

02 de diciembre, 2014
C-441-2014

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendente de Seguros
Superintendencia General de Seguros

Estimado señor:

Me refiero a su atento oficio N. SGS-DES-O-1376-2014 de 12 de agosto del presente año, por medio del cual consulta el criterio de la Procuraduría General de la República sobre las implicaciones de la reforma propiciada por el artículo 112 de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros a los artículos 5,6 y 8 de la Ley 40 del 30 de marzo de 1931, por la cual el Banco Nacional de Seguros asume el Seguro de Fidelidad. Es criterio de la Superintendencia que aunque técnicamente la fianza no es un seguro, para efectos de la Ley N. 40 de cita se utilizaron como sinónimos los términos fianza, bono de fidelidad y el seguro de fidelidad aplicados a un seguro, que al día de hoy estaría calificado en la línea de caución que contempla el Reglamento sobre Autorizaciones, Registros y Requisitos de Funcionamiento de Entidades Supervisadas por la Superintendencia General de Seguros, Anexo 1, inciso i), apartado j). Por ende, un seguro al que le resultan aplicables las disposiciones regulatorias establecidas en la Ley 8653.

Adjunta Ud. el oficio PJD-SGS-007-2012 de 17 de setiembre de 2012 de la Asesoría Jurídica de SUGESE. La Asesoría responde a la duda sobre la posibilidad de que entidades aseguradoras emitan fianzas. Es su criterio que el seguro de fidelidad tiene como objeto caucionar la labor de ciertos funcionarios públicos, así como garantizar otro tipo de obligaciones contraídas con dependencias estatales. El seguro de caución se identifica con la sustitución de un depósito realizado por el deudor en garantía del cumplimiento de sus obligaciones y permite al acreedor resarcirse si el deudor no cumple, llegado el momento. Función caucional 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. Con el seguro de caución no se cubre la reparación de un daño definitivo, sino el exacto cumplimiento de la obligación principal. Considera la Asesoría que las entidades aseguradoras tienen la obligación de registrar este tipo de seguro ante la SUGESE, de acuerdo con el artículo 25, inciso k) como requisito para su comercialización. Esa necesidad no modifica el

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 2

requerimiento de que las aseguradoras tengan como objeto social exclusivo el ejercicio de la actividad aseguradora. Objeto social exclusivo que se contrapone a que las aseguradoras emitan fianzas puras y simples.

Las entidades aseguradoras rigen su actividad por el principio de especialidad de su objeto. Parte de ese objeto es la expedición de seguros de caución.

A-. LA ASEGURADORA: UNA SUJECION AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

La empresa aseguradora ha sido definida como:

*"aquella que asume, con carácter profesional, los riesgos ajenos a través de un fondo de primas suficiente para afrontar las prestaciones e indemnizaciones comprometidas con sus asegurados o resarcir los daños sufridos por terceros". R, STIGLITZ: **Derecho de Seguros**, I, La Ley, 2008, p. 201.*

La aseguradora es la parte del contrato de seguros que asume la obligación de indemnizar por un daño provocado por la ocurrencia del siniestro a que se concreta el seguro. Actividad que ejerce con carácter profesional y habitual. Habitualidad, tecnicidad y profesionalidad son, en efecto, notas características de la empresa aseguradora. La empresa aseguradora no realiza actividad aseguradora de manera ocasional o como complemento de otras actividades empresariales, incluso de otras actividades financieras. Por el contrario, ejerce profesionalmente y de manera continua una actividad económica consistente en el seguro.

Es por ello que se exige de la empresa aseguradora tener como objeto exclusivo la actividad aseguradora. No puede otorgarse la autorización para ejercer la actividad a una sociedad o a organismos que tengan otros objetos sociales. En contraposición, la aseguradora es la única entidad que puede ser autorizada para ejercer actividad aseguradora, actividad que es exclusiva de esta. Así deriva de lo dispuesto en la Ley Reguladora del Mercado de Seguros. Para tal efecto, se define como actividad aseguradora:

"ARTÍCULO 2.- Actividad aseguradora y reaseguradora

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 3

La actividad aseguradora y la actividad reaseguradora solo podrán desarrollarse en el país por parte de entidades que cuenten con la respectiva autorización administrativa emitida por la Superintendencia General de Seguros, en adelante Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley.

