidad civil, entre otros. Este último también denominado seguro de pasivo o de deudas consiste en la “protección sobre el patrimonio del asegurado, compelido a hacer frente a una deuda originada por su responsabilidad civil”.

3.7.3 Contrato de seguro de caución

- **Generalidades**

Para determinar qué tipo de contrato de seguro es el idóneo a contratar es necesario fijar el riesgo objeto del contrato.



Como apunta Emilio H. Bulló, “el objeto de cada contrato de seguro, dentro de la especie nominada, debe delimitarse circunscribiéndolo causal, temporal y espacialmente”.⁸¹

En un seguro de crédito por ejemplo, el siniestro tiene lugar cuando no hay solvencia por parte del deudor. En el seguro de caución el siniestro tiene lugar cuando hay incumplimiento respecto de la prestación pactada.

La Ley de la actividad aseguradora introduce a través del Artículo tres con epígrafe ramos de seguros el contrato de seguro de caución. Su parte conducente establece “b) Seguro de Daños: son aquellos que, de conformidad con las condiciones pactadas, obligan 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 a un tercero. Se incluyen en este ramo los seguros de accidentes personales, de salud y hospitalización y caución; este último se refiere a las fianzas mercantiles reguladas en el Código de Comercio y emitidas por aseguradoras autorizadas para operar en el país.”

Asimismo la parte conducente del Artículo 106 con epígrafe operaciones de fianzas o seguro de caución determina “a partir del inicio de vigencia de la presente Ley, toda referencia relativa al contrato de fianza o al de reafianzamiento, que se haga en la legislación general y en los contratos suscritos en el país, deberá entenderse como

⁸¹ *Ibid.*, pág. 576.



seguro de caución o reaseguro de caución, según corresponda, con los mismos alcances y efectos, por lo que no perderán su eficacia ni será necesaria su sustitución o ampliación”. Por carecer de una definición o tratamiento más amplio, se recurrirá a doctrina y legislación internacional para comprender esta figura.

- **Ámbito de aplicación**

Derivado de su objetivo, este contrato puede ser aplicado a todas aquellas relaciones jurídicas que exijan un reforzamiento de su contenido obligacional. Se atenderá entonces, al origen de la obligación garantizada pudiendo ser judicial, legal o contractual. El presente trabajo únicamente estudiará ésta última.

- **Naturaleza jurídica**

La definición legal de una institución jurídica puede resultar insuficiente para abarcar y comprender el negocio jurídico que enuncia, pues puede no fijar con precisión su objeto. En el caso del seguro de caución su objeto consiste en un riesgo cubierto de forma específica.

Previo a citar algunas definiciones de este contrato, debe aclararse que aún no existe posición doctrinaria unificada respecto a su naturaleza jurídica.



En cuanto a la naturaleza de la obligación garantizada es menester indicar que el contrato de seguro es siempre mercantil; la fianza en cambio, sigue la naturaleza de la obligación garantizada, es decir, puede que ésta puede ser de carácter mercantil o civil.⁸²

Algunos juristas arguyen que la naturaleza del seguro de caución no es tan sencilla de determinar. El autor Javier López y García de la Serrena afirma que “El hecho, por una parte, de que tenga el seguro de caución la finalidad de reforzar la seguridad de satisfacción de un crédito, y, por otra parte, el ser emitido por una compañía de seguros, ha dado lugar, dentro y fuera de nuestras fronteras, a una interesante polémica doctrinal acerca de cuál es la naturaleza jurídica de esta figura”.⁸³

Según la postura doctrinaria y/o legislativa el seguro de caución se considera por algunas un contrato de garantía mientras que otras, como verdadero contrato de seguro.

- Naturaleza jurídica garantista

Línea de la doctrina que hace énfasis en el objeto garantista de este negocio jurídico, pues lo que busca este contrato es asegurar al acreedor que su crédito será satisfecho. La ejecución de la prestación descrita en la póliza se asegura parte de un tercero en

⁸² Ávila, **Ob. Cit**; p. 46.

⁸³ López, **Ob. Cit**; pág 1.



defecto del cumplimiento del deudor principal, ya sea por imposibilidad voluntaria o involuntaria.

- Argentina

Esta tendencia tiene influencia en la legislación argentina la cual establece que el seguro de caución es un verdadero contrato de garantía aunque aparezca bajo la forma y modalidades de un contrato de seguro.

Fallos judiciales coinciden en este extremo al verificar que cumple con las funciones jurídico-económicas de los contratos de garantía, ya que implica “la salvaguarda que un determinado deudor haya otorgado a favor de un acreedor, a fin de asegurarle el cumplimiento de una futura obligación pecuniaria”⁸⁴

El jurista Ricardo Pardo establece que este contrato es una garantía con aplicación a diversos incumplimientos. En el caso argentino, generalmente es utilizado por los contratistas en el ámbito administrativo para la realización de obras estatales en el supuesto que no finalice la obra tempestivamente o de acuerdo al contrato.⁸⁵

De acuerdo a un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina quedó establecido que eran aplicables al seguro de caución “los principios propios del contrato de seguro,

⁸⁴ Bulló, Ob. Cit. pág. 580.

⁸⁵ Pardo, Rubén Ricardo. **La verificación del seguro de caución en los términos del Artículo 20 de la ley de concursos y quiebras en el concurso preventivo del asegurado.** www.estudioton.com.ar/.../pardo-verificacion%20seguro%20caucion.doc (16 de febrero de 2011).



únicamente, en todo aquello que no contradiga a la esencia de la relación jurídica, que consiste en la celebración de un contrato de garantía”.⁸⁶

- España

El jurista Javier López establece que “en la medida en que los seguros de daños tienen carácter indemnizatorio, habrá que cuestionarse si también el seguro de caución indemniza un daño. El seguro de caución cubre los daños producidos como consecuencia de la inobservancia de obligaciones derivadas de determinadas relaciones jurídicas que comportan un derecho de crédito”.

El real decreto 161/1997, reglamento de la caja general de depósitos, establece que el contrato de seguro de caución es una modalidad de garantía como a continuación se transcribe. Cabe mencionar que el texto en negrilla es propio y con fines académicos.

“Artículo 21. Características del contrato de seguro de caución.

1. Podrá emplearse esta **modalidad de garantía** siempre que sea otorgada por entidad de seguros autorizada por la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda para operar en el ramo del seguro de caución.
2. El modelo de contrato de seguro de caución empleado tendrá las siguientes características:

⁸⁶ www.estudioton.com.ar/.../pardo-verificacion%20seguro%20caucion.doc



a. La persona o entidad obligada a **prestar garantía** tendrá la condición de tomador del seguro y la Administración a cuya disposición se constituye la garantía tendrá la condición de asegurado.

b. Se hará constar de forma expresa:

1. Que la aseguradora no podrá oponer a la Administración el impago de la prima por parte del tomador del seguro o cualquier otra excepción derivada de su relación jurídica con éste, y

2. Que la falta de pago de la prima no dará derecho a la aseguradora a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura de la aseguradora suspendida, ni ésta liberada de su obligación caso de que se produzca el siniestro consistente en las circunstancias en virtud de las cuales deba hacer efectiva la garantía.

a. La duración del contrato de seguro coincidirá con la de la **obligación garantizada**. Si la duración de éstas superase los diez años, el obligado a prestar garantía deberá prestar nueva garantía durante el último mes del plazo indicado, salvo que se acredite debidamente la prórroga del contrato de seguro”.

