

PJD-SGS-007-2012

17 de setiembre de 2012

Máster

Javier Cascante Elizondo

Superintendente General de Seguros

Estimado señor:

En atención a la consulta sobre las implicaciones de la reforma propiciada por la Ley Reguladora del Contrato de Seguros, a la Ley N° 40 del 30 de marzo de 1931 *Banco Nacional de Seguros asume el Seguro de Fidelidad*, específicamente en cuanto a la posibilidad de que las aseguradoras autorizadas por esta Superintendencia para emitir fianzas, se emite el siguiente criterio jurídico.

I. ANTECEDENTES.

Por dictamen PJD-004-2011 de fecha 22 de febrero, esta División de Asesoría Jurídica se refirió a las diferencias entre fianza y seguro, así como el tema relativo al seguro de fidelidad instaurado por la Ley N° 40 del 30 de marzo de 1931. No obstante, la Ley Reguladora del Contrato de Seguros (Ley N° 8956) introdujo una reforma a los siguientes artículos:

“Artículo 5.- El Estado y las demás corporaciones públicas aceptarán las fianzas que a su favor expidan las aseguradoras autorizadas por la Superintendencia General de Seguros, en los casos en que se requiera fianza. Pero pueden aceptar las otras clases de garantías que indiquen las leyes, excepto, en el caso de funcionarios y de empleados públicos que manejen fondos del Estado, en que será obligatoria la garantía del seguro.

Artículo 6.-Las pólizas y los bonos de fidelidad que expidan las aseguradoras de la categoría de seguros generales, debidamente registradas ante la Superintendencia General de Seguros, surtirán los mismos efectos que un instrumento público.

Artículo 8.- Las aseguradoras renunciarán en sus pólizas al derecho de excusión, separando las pérdidas cuyo riesgo hubiera asumido inmediatamente después de comprobadas, pero subrogándose en los mismos privilegios, derechos y acciones que tuviera la persona o entidad favorecida con el seguro, para recuperar el monto de la pérdida. En los casos en que la pérdida exceda el monto de la fianza, ese derecho de subrogación queda limitado a lo indispensable para que la aseguradora recupere el monto de la fianza y la persona o entidad perjudicada conservará los derechos necesarios para perseguir y obtener la diferencia no cubierta por el seguro.” (El destacado es suplido).

Se cuestiona entonces si resulta factible que las entidades aseguradoras, quienes por disposición expresa del artículo 7 inciso a) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros (Ley N° 8653) deben mantener como objeto exclusivo la actividad aseguradora; emitan fianzas a la luz de la reforma citada.

II. ACERCA DE LA FIANZA Y EL CONTRATO DE SEGURO DE FIDELIDAD.

En un sentido amplio, se llama fianza o caución a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación, pero en un sentido más estricto y técnico, fianza es la garantía personal que se constituye cuando un tercero asume el compromiso de responder por el cumplimiento de una obligación, si no la cumple el deudor principal.

También se ha definido la fianza como el contrato por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal de forma subsidiaria, es decir, cuando el deudor no la cumple. El Código Civil regula la fianza en los artículos 1301 al 1333, y al establecer las generalidades de ésta figura, señala:

“Artículo 1301

El que se constituye fiador de una obligación, se sujeta respecto del acreedor a cumplirla, si el deudor no la satisface por sí mismo.”

Asimismo, de acuerdo con el Código de Comercio, cuando la fianza tiene por objeto *asegurar el cumplimiento de un acto de comercio*, se considera mercantil¹. La fianza mercantil, se regula en los artículos 509 al 520 de dicho código.

De acuerdo con Carlos Hoyos Elizalde², los siguientes son elementos característicos de la fianza:

1. La accesoriedad de la obligación, ya que la fianza no puede concebirse sino por la existencia de una obligación principal, y
2. La subsidiaridad, por virtud de la cual el fiador sólo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación.

Por otra parte, no debe generarse confusión con la reciente reforma, pues el seguro de fidelidad a que refiere la citada Ley 40, es como bien su nombre lo indica, un contrato de

¹ Ver artículo 509 en concordancia con el artículo 1.