La actividad aseguradora consiste en aceptar, a cambio de una prima, la transferencia de riesgos asegurables a los que estén expuestas terceras personas, con el fin de dispersar en un colectivo la carga económica que pueda generar su ocurrencia. La entidad aseguradora que acepte esta transferencia se obliga contractualmente, ante el acaecimiento del riesgo, a indemnizar al beneficiario de la cobertura por las pérdidas económicas sufridas o a compensar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Por actividad reaseguradora se entiende aquella en la que, con base en un contrato de reaseguro y a cambio de una prima, una entidad reaseguradora acepta la cesión de todo o parte del riesgo asumido por una entidad aseguradora, en virtud de los contratos de seguro subyacentes. En lo que corresponda, a las entidades reaseguradoras les serán aplicables las disposiciones establecidas en la legislación para las entidades aseguradoras.

Estarán sometidas al ámbito de aplicación de esta Ley, todas las personas físicas o jurídicas, que participen, en forma directa o indirecta, en el desarrollo o realicen en cualquier forma la actividad aseguradora, reaseguradora, su intermediación y servicios auxiliares de seguros.(...)”.

Exclusividad del objeto que reafirma el artículo 7 de la Ley, al disponer que la actividad aseguradora en las categorías de seguros generales, seguros personales, o ambas, solo podrá ser ejercida por las entidades que enumera. Entre estas, las entidades de Derecho Privado constituidas en Costa Rica como sociedad anónima “cuyo objeto social será, en forma exclusiva, el ejercicio de la actividad aseguradora”. O bien, las entidades aseguradoras constituidas en otro país, cuyo “objeto social será, en forma exclusiva, el ejercicio de la actividad aseguradora”.

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 4

En el mismo sentido, se impone que las cooperativas aseguradoras solo realicen actividad aseguradora y esto con sus asociados.

De dicho numeral se sigue que la aseguradora debe respetar el principio de especialidad, de acuerdo con el cual la empresa no es libre para ampliar su dominio de operación a cualesquiera nuevas actividades que se presenten en el mercado, aun cuando éste le proporcione una mayor rentabilidad. No puede tomar decisiones que la conduzcan a salir del ámbito de especialidad. Por el contrario, su política y actividades deben ser encuadradas por el objeto social, tal como resulta de su acto de creación. De modo que la empresa no puede diversificar su esfera de acción, salvo que una norma de rango legal se lo permita.

La actividad en que consiste ese objeto social es la actividad aseguradora. En los términos del artículo 2 antes transcrito, es la aceptación a cambio de una prima, de la transferencia de riesgos asegurables a que estén expuestas terceras personas, con el objeto de dispersar en un colectivo la carga económica que puede generar su ocurrencia. Para que una actividad pueda ser explotada por la empresa aseguradora debe, entonces, enmarcarse como aseguradora. No le está permitido, recalcamos, realizar otra actividad distinta del aseguramiento. La circunstancia de que la empresa aseguradora participe en una actividad financiera, el seguro, no le autoriza a ejercer otras actividades financieras y mucho menos para desarrollar actividad comercial no financiera.

La determinación de qué entidades pueden ejercer la actividad del seguro forma parte de la ordenación del mercado de seguro, sujeta a supervisión y regulación por la Superintendencia General de Seguros. Sujeción que se evidencia con la necesidad de autorización de la entidad aseguradora pero también de los productos que pueda comercializar. Dispone en lo que interesa la Ley Reguladora del Mercado de Seguros:

"ARTÍCULO 29.- Objetivos y funciones de la Superintendencia General de Seguros

La Superintendencia tiene por objeto velar por la estabilidad y el eficiente funcionamiento del mercado de seguros, así como entregar la más amplia información a los asegurados. Para ello, autorizará, regulará y supervisará a las personas, físicas o jurídicas, que intervengan en los actos o contratos relacionados con la actividad aseguradora, reaseguradora, la oferta pública y la realización de negocios de seguros.(...).