También establece la legislación española que está prohibida “la prestación de **garantías** distintas de las propias de la actividad aseguradora”.⁸⁷

Asimismo, el real Decreto legislativo 6/2004, Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados en su disposición adicional primera establece “Seguro de caución a

⁸⁷ Jiménez, **Ob. Cit**; pág. 731.



favor de Administraciones públicas. El contrato de seguro de caución celebrado con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución será admisible como **forma de garantía** ante las administraciones públicas en todos los supuestos que la legislación vigente exija o permita a las entidades de crédito o a los establecimientos financieros de crédito **constituir garantías** ante dichas administraciones. Son requisitos para que el contrato de seguro de caución pueda servir como **forma de garantía** ante las administraciones públicas los siguientes:

- a. Tendrá la condición de tomador del seguro quien deba **prestar la garantía** ante la Administración pública y la de asegurado dicha Administración.
- b. La falta de pago de la prima, sea única, primera o siguientes, no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida ni éste liberado de su obligación en el caso de que se produzca el siniestro consistente en el concurso de las circunstancias en virtud de las cuales deba hacer efectiva la garantía.
- c. El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.
- d. La póliza en que se formalice el contrato de seguro de caución se ajustará al modelo aprobado por orden del Ministro de Economía y Hacienda”.⁸⁸

⁸⁸ Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rdleg6-2004.t3.html#da1



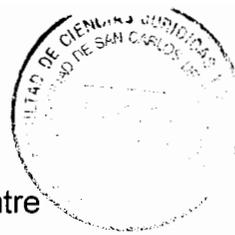
De acuerdo con la sentencia del tribunal supremo español de fecha 12 de julio de 2001, establece la naturaleza garantista de este negocio al establecer que “El contrato del caso, por el cual la aseguradora se comprometía a abonar al beneficiario, ayuntamiento, la cantidad que adeudara el asegurado por no cumplir sus obligaciones, tiene naturaleza de un **seguro de garantía** de ejecución de un contrato de obra, por medio del cual el asegurado **garantiza el cumplimiento** de otro contrato en el que una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se crea en ese momento –construcción de viviendas y acondicionamientos urbanísticos-. Dicho contrato cumple una **función de garantía semejante a la fianza** convencional, pero su naturaleza es distinta tanto si se considera una figura autónoma semejante a la prevista en el art. 68 LCS, como si se estima que es una modalidad del seguro de crédito. Así si lo pactado fue una especie de seguro de caución con la inserción de una cláusula de garantía a primer requerimiento, que, por tanto, funcionaba con plena autonomía de la relación contractual subyacente, bastaba para que fuese operativa la misma, la exclusión de reclamación unilateral del garantizado para que el garantista obligado procediera a su pago.⁸⁹”

- Colombia

En el caso de Colombia, el jurista Galindo Cubides, explica al seguro de caución también como un seguro de fianza ya que su finalidad consiste en “dispensar protección contra el incumplimiento”.⁹⁰

⁸⁹ Sacristán Bergia, Fernando, **El contrato de contragarantía (en el ámbito de las garantías bancarias autónomas a primera demanda**, pág. 36.

⁹⁰ Bulló, **Ob. Cit.**; pág. 574.



Algunos doctrinarios establecen que el contrato de seguro de caución concluido entre deudor y asegurador si bien tiene por objeto regular las relaciones entre ambos, el verdadero contrato de fianza aparece una vez el acreedor acepta.⁹¹

Otros aseguran que este contrato es una fianza construida sobre la base del negocio a favor de tercero. “De este modo, el deudor-tomador, ocuparía la posición jurídica de estipulante, el asegurador la de promitente y el asegurado la de tercero en cuyo favor se realiza el contrato. Por tanto, desde el momento en que el seguro de caución es aceptado por el beneficiario da lugar a una obligación fideiusoria a cargo del asegurador, encontrándose el asegurado directamente relacionado con este, a pesar de no ser parte en el contrato, de manera que puede exigir la indemnización en caso de siniestro e incluso pesan sobre él determinados deberes de información.”⁹²

Analizan otros doctrinarios que este contrato es un negocio indirecto. Derivado de su esquema contractual, el seguro de caución lo que persigue es la constitución de una fianza.

La caución está representada como garantía de cumplimiento de una obligación que depende del acto de cumplimiento de un tercero, es decir, la entidad aseguradora. López y García afirma “en este sentido, es indudable que el seguro de caución se asemeja a la fianza”.⁹³

⁹¹ López, **Ibid.**

⁹² **Ibid.**

⁹³ López, **Ob. Cit.**



Resume el mismo autor que “la obligación que -en virtud del seguro de caución- asume el asegurador ha de calificarse como de fideiusoria, en la medida en que el seguro de caución está destinado a proteger al asegurado frente al incumplimiento del tomador-deudor, y, más concretamente, a salvaguardar el interés económico de aquél en la obligación garantizada”.⁹⁴

Asimismo, el hecho de eliminar el riesgo de la mora al otorgarse al acreedor certeza en el cumplimiento de una obligación pecuniaria a futuro por parte de un tercero, es considerado por algunos como indicio de ser contrato de garantía.

- Naturaleza jurídica aseguradora

De acuerdo con esta tendencia académica, la naturaleza del seguro de caución es resarcitoria, entendida ésta como la responsabilidad que genera el incumplimiento de una obligación que da lugar a la restitución o reparación del daño e indemnización de los perjuicios por ese hecho.⁹⁵

Esta posición doctrinaria basa su criterio en la indemnización que hace la aseguradora, ya que lo que caracteriza al seguro es su naturaleza indemnizatoria.

Lo anterior implica que el riesgo no radica en el incumplimiento del deudor principal sino en el daño patrimonial derivado de la insolvencia que será resarcido.

⁹⁴ **Ibid.**

⁹⁵ Font Serra, Eduardo, **Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica**, pág. 307.



El jurista Rodríguez Ramos establece que "La restitución, la reparación del daño y la indemnización pertenecen al concepto más amplio de resarcimiento, entendido por tal la forma genérica de eliminación o neutralización del daño y causado mediante la prestación de un equivalente, cualquiera que sea la naturaleza del daño patrimonial o no patrimonial y al que cualquiera que sea el modo mediante el cual sea finalidad se logre, prestación pecuniaria o específica reparación o indemnización entran en el concepto general de resarcir.⁹⁶

En este orden de ideas, el objeto del seguro es reparar o atenuar las consecuencias de un acontecimiento eventual e imprevisto.

En el seguro de caución, el acreedor es indemnizado por parte de un tercero de los daños y/o perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación convenida por el deudor principal. La aseguradora ante el incumplimiento del deudor principal, no efectúa el contenido de la prestación pactada sino que paga al asegurado el daño patrimonial o moral causado así como las ganancias lícitas dejadas de percibir, si fuere el caso.

Debido a que la elaboración este negocio jurídico está basada en la técnica aseguradora, es considerado como un verdadero contrato de seguro. De ello, que la

⁹⁶ Rodríguez Ramos Luis, Colina Oquendo Pedro. **Código penal comentado y con jurisprudencia**, pág. 282.



interpretación de este contrato atiende tanto a los parámetros de su técnica como al derecho de seguros. En caso duda pueden consultarse los principios generales y normas que regulan otros institutos de la garantía sin desnaturalizar al contrato.⁹⁷

- Argentina

Un fallo emitido por una sala de lo contencioso administrativo argentina, establece que los contratos contemplados como contrato de seguro de caución en los términos que así disponga el ordenamiento jurídico, se considerará como de seguro y no de garantía. “Asegurar el carácter de fianza implicaría tanto como dar calidad de tal a cualquier garantía otorgada por terceros a favor del acreedor”.⁹⁸

El de caución se adscribe al tipo contractual de seguro “sin perjuicio de que su función indemnizatoria los aproxime a las garantías independientes”.

Broseta, citado por el jurista argentino Emilio Bulló lo concibe como “aquél que se lleva a cabo para garantizar que serán **resarcidos** al acreedor de una obligación no directamente dineraria los daños que pueda provocar su incumplimiento.”⁹⁹

⁹⁷ Bullo, **Ob. Cit**; Pág. 578.

⁹⁸ **Ibid.**

⁹⁹ Bullo, **Ob. Cit**; pág. 575.



Desde el punto de vista funcional, aunque algunos lo consideran que el seguro de caución constituye una garantía, esta función no es suficiente para que pretenda identificárselo con otras figuras negociales que también tienen una función de garantía, como ocurre con la fianza. Así en el contrato de seguro existen elementos propios, tipificantes, por caso, el evento y el interés asegurable que no existen en el contrato de fianza.

- España

El sector de la doctrina que ha negado el carácter fideiusorio del seguro de caución se basa generalmente en el carácter indemnizatorio del contrato, derivado de la naturaleza autónoma de la obligación asumida por el asegurador.

El hecho de que las pólizas de caución constituyen actividad propia y típica de las entidades aseguradoras y la presencia de una empresa de seguros son circunstancias que determinan el sometimiento a las reglas de técnica aseguradora.

Según el real Decreto 50/1980 denominado Ley de Contrato de Seguro, en su Artículo 43 establece que “El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”.¹⁰⁰

La obligatoriedad de indemnizar daños sufridos a título de resarcimiento o penalidad, y la permisión al asegurador reembolsarse del tomador del seguro, los pagos efectuados

¹⁰⁰ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/I50-1980.t2.html. (20 de febrero de 2011).



sin perjuicios de ejercitar las acciones que puedan corresponder al asegurado frente a los responsables directos de las causas que hayan originado el pago, dan a este contrato se carácter de seguro.

Tal y como lo describe el Artículo 68 de la ley española sobre seguros, lo que existe en este contrato es una indemnización al acreedor, indemnización que se hace en concepto de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos.