² Hoyos Elizalde, Carlos. El Seguro de Caución. Pág.35. Fundación MAPFRE. Madrid, España 2012.

seguro y no una fianza. Para efectos aclaratorios, debe hacerse una lectura integral de la referida ley, en concreto si se revisan los siguientes artículos, tenemos:

*“Artículo 2°—El **contrato de seguro de fidelidad**, tiene por principal objeto garantizar contra pérdida monetaria el manejo de fondos por funcionarios, empleados públicos y particulares, en favor del Estado, Municipios, Juntas o Dependencias del Estado y las obligaciones que deben **caucionar** los notarios y demás funcionarios públicos.*

*Artículo 3°—Cabe, también, **esta clase de seguro** para garantizar el pago de derechos, impuestos y multas; el cumplimiento de contratos, concesiones y licitaciones; las obligaciones de litigantes, y, en general, toda clase de obligaciones contraídas con el Estado, Municipio, Junta o Dependencia del Estado.”(El destacado es suplido).*

En similar sentido, la reciente reforma debe analizarse dentro del contexto temporal y jurídico en el que se realizó, pues resulta coherente desde toda óptica, que al dictarse la Ley Reguladora del Contrato de Seguros el año anterior, se propiciara una leve modificación a la ley relativa a los seguros de fidelidad, ya que ésta data desde los años treinta, momento en el que existía monopolio del asegurador del Estado.

Asimismo, obsérvese que de conformidad con los artículos transcritos supra, esta clase de seguro opera con la finalidad de caucionar la labor de ciertos funcionarios públicos, así como de garantizar otro tipo de obligaciones contraídas con dependencias estatales; de ahí que los artículos reformados refieran a ese término, pero dentro del contexto de un contrato de seguro, tal y como lo indica la ley.

Si se atiende la función que cumple el seguro de caución en el tráfico económico, se comprueba que ésta es identificable con la sustitución de un depósito realizado por el deudor en garantía del cumplimiento de sus obligaciones y que permite al acreedor resarcirse si el deudor no cumple, llegado el momento.

Esta función caucional es la que permite identificar el riesgo en el seguro de caución. El acreedor prevé la posibilidad de que el deudor incumpla sus obligaciones y constituye un depósito que garantice la indemnización pertinente. En este depósito preventivo radica el fundamento del seguro de caución.

En el seguro de caución no se cubre la reparación de un daño definitivo, sino que lo que se cubre es el exacto cumplimiento de la obligación principal. Así, en los seguros de caución constituidos a favor de la Administración Pública, la garantía del asegurador es sustitutiva del depósito preventivo de una suma (caución) que garantiza a la Administración la posibilidad de autotutela en caso de que se produzca el incumplimiento.

Asimismo, dependiendo de la obligación garantizada por el seguro, se puede identificar aquellas cuya garantía es de origen legal o judicial; así como aquellas cuya obligación deriva de un contrato, es decir, de la libertad de contratación entre las partes.

Tomando en cuenta todas las consideraciones tanto legales como doctrinarias señaladas, es claro que las entidades aseguradoras tienen la obligación de registrar ante la Superintendencia este tipo de seguro, al igual que los demás, por disposición del artículo 25 inciso k), que dicho sea de paso, también fue reformado por la Ley N° 8956:

“Artículo 25.- Obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras

(...)

k) Registrar, ante la Superintendencia, los tipos de póliza y la nota técnica del producto. Solo después de presentada la solicitud de registro, las entidades aseguradoras autorizadas, bajo su responsabilidad, podrán comercializar y publicitar el producto. Además, deberá cumplir los ajustes que solicite la Superintendencia, de conformidad con lo indicado en el inciso d) del artículo 29 de esta ley. Se exceptúan de este registro los contratos de no adhesión cuya complejidad no los haga susceptibles de estandarización, según los criterios y el monto de prima anual que defina el Consejo Nacional de Supervisión mediante reglamento.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 110 de la ley N° 8956 del 17 de junio del 2011 " Ley Reguladora del Contrato de Seguros")

De este modo, ante las disposiciones legales que definen expresamente el seguro de fidelidad como un contrato de seguro, así como la obligatoriedad por parte de las entidades aseguradoras de registrar ante la Superintendencia los productos que pretenden comercializar en el mercado; es claro que no resultaría acorde al ordenamiento jurídico la comercialización dichos productos, sin antes cumplir los requerimientos establecidos en el *Reglamento Sobre Autorizaciones, Registros y Requisitos de Funcionamiento de Entidades Supervisadas por La Superintendencia General de Seguros*, que dicho sea de paso, contempla de la categoría de seguros generales, la línea de caución³.