Según el jurista Ortiz Herbener, el seguro de caución se puede configurar como un ramo del seguro autónomo en que la cobertura del asegurado se dirige contra los daños patrimoniales derivados del incumplimiento de una obligación por parte del deudor.¹⁰¹

Asimismo, la sentencia del tribunal supremo español de 12 de Marzo de 2003 determina la naturaleza configurándolo como un seguro de caución.

“En el seguro de caución, el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que el incumplimiento le hubiera producido. En este caso, la obligación asumida por la constructora, en contraprestación a la entrega del terreno por los actores, era la entrega en su momento de tres pisos y tres plazas de aparcamiento, pero la obligación de la Aseguradora no era ésta, sino el abono de treinta millones de pesetas, que significaba la tasación del perjuicio por el incumplimiento”.

¹⁰¹ Ortiz Herbener, Andrés, **El contrato autónomo de garantía a primera demanda**, pág. 15.



- Naturaleza compleja o mixta

Este último sector de la doctrina rechaza la estricta contraposición entre función de garantía y función indemnizatoria del seguro de caución, ya que no parece tan claro que la fianza siempre garantice el cumplimiento de una obligación y el seguro siempre indemnice unos daños.

El autor Javier López establece que “debido a que en el seguro de caución aparecen elementos comunes al contrato de fianza y al contrato de seguro, se ha desarrollado la teoría de que al seguro de caución ha de otorgársele naturaleza compleja o mixta, pero tal figura no puede ser aplicada al seguro de caución puesto que en él existe sólo una causa, que es la de garantía”.

Continúa exponiendo López y García de la Serrena “Se ha calificado al seguro de caución como un contrato de garantía personal de naturaleza atípica. La atipicidad vendría dada por la inclusión de modificaciones parciales al negocio de la fianza, modificaciones que la convierten en un "subtipo innominado de fianza", habiendo tenido esta doctrina una gran acogida en nuestra doctrina. Esta teoría ha sido acogida muy favorablemente por Embid Irujo, considerando que nos encontramos ante un negocio de fianza en el que se han insertado cláusulas atípicas respecto del mismo, correspondientes al contrato de seguro”.



- Argentina

En Argentina, en el año 1961 se dicta el Decreto número 7607 el cual permitió que esta operación se realizara por compañías de seguros, asimismo precisó que su naturaleza jurídica era la de un contrato de fianza con carácter solidario e instrumentado técnica y económicamente como un seguro.

La Ley argentina número 20091 estableció las operaciones que pueden realizar las compañías de seguros y distinguió a las operaciones regulares de aquellas a través de las cuales los aseguradores podrán otorgar fianzas, o garantizar operaciones de terceros.

De esta manera, se consideran garantizables todas las obligaciones de hacer o de dar, con algunas excepciones en el campo de las garantías financieras.¹⁰²

En este orden de ideas, el hecho de que la mora se elimine por el contrato de caución no implica necesariamente que este se convierta jurídicamente en una fianza.

¹⁰² http://www.aseguraronline.com/seguro_de_caucion.html



- **Definiciones del contrato de seguro de caución**

Este contrato “se lleva a cabo para garantizar que serán resarcidos al acreedor de una obligación no directamente dinerario los daños que pueda provocar su incumplimiento”.¹⁰³

El jurista Ortiz Herbener establece que “contrato de seguro de caución típico es aquel que sirve o se instrumenta para garantizar el incumplimiento de una obligación contractual (riesgo), e indemnizar, en caso de producirse el siniestro, el daño patrimonial producido, a título de resarcimiento o penalidad (interés asegurado), dentro de los límites pactados en el contrato”.¹⁰⁴

Dentro de la legislación española, el Artículo 68 de la Ley 50/1980 del 8 de octubre de 1980 establece: "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. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro".

Si bien la finalidad del contrato varía según la corriente que lo define, los elementos que se repiten en todas pueden condensarse en la siguiente enunciación: el contrato de seguro de caución es el acuerdo de voluntades en virtud del cual una persona

¹⁰³ Bulló, **Ob. Cit**; pág. 575.

¹⁰⁴ Ortiz, **Ob. Cit.**; pág. 15.



denominada asegurada traslada el riesgo a que está expuesta a otra denominada aseguradora quien cubrirá las consecuencias de su acaecimiento a cambio de un precio.

- **Riesgo**

En el seguro de caución el riesgo se cubre al determinar mediante el actuariado el valor de la indemnización que tendrá lugar en caso del siniestro. Esta técnica toma en cuenta la relación y posibilidades que respecto de ese bien posee el asegurado para cubrir todo en cuanto ocurra producto del incumplimiento del contrato principal.

El riesgo cubierto debe de ser el mismo para el que se impuso el deber de constituir la caución, es decir, posibilidad de que el deudor incumpla. Por tanto, el riesgo asegurado es el incumplimiento del deudor-tomador de sus deberes legales o contractuales, incumplimiento del que deriva un daño patrimonial para el acreedor.

Una vez concluido que el riesgo asegurado no puede ser otro que el incumplimiento del tomador que tiene como consecuencia la producción de un daño.

- **Asegurabilidad del riesgo**

La defensa de la asegurabilidad del incumplimiento se ha hecho desde dos ópticas distintas.



- Protección jurídica del interés económico del acreedor

La asegurabilidad no es incompatible con el principio indemnizatorio. Daño asegurable no es sólo la pérdida definitiva de un crédito, sino cualquier lesión de un interés económico. Debido a que con el incumplimiento se verifica una lesión en los intereses económicos del acreedor, jurídicamente se deduce que el interés, es decir, el fiel cumplimiento de la prestación, constituye el presupuesto válido de un contrato de seguro, quedando así, el acreedor cubierto del riesgo de incumplimiento.

- Ocurrencia del siniestro

Si bien es cierto que el principio indemnizatorio aparece en ciertos seguros, ello no implica que sea imprescindible para la existencia de un seguro.

Es el siniestro, entendido como materialización del riesgo previsto en la póliza, el que da paso a la prestación del asegurador.

- En la mayoría de los seguros de daños, la cuantía de la indemnización se fija con posterioridad al siniestro, cuando se calcula el daño sufrido por el asegurado. En el seguro de caución, la cuantía es estipulada de antemano y aparece en la póliza. Ha de señalarse que, estas pólizas, que no persiguen sino sustituir la valoración del interés a través de dictamen pericial por una valoración contractual anticipada, no son contrarias al principio indemnizatorio.



- Falta de unificación doctrinaria de cuándo se entiende producido el siniestro. El término incumplimiento puede ser aquél imputable al deudor, supuestos de no cumplimiento tales como el simple retraso en el cumplimiento, cumplimiento parcial o defectuosa.
- Obligación de pago de la prima.

CAPÍTULO IV



4. Análisis comparativo entre el contrato de fianza mercantil y el contrato de seguro de caución

El Artículo seis de la Ley de la actividad aseguradora equipara legalmente los efectos y alcances entre el contrato de fianza mercantil y el seguro de caución al establecer en su parte conducente que “A partir del inicio de vigencia de la presente Ley, toda referencia relativa al contrato de fianza o al de reafianzamiento, que se haga en la legislación general y en los contratos suscritos en el país, deberá entenderse como seguro de caución o reaseguro de caución, según corresponda, con los mismos alcances y efectos, por lo que no perderán su eficacia ni será necesaria su sustitución o ampliación”.

En el presente capítulo se analizarán comparativamente los alcances y efectos del contrato de fianza mercantil y el contrato de seguro de caución para determinar si esta equiparación jurídica es congruente con lo que la doctrina describe de ambas instituciones por lo cual es necesario realizar un análisis sobre la naturaleza jurídica, elementos integrantes, características, alcances y efectos.

El autor Humberto Nicolini arguye que los principios que inspiran a una institución son determinantes para diferenciarla de cualquier otra al establecer que “el contrato de



fianza y el contrato de seguro principalmente se diferencian por los principios que los inspiran, esto es el seguro, la protección del patrimonio contra determinados riesgos; en el contrato de fianza, el elemento esencial es la seguridad del patrimonio del acreedor, a favor del cual se obliga otra persona además del deudor”.¹⁰⁵

4.1 Naturaleza jurídica

En el ámbito civil existe consenso doctrinario en cuanto a la naturaleza jurídica accesoria y subsidiaria de la fianza, mientras que en el ámbito mercantil se considera accesoria, solidaria y onerosa.

En el caso del contrato de seguro de caución, tal y como fue expuesto en el tercer capítulo, si bien aún se discute académicamente su naturaleza jurídica, existen dos marcadas tendencias tanto en la doctrina como en la legislación. La primera afirma que es un contrato de garantía y la segunda que un verdadero contrato de seguro. Existe asimismo una tercera, la cual toma una postura intermedia entre las dos anteriores.

El jurista Javier López y García afirma que “El seguro de caución, es como su nombre indica, un seguro. Ello ha originado una viva polémica acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, el seguro de caución persigue garantizar el cumplimiento de la obligación principal (naturaleza fideiusoria) o, por el contrario, persigue el indemnizar al asegurado por los daños derivados del incumplimiento de aquella (naturaleza aseguradora). Al objeto de conjugar este carácter asegurativo con el carácter fideiusorio de la obligación

¹⁰⁵ Nicolini, Humberto, **La fianza y el seguro**, pág. 29.



asumida por el asegurador, se podría decir que el seguro de caución es un contrato de seguro del que surge una obligación de fianza.”¹⁰⁶

4.2 Elementos que integran cada contrato

4.2.1 Sujetos

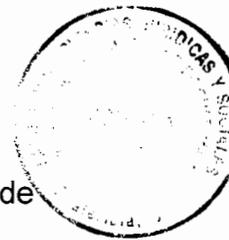
El contrato de seguro de caución contiene todos los elementos típicos de sujeto y el objeto pertenecientes a un contrato de seguro.

Como expone el jurista Ortiz Herbener “En el seguro de caución intervienen tres personas claramente diferenciadas: el asegurador; el tomador del seguro o contratante, quien asume todas las obligaciones frente al asegurador y que, además, va a ser eventualmente el factor desencadenante del siniestro; y, el asegurado, que es el que tiene derecho a la prestación indemnizatoria del asegurador”.¹⁰⁷

Establece el mismo autor que “el tomador del seguro, cuando da vida a un contrato de seguro de caución, dada su condición de deudor obligado a un concreto comportamiento frente a un acreedor o tercero, no pretende amparar su propio patrimonio frente a las pretensiones del tercero, sino que busca ante todo, ampararle

¹⁰⁶ López y García de la Serrana, Javier. **El seguro de caución**. Proyecto de investigación del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada, pág. 5.

¹⁰⁷ Ortiz Herbener, Andrés, **Ob. Cit.**, pág. 15.



de los daños patrimoniales que pueda sufrir a consecuencia de la falta de cumplimiento, por cualquier causa que sea, de la obligación concreta a que se refiere la cobertura asegurativa. El interés asegurado es pues el del acreedor (titular del derecho de crédito asegurado)".

Como ya quedó expuesto en el capítulo tres de este material, en este contrato participan tres sujetos, el asegurador, el tomador y el asegurado, existiendo una conexión entre estos vínculos jurídicos. En la fianza participan también tres sujetos, la afianzadora, el fiado y el afianzado tal y como se enunció en el capítulo segundo.

Si bien las funciones de cada uno de los sujetos de un contrato puede equivalerse a las del otro, es importante resaltar que sus derechos y obligaciones cambian de acuerdo al contrato de que se trate.

4.2.2 Objeto

El objeto en el contrato de fianza consiste en asegurar la exacta realización de la prestación incumplida por el deudor principal por parte de la afianzadora. En cuanto al seguro de caución, tal y como sucede con su naturaleza jurídica, existen dos tendencias en cuanto a la determinación de su objeto. La primera establece que el objeto consiste en verificar el cumplimiento de la obligación asegurada y la segunda, cubrir daños y/o perjuicios causados por incumplimiento.



En este orden de ideas, la fianza busca asegurar la ejecución de la prestación mientras que el contrato de caución su objeto es indemnizar o resarcir al asegurado al ocurrir el siniestro, entendiéndose el incumplimiento de la prestación que se protege a través del seguro de caución. El interés asegurable será el cumplimiento de la prestación y/o el pago de los daños y perjuicios producto del incumplimiento.

4.3 Características

4.3.1 Similitudes

Coinciden ambos contratos en ser negocios jurídicos típicos. El contrato de fianza mercantil a partir del Artículo 1024 del Código de Comercio de Guatemala y el contrato de seguro de caución en la Ley de la actividad aseguradora en sus Artículos tres, 17, 43, 106 y 109.

Tanto en el contrato de fianza mercantil como en el de seguro caución participan tres sujetos que establecen entre sí dos relaciones jurídicas, en una de ellas, el negocio jurídico es considerado bilateral.

En el caso del contrato de fianza existen obligaciones recíprocas entre el fiado y la afianzadora no así entre el afianzado y la afianzadora, aquí la relación es unilateral ya que el afianzado no tiene ninguna obligación frente a la aseguradora, únicamente ésta está obligada a cumplir con la prestación pactada.



En el caso del seguro de caución el contrato es bilateral por existir obligaciones recíprocas entre el tomador y la aseguradora.

Se considerar unilateral respecto del asegurado y la aseguradora, pues ésta ante la ocurrencia del siniestro debe ejecutar una prestación, mientras que el asegurado no tiene ninguna obligación frente a esta.

Ambos contratos son consensuales, no necesitan de la entrega de un bien para perfeccionar el negocio.

Por tratarse de contratos mercantiles, ámbito en donde el lucro es un principio fundamental, ambos negocios jurídicos se caracterizan por su onerosidad, sin embargo la fianza es además de onerosa, conmutativa, mientras que el seguro de caución es aleatorio.

Ambos son contratos por adhesión pues los sujetos que participan no negocian su contenido sino que tanto el fiado como el tomador del seguro se adhieren al contenido del contrato y póliza respectiva, elaborados por la afianzadora y aseguradora.

4.3.2 Diferencias

El contrato de fianza mercantil se considera accesorio por seguir la suerte de una obligación principal y anterior, ello implica que éste se extinga como consecuencia del



término de la obligación principal. Mientras que el seguro de caución es un contrato principal, pues su existencia no está condicionada a ningún otro convenio.

En el caso de España, el Tribunal Supremo en su sentencia de 19-05-90 arguyó en contra de la naturaleza fideiusoria del seguro de caución la falta de accesoriedad del mismo frente al carácter esencialmente accesorio de la fianza.

“La accesoriedad como característica propia y especificadora de la fianza radica en el fin que ésta cumple. Según ello, consecuencia de la accesoriedad serían el que la obligación del fiador no pueda nacer ni subsistir sin la principal, el que el contenido de la obligación del fiador no pueda exceder de la del deudor principal, el que la obligación del fiador no pueda ser contraída en condiciones más gravosas que la del deudor principal y, por último, el que la obligación del fiador se transmita y extinga con la principal”.¹⁰⁸

De forma muy particular, el contrato de fianza mercantil se caracteriza por ser un contrato de garantía y personal. Por el otro lado, el contrato de seguro es de tracto sucesivo pues sus efectos se prolongan en el tiempo, asimismo, lo caracteriza la buena fe en cuanto a su celebración y su carácter resarcitorio pues éste constituye una indemnización y en ningún caso constituye fuente de enriquecimiento para el afianzado.

¹⁰⁸Javier López García de la Serrana, “El seguro de caución”, http://www.hispacolex.com/seguro_de_caucion.html (12 de febrero de 2011).



En cuanto a la subsidiariedad, podría el seguro de caución considerarse como una fianza si se enfoca la subsidiariedad en el beneficio de excusión. La entidad aseguradora renuncia expresamente al beneficio de excusión la cual es plenamente válida si se tiene en cuenta que tal beneficio es excepción oponible frente a la reclamación del asegurado.

4.4 Alcances y efectos

Para determinar los alcances y efectos de ambos negocios jurídicos es necesario fijar cuáles derechos y obligaciones surgen de cada contrato.

4.4.1 Contrato de fianza mercantil

En la fianza mercantil la relación directa es entre afianzadora y fiado, sin embargo, participa una tercera persona denominada afianzada quien tiene un crédito frente al fiado en virtud de un contrato anterior del que depende la fianza, de lo anterior, surgen diversas relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, entre los tres sujetos que participan en este negocio jurídico.

- **Obligaciones de la afianzadora**
- Cumplir con los requisitos establecidos en ley para su constitución, funcionamiento y si fuese el caso, procedimiento de liquidación, así como obtener la aprobación de



sus pólizas a través de la resolución de la superintendencia de bancos en el caso de obligaciones formales.

- Pagar en caso de incumplimiento de la obligación garantizada por una póliza. El pago tendrá lugar posterior a las investigaciones pertinentes.
- Hacerse cargo de los efectos del dolo, culpa o mora del fiado en el cumplimiento de la obligación. En virtud del carácter accesorio de este contrato, la afianzadora deberá tantos daños y perjuicios como se hayan ocasionado.
- Cumplir la obligación de forma solidaria. El Artículo 1027 del Código de Comercio establece en cuanto ello que “La afianzadora se obligará solidariamente y no gozará de los beneficios de orden y exclusión”.