III. OBJETO SOCIAL EXCLUSIVO: UN REQUERIMIENTO EXPRESO PARA EL DESARROLLO DE EN LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A SEGUROS.

Una vez aclarado que la figura regulada en la Ley N° 40 de 1931, es un contrato de seguro y no una fianza pura y simple, toda referencia a las entidades aseguradoras autorizadas por

³ Ver en tal sentido los artículos 3, 5 y 47, en relación con el Anexo 1, inciso i) apartado j) del Reglamento.

SUGESE —promovidas por la reforma de repetida cita— resulta concordante con el artículo dos de la Ley N° 8653, donde se establece que la actividad aseguradora solo podrá desarrollarse en el país por parte de entidades que cuenten con la respectiva autorización administrativa emitida por el Órgano Regulador, en los términos del artículo 7 de esa ley.

Desde tal óptica, no estima esta División de Asesoría Jurídica que la reforma de marras, implique modificación alguna al imperativo establecido para las sociedades anónimas, de tener como objeto social de forma exclusiva, el ejercicio de la actividad aseguradora, según lo definido en el artículo 7 inciso a) de la Ley N° 8653. Dicha disposición a su vez, resulta concordante con el establecimiento de objeto social exclusivo, definido para intermediación de seguros, según se dispuso en el artículo 22 de la misma ley.

La relevancia dada por el legislador al particular, se confirma al observar que dentro de las obligaciones asignadas a la Superintendencia en el artículo 29 inciso b) de la Ley N° 8653, está justamente el autorizar los estatutos sociales de las entidades aseguradoras, con la advertencia para el Registro Público, de no tramitar ninguna inscripción si no se cuenta con la autorización indicada. Asimismo, se estableció en el transitorio IX, un plazo de seis meses para que las sociedades anónimas ajustaran su razón social en los términos del inciso b) del artículo 29 referido.

En tal sentido, ante el imperativo legal para las sociedades anónimas, de tener como objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora —de conformidad con el referido artículo 7 inciso a)— y el énfasis otorgado por el legislador al particular, no solo en dicho artículo, sino en las demás disposiciones mencionadas de la Ley N° 8653, así como la misma reforma promovidas por la Ley N° 8956, no resulta legalmente viable para las entidades aseguradoras, la emisión de fianzas puras y simples.

IV. CONCLUSIONES.

- 1)** El seguro de fidelidad a que refiere la citada Ley 40, es como bien su nombre lo indica, un contrato de seguro y no una fianza.
- 2)** Esta clase de seguro opera con la finalidad de caucionar la labor de ciertos funcionarios públicos, así como de garantizar otro tipo de obligaciones contraídas con dependencias estatales; de ahí que los artículos reformados refieran a ese término, pero dentro del contexto de un contrato de seguro, tal y como lo indica la ley.

- 3) Si se atiende la función que cumple el seguro de caución en el tráfico económico, se comprueba que ésta es identificable con la sustitución de un depósito realizado por el deudor en garantía del cumplimiento de sus obligaciones y que permite al acreedor resarcirse si el deudor no cumple, llegado el momento.
- 4) Las entidades aseguradoras tienen la obligación de registrar ante la Superintendencia este tipo de seguro, al igual que los demás, por disposición del artículo 25 inciso k) de la Ley N° 8956.
- 5) No estima esta División de Asesoría Jurídica que la reforma de marras implique modificación alguna al imperativo establecido para las sociedades anónimas, de tener como objeto social de forma exclusiva, el ejercicio de la actividad aseguradora según lo definido en el artículo 7 inciso a) de la Ley N° 8653, por lo que no resulta legalmente viable para las entidades aseguradoras, la emisión de fianzas puras y simples.

Cordialmente,



Yorlenny Morales Gamboa.
Abogada



Silvia Canales Coto.
Directora