El Artículo 1031 determina “No extinción de obligaciones. Las obligaciones de la afianzadora no se extinguirán porque el acreedor no requiera judicialmente al deudor el cumplimiento de su obligaciones, ni porque se deje de promover en el juicio entablado en contra del deudor”.

- **Derechos de la afianzadora**
- Percibir la prima respectiva a que comprometió el afianzado en el contrato.



- Disponer frente al fiado, una vez cumplida la obligación garantizada, de una acción de reembolso que para ejercerla, la afianzadora se subroga en algunos derechos del acreedor pagado. Es importante hacer notar que este derecho es en cuanto haya pagado lo que debía en cuantía, modalidades y tiempo pactados. Si por ejemplo, la deuda tuviese plazo y la afianzadora la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del hasta que el plazo venza.

El Artículo 2114 del Código Civil establece que “El fiador que paga o cumple la obligación del deudor en todo o en parte, tiene derecho a que éste le reembolse la totalidad de lo pagado”.

La doctrina ha dividido en dos las acciones que tiene el fiador que ha pagado la deuda.¹⁰⁹ La primera es denominada acción de reembolso, la que determina la facultad del fiador de exigir todo aquello en cuanto el deudor se vio perjudicado.

A excepción de pacto en contrario, el contenido de esta acción constituye:

- Cantidad total de la deuda, intereses devengados a favor del acreedor y pagados por la afianzadora así como intereses legales.
- Gastos ocasionados después de poner al fiado en conocimiento que el pago ha sido requerido.

¹⁰⁹ Castán Tobeñas, José, **Derecho civil español, común y foral**, tomo IV, pág. 57.



- Daños y perjuicios si fuera el caso.

En la segunda, denominada beneficio de cesión de acciones, el fiador que ha pagado se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor no pudiendo exigirle más de lo que ha pagado.

Esta subrogación tiene lugar con respecto a los derechos que tuviera contra el deudor en proporción a los pagos hechos al beneficiado con cargo a la póliza. Cualquiera reducción o beneficio que hubiere obtenido del acreedor aprovechará al deudor y, en consecuencia, no podrá exigirle más de lo que efectivamente haya pagado.

El Código Civil determina en su Artículo 1453 “La subrogación tiene lugar cuando el acreedor sustituye en el tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación”.

- Oponer todas las excepciones inherentes a la deuda a excepción de las que sean eminentemente personales del deudor. También las defensas que deriven de su propia obligación fiduciaria tales como aducir invalidez o ineficacia del negocio, invocar causas que han extinguido su deuda, exigir cumplimiento de pactos que mediaron con el afianzado, negar en todo o en parte el pago de lo que el afianzado reclama o bien hacerlo en condiciones más favorables que las exigidas.



- Dar por terminada su obligación si no se le comunica la prórroga de la obligación.

La ley ordinaria mercantil establece en su Artículo 1032 que “Si el acreedor concede una prórroga o espera a su deudor, deberá comunicarlo a la afianzadora dentro de los cinco días hábiles siguiente. En cualquier momento la afianzadora podrá cubrir el adeudo, y exigir su reembolso al deudor, sin que éste pueda invocar frente a la afianzadora la espera concedida por el acreedor.

La falta de aviso oportuno de la primera prórroga o el otorgamiento de una ulterior sin el consentimiento de la afianzadora extinguen fianzas”.

- No responder por obligaciones derivadas directa o indirectamente de prórroga, modificaciones o adiciones hechas a la obligación principal sin consentimiento ni aceptación del representante de la afianzadora.
- Exigir contragarantía. El Artículo 1029 del Código de Comercio determina que “La afianzadora solo podrá exigir que el fiado o el contrafiador le aseguren el pago:
 1. Cuando se haya proporcionado datos falsos sobre la solvencia del fiado o del contrafiador.
 2. Si se construyo contragarantía real y el valor de los bienes disminuye de tal manera que fueren insuficientes para cubrir el importe de la obligación garantizada.



3. Si la deuda se hace exigible o se demanda judicialmente su pago.

4. Cuando transcurran cinco años, si la obligación no tiene señalado plazo de vencimiento o este no deriva de su naturaleza misma.

Para los efectos del presente artículo, la afianzadora podrá embargar bienes de sus deudores. El embargo se mantendrá hasta que la afianzadora quede relevada de su obligación o se constituya contragarantía suficiente”.

- Prorratar el precio si hubiera otros fiadores o garantes en la proporción de acuerdo a las condiciones de cada póliza
- **Obligaciones del fiado**
- Pagar la prima correspondiente.
- Informar a la afianzadora sobre prórroga de la obligación pactada. Establece el Código de Comercio que “Si el acreedor concede una prórroga o espera a su deudor, deberá comunicarlo a la afianzadora dentro de los cinco días hábiles siguiente. En cualquier momento la afianzadora podrá cubrir el adeudo, y exigir su reembolso al deudor, sin que éste pueda invocar frente a la afianzadora la espera concedida por el acreedor.



La falta de aviso oportuno de la primera prórroga o el otorgamiento de una ulterior sin el consentimiento de la afianzadora extinguen fianzas”.

- **Derechos del fiado**

- Exigir a la afianzadora el pago de la obligación garantizada cuando de acuerdo los términos de la póliza corresponda.

- **Obligaciones del afianzado o beneficiario**

- Dar aviso a la afianzadora en modo y plazo estipulado en la póliza. De acuerdo con el Artículo 1030 del Código de Comercio con epígrafe mora, “El beneficiario deberá solicitar el pago de la fianza por escrito en forma fundamentada y la afianzadora incluirá en mora si no paga dentro de los términos siguientes.

1. De diez días, en fianza en donde no haya reafianzamiento.

2. De treinta días, donde haya reafianzamiento. Será nulo el pacto que fije un plazo distinto al que señale este artículo, o una tasa diversa de la legal a los intereses moratorios”.

Asimismo, el Artículo 1032 establece en su parte conducente que en caso de prórroga o esperas el acreedor “deberá comunicarlo a la afianzadora dentro de los cinco días hábiles siguiente”.



- **Derechos del fiado**

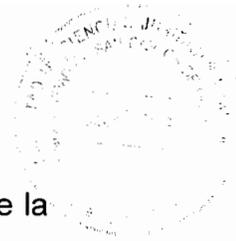
- Exigir el cumplimiento de la obligación cuando el deudor no ha cumplido o ha incurrido en mora.
- Solicitar el pago a la afianzadora pudiéndolo requerirlos escrito.

4.4.2 Contrato de seguro de caución

En el contrato de seguro de caución existe una relación bilateral entre la aseguradora y el tomador del seguro sin embargo, participa una tercera persona denominada asegurado quien es el que se beneficia del producto del seguro en caso el tomador incumpla con una prestación pactada con anterioridad. Surgen entonces diversas relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, entre los tres sujetos que participan en este negocio jurídico.

- **Obligaciones de la aseguradora**

- Cumplir con los requisitos establecidos en ley para su constitución y funcionamiento.



- Entregar al asegurado la respectiva póliza aprobada a través de la resolución de la superintendencia de bancos.
- Cumplir con la prestación pactada en defecto del principal deudor o el pago de los daños y perjuicios causados por el referido incumplimiento aun habiendo sido causado por culpa del asegurado de acuerdo con el Artículo 903 del Código de Comercio.
- Declarar el siniestro dentro del plazo establecido en la póliza para el pago del importe mínimo de lo que pueda deber, según las circunstancias por ella conocidas a menos que haya sido causado por mala fe del asegurado.
- Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo autorice, la aseguradora puede sustituir el pago de la indemnización por la reparación o reposición del bien objeto siniestrado.

Los gastos ocasionados para salvar los bienes asegurados serán por cuenta de la aseguradora, cuando no sean inoportunos o desproporcionados, hasta el límite fijado en la póliza, independientemente de que el resultado haya sido positivo o negativo.

Es importante para determinar cuándo hay incumplimiento de la prestación que se estipule con detalle los casos en que aquel tenga lugar, es decir, delimitar el riesgo en cada contrato de forma individual definiendo al incumplimiento en la póliza.



- El asegurador será responsable por las consecuencias de una deficiente delimitación del riesgo con respecto al asegurado ya que este posee los conocimientos técnicos respectivos y es quien redacta las condiciones contractuales. En cuanto a la interpretación de las cláusulas de este negocio jurídico en caso de duda, el juez deberá hacerlo siempre en beneficio del asegurado.
- **Derechos de la aseguradora**
- Percibir la prima respectiva a que comprometió en la póliza respectiva.
- Indemnizar, mediante pago en efectivo o la reposición o reparación de la cosa asegurada a su elección.
- Subrogarse en los derechos del asegurado para resarcirse del autor responsable del siniestro si lo hubiera. Establece el Código de Comercio “Artículo 937. Subrogación. El asegurador que pague la indemnización se subrogará hasta el límite de la cantidad pagada, en todos los derechos y acciones que por causa del daño sufrido correspondan al asegurar, excepto en el caso de que, sin haber sido intencional el siniestro, el obligado al resarcimiento fuese el cónyuge, un ascendiente o un descendiente del asegurado.



Si el daño fuere indemnizado sólo en parte, el asegurador podrá hacer valer sus derechos en la proposición correspondiente.”

- No responder por obligaciones derivadas directa o indirectamente de prórroga, modificaciones o adiciones hechas a la obligación principal sin consentimiento ni aceptación del representante de la afianzadora.

- Rechazar dentro del plazo de quince días a la solicitud de prorrogar o modificar un contrato de seguro o restablecer uno suspendido.

- Dar por extinguida su responsabilidad en los casos enumerados en el Artículo 915 del Código de Comercio de Guatemala: “Extinción de responsabilidad. El asegurador quedará desligado de sus obligaciones:
 1. Si se omite el aviso del siniestro con la intención de impedir que se comprueben oportunamente sus circunstancias.

 2. Si con el fin de hacerle incurrir en error se disimulan o declaran inexactamente hechos referentes al siniestro que pudieren excluir o restringir sus obligaciones.

 3. Si, con igual propósito, no se le remite con oportunidad la documentación referente al siniestro o la prueba de pérdida”.



- **Obligaciones del tomador y/o asegurado**

- Pagar la prima correspondiente.
- Declarar los hechos que el asegurador deba conocer para apreciar el riesgo a trasladar y que influye en los alcances del seguro.
- Notificar al ocurrir el siniestro a la aseguradora, caso contrario, puede ésta rechazar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración del mismo, sin embargo este efecto no se producirá si se prueba que la aseguradora ha tenido conocimiento del siniestro por otros medios.

El no rendir informes solicitados y si logra demostrar la existencia de dolo o culpa grave, se pierde el derecho a la indemnización.

- Emplear los medios a su alcance para reducir sus consecuencias, caso contrario, la aseguradora puede reducir su prestación proporcionalmente, teniendo en cuenta la cuantía de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado. Si este incumplimiento se realiza por intento de fraude o engaño al asegurador, éste quedará liberado de toda responsabilidad en la indemnización del siniestro.



- Facilitar al asegurador la investigación del siniestro, conservando los restos de daños o probando con los medios precisos y a su alcance la preexistencia de los objetos asegurados antes de la ocurrencia del siniestro.
- Informar en el plazo establecido en la póliza a la aseguradora de los cambios sobre la información prestada inicialmente.
- **Derechos del tomador y/o asegurado**
- Trasladar el riesgo especificado en la póliza.
- Exigir a la aseguradora el cumplimiento de la prestación o indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento según corresponda de acuerdo los términos de la póliza corresponda.
- Percibir el producto del seguro en caso de siniestro.
- Facultad a que la prescripción se consuma al transcurso de cinco años en caso el beneficiario no tenga conocimiento de su derecho, contados a partir del momento en que fueron exigibles las obligaciones del asegurador de acuerdo con el Artículo 917 del citado cuerpo legal.



4. 5 Análisis del planteamiento del seguro de caución en la ley de la actividad aseguradora

4.5.1 Generalidades¹¹⁰

El objeto de introducir el seguro de caución en la legislación interna así como equipararlo al contrato de fianza mercantil descansa, según el dictamen realizado por la comisión de economía y comercio exterior del Congreso de la República en relación a los objetivos de la Ley de la actividad aseguradora, iniciativa de ley número 3500, en la rentabilidad.

Respecto al seguro de caución establece que “La actividad afianzadora está contenida en una normativa distinta a la de seguros, no obstante, presenta similares deficiencias en cuanto a falta de claridad y unidad. Por su parte, internacionalmente, el contrato 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. De conformidad con la legislación vigente, los interesados en operar en ambos campos, tienen que constituir dos entidades distintas, realizar dos procesos de autorización, tener dos contabilidades, etc.; lo cual origina duplicación de recursos y tiene efectos en la eficiencia del sector. El objetivo que tiene el proyecto de ley de la actividad

¹¹⁰ Congreso de la República de Guatemala, **Diario de sesiones**, jueves 16 de noviembre de 2006, tomo III, sesión ordinaria 54.



aseguradora en este sentido, es aprovechar las economías de escala que representaría para el sector permitir que bajo una misma entidad, se puedan comercializar tanto seguros como fianzas; y hacer más rentable la operación.”

La iniciativa de ley, presentada por el Organismo Ejecutivo, se hizo dentro del programa de modernización financiera iniciado por la Junta Monetaria en el año 1993 y actualizado en el año 2000 por medio del programa de fortalecimiento del sistema financiero nacional, aprobado mediante resolución JM-235-2000, en el cual se emitieron las directrices para realizar la reforma integral a las leyes financieras, incluyendo entre ellas el fortalecimiento del sistema financiero, el fortalecimiento de la supervisión, el fortalecimiento del banco central, así como el fortalecimiento y supervisión del mercado financiero no bancario.

El objetivo de este último punto consiste en pronunciarse o proponer normativa sobre la regulación y supervisión del mercado de valores, de la actividad aseguradora y de otras actividades y empresas financieras no bancarias de conformidad con estándares internacionales y las propias necesidades del sector asegurador.

Los principios de supervisión de seguros de la asociación internacional de supervisores de seguros, denominada I.A.I.S. por sus siglas en inglés, y el Comité de Basilea aplicables al sector bancario, constituyen las mejores prácticas a nivel internacional. En el referido diario de sesiones establece respecto de la asociación que “su membresía



incluye a más de 100 supervisores de seguros de diferentes países de todo el mundo. Su propósito es mejorar la supervisión de la industria de seguros, tanto local como internacional, con el propósito de mantener mercados aseguradores seguros, estables y eficientes, para beneficio y protección de los asegurados, así como unir esfuerzos para desarrollar estándares prácticos que puedan ser aplicados por sus miembros sobre bases voluntarias”.

En cuanto a la equiparación de la fianza mercantil y el seguro de caución, el ya mencionado dictamen únicamente hace referencia que “internacionalmente, el contrato 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”, argumento que carece de soporte doctrinario en cuanto a su justificación.

Del análisis en cuanto a la naturaleza jurídica, elementos, características y alcances y efectos de ambos contratos para determinar la validez doctrinaria de dicha reforma, se encontró que si bien no existe unificación de criterio teórico, si hay tres marcadas tendencias, la primera, que considera al contrato de seguro de caución como un contrato de garantía, la segunda, como un verdadero contrato de seguro y la tercera, un negocio jurídico de naturaleza jurídica compleja o mixta.

4.5.2 Equiparación jurídica y su contradicción con la naturaleza jurídica de los contratos

La justificación para la creación de figuras jurídicas radica en la necesidad de regular una situación que tenga efectos en la experiencia social. La razón de ser de una institución es lo que se conoce como naturaleza jurídica, es decir, la esencia primordial, lo que caracteriza, distingue y otorga determinados efectos jurídicos a un concepto o institución frente a otras figuras y otras ramas del derecho. La naturaleza jurídica es el indicador de la finalidad para lo cual han sido creados conceptos e instituciones jurídicas.

Previo a que una figura jurídica sea adoptada por la legislación nacional, debe de hacerse un estudio referente a su naturaleza, evolución histórica, determinación de a cuál categoría de la ciencia jurídica pertenece y ante todo, si se ajusta las necesidades locales.

Ha sido el caso de diversas leyes en Guatemala en que una reforma es introducida y regulada de forma casi exacta como en su país de origen, causando con ello confusiones en cuanto a funcionamiento, terminología y armonía legal con el resto de ordenamiento jurídico nacional.

Si bien las tres tendencias sobre la naturaleza jurídica del seguro de caución ya fueron expuestas en el capítulo tercero, debe tenerse en cuenta que las clasificaciones de



sistemas corresponden a concepciones teóricas que no siempre se materializan en la práctica, verbigracia la equiparación hecha en la Ley de la actividad aseguradora del mencionado contrato.

De acuerdo a su exposición de motivos, la reforma busca principalmente evitar duplicidad de recursos en la constitución de afianzadoras justificado en que las aseguradoras tienen facultad para emitir pólizas.

Sin embargo, lo anterior reduce por completo la labor académica de tanto juristas como doctrinarios ya que desde un punto de vista práctico, las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de ambas instituciones son vistas, por los proponentes de la reforma, como obstáculos frente a las necesidades logísticas y económicas de las aseguradoras y no como configuraciones que distinguen ambos contratos. Indemnizar y garantizar, no son sinónimos bajo la lupa de los estudiosos del derecho.

4.5.3 Equiparación jurídica y su contradicción con el objetivo de la reforma de 1966

Previo a la creación del Decreto Ley 473 de mayo de 1966 no existía una regulación en cuanto a qué entidades podían prestar pólizas o servicios relacionados con la fianza sino que estas eran emitidas indistintamente por entidades privadas que operaban seguros y fianzas.



Este Decreto Ley a través su Artículo 63, transitorio, dio plazo de dos años para que tantas empresas de seguros y de fianzas se organizaran como instituciones independientes, ya fuese como solamente como afianzadoras, aseguradoras o que constituyeran dos empresas separadas.

El espíritu de dicha reforma era delimitar el campo de actuación de entidades que celebraban contratos de naturaleza jurídica distinta, encargadas de funciones diferentes. La actual Ley de la actividad aseguradora, regresa al sistema antiguo, con la diferencia que las afianzadoras ya no participan en dinámica actual.

4.5.4 Equiparación jurídica y su contradicción con los sujetos

Si bien en el seguro de caución un tercero indemniza las consecuencias del incumplimiento de una prestación en defecto del deudor principal, la misma es se realiza por una aseguradora con base a los principios técnicos del seguro.

Los cálculos de probabilidades estadísticas sobre base de hechos pasados, establecimiento de frecuencia e intensidad de los mismos, son acciones restringidas a las aseguradoras, no así a las afianzadoras.

Asimismo, el seguro permite controlar y prever las consecuencias económicas de una de hechos a cuya posible realización está expuesto un colectivo; su principio básico es la distribución, entre grandes masas de personas expuestas al mismo riesgo, de las consecuencias económicas que puedan sufrir algunos de sus componentes.



La distribución del riesgo se calcula a través de hipótesis y supuestos de siniestralidad, que permiten calcular *a priori* la aportación suficiente de cada una de las partes que conforman al colectivo, a fin de constituir el precio del seguro o prima.

Una de las estrategias frente al riesgo es el seguro, que consiste en un sistema por el que, con el dinero de todos los que forman el colectivo de asegurados, se paga a unos pocos que han sufrido una pérdida.

En este orden de ideas, dentro de la dinámica del seguro de caución aparecen todos los elementos del contrato de seguro. Para un amplio sector doctrinal la mera presencia de una empresa de seguros, esto es, una empresa que se dedica profesionalmente a tal actividad, constituyendo, con las aportaciones de los asegurados, un fondo destinado a suministrarles el capital prometido en caso de producción del siniestro, así como el sometimiento a los principios de técnica asegurativa, son elementos suficientes para determinar la naturaleza jurídica del contrato por aquélla celebrado.

4.5.5 Equiparación jurídica y su contradicción con el objeto

A partir de la definición doctrinaria de ambos contratos se observa que su objeto es distinto. Ocurrido el siniestro en el seguro, la aseguradora paga sin poder reclamar contra el asegurado porque su objetivo consiste en indemnizar, es decir, resarcir



económicamente del daño o perjuicio causado o compensar con dinero males irreparables de otra forma. El seguro es una protección del patrimonio frente a determinados riesgos.

La finalidad de la fianza es cumplir con la obligación inicialmente pactada, no resarcir daños y perjuicios por incumplimiento. Una vez más, se observa la distinción entre garantizar el cumplimiento de la obligación y resarcir de las consecuencias de un incumplimiento.

Como bien expone la sentencia de 19-5-90 del tribunal supremo español, el cual estima que en el seguro de caución el asegurador se obliga no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, "La fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos aparte de



otras como el carácter accesorio de la fianza frente al de principal obligación del asegurador, se ponen de manifiesto en las definiciones que de uno y otro contrato se dan en nuestros efectos legales”.¹¹¹

Luego, la finalidad perseguida por este seguro no es sino la de constituir una caución frente al incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales, lo que se traduce en la obligación, que al tomador del seguro corresponde, de indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos, no en sustituir al tomador en sus obligaciones; por eso, lo que la ley permite al asegurador una vez indemnizado al asegurado, es una acción de reembolso frente al tomador y no una subrogación en los derechos del asegurado contra el tomador.

En cierta manera, la fianza mercantil y el seguro de caución tienen efectos similares pero expuestos en la doctrina y regulados de tal forma que no es posible una equiparación entre el sistema garantista y el sistema asegurador. Si bien existen similitudes, ello no implica la ausencia de elementos diferenciadores entre ambas.

¹¹¹ Escrihuela Morales, Francisco Javier, **La contratación del sector público**: especial referencia a los contratos de suministro y de servicios, pág. 691.



4.6 Crítica del planteamiento del seguro de caución en la ley de la actividad aseguradora

El hecho de que la teoría, doctrina y jurisprudencia en todas las ramas del derecho sean enriquecidas y modificadas constantemente, no debe significar incertidumbre en cuanto a la configuración o esencia de una institución jurídica.

La falta de consenso respecto a la naturaleza jurídica del seguro de caución permite aún su debate. De las tres teorías ya expuestas, si bien algunos de los argumentos son válidos de acuerdo a la doctrina actual, merecen los nuevos aportes consideración por parte de la teóricos.

De acuerdo a esta regulación el seguro de caución tácitamente absorbe a la fianza, y funge como un contrato de garantía. Sin embargo, la falta de técnica en su planteamiento deja dudas en cuanto a su funcionamiento en la práctica.

Si bien garantizar una obligación e indemnizar por daños y perjuicios, consecuencia de un posible incumplimiento no son acciones diametralmente opuestas, si se basan en pautas de diversa finalidad y modo.



Clarificar el funcionamiento y finalidad del seguro de caución, desde un punto de vista técnico, podría tener lugar al modificar la Ley de la actividad aseguradora incluyendo un Artículo que determinara si en el contrato de seguro de caución la aseguradora cumplirá a cabalidad la prestación a la cual se busca proteger, si pagará por los daños y/o perjuicios ocasionados en virtud del incumplimiento, o si cubrirá la póliza ambas situaciones.

Con lo anterior se clarificaría la postura que toma nuestra legislación en cuanto a la naturaleza jurídica de tan controvertido contrato en la actualidad.





CONCLUSIONES

1. Ley de la actividad aseguradora equipara jurídicamente el contrato de seguro de caución con el de fianza mercantil. Esta equiparación es incompatible derivado de la naturaleza jurídica indemnizatoria del primero y la garantista del segundo.
2. La naturaleza jurídica del seguro de caución y la fianza mercantil no es técnicamente equiparable en virtud de que los contratos de carácter indemnizatorio tienen como finalidad resarcir daños y/o perjuicios derivados del incumplimiento de una prestación, mientras que los contratos de garantía buscan cumplir con la obligación en defecto del principal obligado.
3. Si bien los efectos jurídicos del contrato de fianza mercantil y el seguro de caución tienden a satisfacer al acreedor en una relación jurídica, los alcances derivados de los derechos y obligaciones que entrañan, son distintos.
4. Las posturas sobre la naturaleza jurídica del seguro de caución, ya sea garantista, aseguradora o compleja, son construcciones académicas que no se establecen de manera pura en las legislaciones. Las teorías imperantes en lo mercantil se encuentran vinculadas a las condiciones que en una época y lugar determinado hagan más segura la circulación. En Guatemala la naturaleza jurídica del seguro de caución es compleja, ya que contiene tanto una obligación garantista o fideiusoria como elementos esenciales del contrato de seguro, dándole tal naturaleza.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe modificar la Ley de la actividad aseguradora e introducir el objeto del seguro de caución con el propósito de definir la prestación de las aseguradoras dentro de la referida relación jurídica y clarificar así su funcionamiento y finalidad.
2. Las aseguradoras deben definir si a través de este seguro se cumplirá a cabalidad la prestación a la cual se busca proteger: si pagarán por los daños y/o perjuicios ocasionados en virtud del incumplimiento, o si cubrirán ambas situaciones.
3. El Congreso de la República debe impulsar el estudio doctrinario e investigación científica de las instituciones jurídicas a ser introducidas en la legislación guatemalteca, para definir su funcionamiento técnico en la práctica.
4. De acuerdo con el principio mercantil de que ante la duda deben de favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación, los contratantes del seguro de caución deben regirse de acuerdo con lo que las pólizas de seguro describan como obligación de las aseguradoras.





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR MONZÓN, Carlos Waldemar. **El contrato de fianza**. Tesis de grado. Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales, abogado y notario. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1974.

ALFONSO X, el Sabio. **Las siete partidas**. Antología. 1ª. ed., España, Ed. Castalia, 1992.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**. Historia e instituciones. 3ª. ed. Argentina, Ed. Astréa, 2002.

ASOCIACIÓN Henri Capitant. **Vocabulario jurídico**. Colombia, Ed. Temis. S.A., 1995.

ÁVILA MERINO, Luis Miguel. **La fianza mercantil**. 2a. ed. Venezuela, Ed. Universidad católica Andrés Bello, 2002.

BAEZA PINTO, Sergio. **Derecho marítimo: propedéutica**. Chile, Editorial jurídica de Chile, 1990.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles**. 5a. ed. México, Ed. Oxford, 1999.

BETANCOURT, Fernando. **Derecho romano clásico**. 3a ed. Ed. Universidad de Sevilla, Colección manuales universitarios número 33, España, 1995.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: (s.e.), 1998.

BULLÓ, Emilio. **El derecho de seguros y de otros negocios vinculados**, tomo I, El contrato de seguros en general. Argentina, Ed. Abaco de Rodolfo de Palma, 1999.



CONTRERAS ORTIZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles.** (Parte general). Guatemala, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2004.

CASTÁN TOBEÑAS, José y De los Mozos José Luis. **Derecho civil español, común y foral,** tomo IV: Derecho de las obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, 10a. ed., España, Instituto Editorial Reus, 1977.

CASTILLO FREYRE, Mario. **Tratado de las obligaciones,** volumen XVI, tercera parte, tomo IX, 2a. ed., Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

DE PINA, Rafael. **Diccionario de Derecho.** 1a. ed., México, Ed. Porrúa, 1965.

DE VELASCO Y DEL VALLE, Adolfo Ruiz. **Manual de derecho mercantil.** 1a. ed., España, Ed. Universidad pontificia Comillas de Madrid, 1999.

DI PIETRO, Alfredo y Lapieza Elli, Angel Enrique. **Manual de derecho romano.** Argentina, Ed. De Palma, 1999.

FINLEY, Moses I. **La Grecia antigua.** España, Ed. Crítica S.L., 2008.

FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. **Los derechos reales en nuestra legislación.** Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 2002.

FONT SERRA, Eduardo. **Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica.** Editado por Ministerio de justicia. España, 2004.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. **Diccionario de jurisprudencia romana.** 3a ed., España, Ed. Dykinson, S.L. 2000.



GETE-ALONSO, María del Carmen y Calera, Maria Ysàs Solan. **Lecciones del derecho civil aplicable en Cataluña**. 1a. ed. Universidad autónoma de Barcelona. España, 2003.

GHIRARDI, Juan Carlos y Alba Crespo, Juan José. **Derecho Romano I y II**, Ed. Eudecor, Argentina, 1995.

HERNÁNDEZ YOL, Juan Carlos. **Aplicación de las normas internacionales de contabilidad de una empresa nacional de seguros en el ramo de daños**, tesis de licenciatura Contador público y Auditor. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2005.

http://books.google.com.gt/books?id=52gEIKDjrDAC&printsec=frontcover&client=firefox-a&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (20 de diciembre de 2010).

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cumplimiento. (12 de febrero de 2011).

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=incumplimiento. (12 de febrero de 2011).

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rdleg6-2004.t3.html#da1 ()

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l50-1980.t2.html. (20 de febrero de 2011).

http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4190 (29 de noviembre de 2010, 20:28).

<http://www.eumed.net/cursecon/dic/C.htm#c%C3%A1mara%20de%20compensaci%C3%B3n>. (27 de febrero de 2011).



http://www.hispacolex.com/seguero_de_caucion.html

<http://www.segurosuniversales.net/portalnew/ES11/historiaDelSeguro.html> (3 de febrero de 2010).

<http://www.segurosuniversales.net/portalnew/ES11/historiaDelSeguro.html> (3 de febrero de 2010)

<http://www.segurosuniversales.net/portalnew/ES11/historiaDelSeguro.html> (20 de enero de 2011).

<http://www.suite101.net/content/historia-del-seguero-antiguedad-y-edad-media-hasta-el-siglo-xiv-a39607#ixzz1GAthvgrV> (9 de marzo de 2011).

<http://www.universales.net/portalnew/secc/quienessomos/historiaseguro.jsp> (20 de enero de 2011)

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. **Derecho mercantil II**, volumen 2, 13ra ed., España, Ed. Ariel, S.A., 2009.

KLÍMA, Josef. **Sociedad y cultura en la antigua Mesopotamia**, 5a. ed. España, Ed. Akal, S.A. 2007.

LACRUZ BERDEJO, José Luís. **Derecho de obligaciones**, vol. I., 3a. ed., España, Ed. Dykinson, 2005

LÓPEZ, Hernán Fabio. **Comentarios al Contrato de Seguros**. Colombia, Ed. Temis, 1982.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. **Curso de Derecho Civil II**, Derecho de Obligaciones. España, Ed. Colex, 2000.



MARTÍN GRANADOS, María Antonieta. **Impuesto sobre la renta e impuesto al activo**. México, Ed. Internal Thomson EDRS, S.A., 2005.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. **Curso de derecho mercantil**, vol I, Venezuela, (s.e.), 1998.

NICOLINI, Humberto. **La fianza y el seguro**, Revista Mexicana de Seguros No. 164. México. 1961.

OLIVER SOLA, María Cruz. Boletín de la facultad de Derecho, número 19. **La fianza. Su estudio comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil español y en el fuero nuevo de Navarra**. España, 2002.

PENAGOS BOTERO, Andrea. **El seguro de cumplimiento en la contratación administrativa**, tesis. Pontificia Universidad javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, carrera de derecho. Colombia, 2005.

PEÑA NOSSA, Lisandro. **De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales, negocios del empresario**, 2a. ed., Colombia, Ed. Ecoe, 2006.

QUEVEDO CORONADO, Ignacio. **Derecho mercantil**. 2a. ed., México, Ed. Pearson Educación, 2004.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis y Colina Oquendo Pedro. **Código penal comentado y con jurisprudencia**, 2a ed. España, Ed. La Ley, 2007.

RUBIO GARRIDO, Tomás. **Colección de Estudios de Derecho Privado- fianza solidaria, solidaridad de deudores confianza**. España, Ed. Comares, 2002.

SACRISTÁN BERGIA, Fernando. **El contrato de contragarantía** (en el ámbito de las garantías bancarias autónomas a primera demanda, España, Ed. Dykinson, S.L., 2006.



SANOJO VENEZUELA, Luis, **Código de comercio explicado y comentado**.
Venezuela, Imprenta al vapor por Eliodoro López, 1862.

SOLARES SAGASTUME, Sandra Danitza. **Los mecanismos alternos de resolución de conflictos en el área de seguros**. Tesis de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil**, vol. 53, Ed. Universitaria, Guatemala, 1981.

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto. **Derecho civil IV, obligaciones II**. Guatemala, 2003.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, tomo I, 6a. ed. Guatemala, Ed. Universitaria. 2004.

VITERI, Ernesto R. **Los contratos en el Derecho civil guatemalteco (Parte especial)**, 2a ed. Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar, 1992.

www.estudioton.com.ar/.../pardo-verificacion%20seguro%20caucion.doc (16 de febrero de 2011).

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. **Lecciones sobre posesión y usucapión**, España, Ed. Dykinson, S.L., 2002

Legislación

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



Código Civil. Decreto Ley 106 y sus reformas. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto 2-70 y sus reformas. Congreso de la República de Guatemala. Guatemala, 1970.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 y sus reformas. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Ley de almacenes generales de depósito. Decreto 1746 y sus reformas. Congreso de la República, Guatemala, 1968.

Ley de garantías mobiliarias. Decreto 51-2007 y sus reformas. Congreso de la República, Guatemala, 2007.

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

Ley de mercado de valores y mercancías. Decreto 34-96 y sus reformas. Congreso de la República, Guatemala, 1996.

Ley Orgánica del Organismo Judicial. Decreto 2-89 y sus reformas. Congreso de la República, Guatemala, 1989.

Ley sobre seguros. Decreto Ley 473 y sus reformas. Jefe del Gobierno de la República. Guatemala, 1966.