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 5

Adicionalmente, le corresponderán las siguientes funciones:

a) *Autorizar, suspender, cancelar y otorgar las licencias y autorizaciones administrativas, de conformidad con esta Ley, a los sujetos supervisados.*

b) *Autorizar los estatutos sociales y sus modificaciones de entidades aseguradoras, así como el uso en la razón social de los términos "seguros", "aseguradora", "reaseguros", "aseguramiento", "sociedad agencia de seguros" y "sociedad corredora de seguros" o análogos que se pretendan inscribir en el Registro Público; este último no tramitará ninguna inscripción de ese tipo, si no se cuenta con la autorización indicada.*

c) *(....).*

d) *Mientras se encuentre vigente el registro de los tipos de póliza y la nota técnica del producto al que se refiere el inciso k) del artículo 25 de esta ley, el Superintendente General de Seguros podrá realizar, mediante resolución razonada, observaciones o requerir modificaciones a los aseguradores, respecto de los productos registrados y, en especial, de las condiciones del contrato, cuando se detecte que la redacción no es clara o las condiciones del aseguramiento pudieran ser abusivas o contrarias a la legislación. Dichas modificaciones estarán a cargo de la entidad aseguradora y operarán para los nuevos contratos o las renovaciones de los anteriores.(....).*

k) *Definir cuando exista duda, de oficio o a instancia de parte, por resolución razonada de carácter general, si una actividad se considera actividad aseguradora para los efectos de esta Ley y bajo los parámetros establecidos en el artículo 2 de esta Ley".*

El artículo 25 de la Ley dispone en lo que interesa:

"ARTÍCULO 25.- Obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 6

Sin perjuicio de las demás obligaciones estipuladas en esta Ley, las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán:

(...).

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”.*

El incumplimiento de este deber constituye una infracción muy grave, artículo 36, que puede ser sancionada en los términos del artículo 37 de la Ley.

De lo anterior se sigue que el ordenamiento del mercado de seguro entraña una obligación de registro de los contratos de seguros ante la Superintendencia General de Seguros. Lo que implica que los distintos seguros que cada aseguradora expida deben ser registrados ante la SUGESE. Registro que tiende a asegurar que el producto que se ofrece al mercado es expresión de la actividad aseguradora. Así, para efectos de registro, se debe definir si un determinado producto constituye un seguro y como tal, se enmarca dentro de la actividad aseguradora exclusiva propia de una empresa aseguradora. Por ende, si la aseguradora puede ofrecerlo y explotarlo en el mercado.

Cabe señalar, además, que esa determinación no solo tiene efectos en relación con las aseguradoras. Para que el usuario de seguros pueda beneficiarse de las disposiciones de los artículos 4, 5 y 6 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros es requisito que se esté en presencia de un seguro. Determinación que obliga a considerar lo dispuesto en la Ley Reguladora del Contrato de Seguros, N. 8956 de 17 de junio de 2011.

B-. EI CONTRATO DE SEGUROS

Elemento fundamental de la actividad aseguradora es la existencia de riesgos asegurables; riesgos que mediante el contrato de seguros son transferidos a la aseguradora. Esta, de concretarse el riesgo, (acaecimiento del siniestro) debe pagar al asegurado o beneficiario la prestación convenida. Estos elementos están presentes en la definición legal del contrato de seguro:

"ARTÍCULO 3.- Contrato de seguros

El contrato de seguros es aquel en que el asegurador se obliga, contra el pago de una prima y en el caso de que se produzca un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido a la persona asegurada, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones, dentro de los límites y las condiciones convenidos. Las aseguradoras que operan en el mercado nacional podrán colocar, por sí o por medio de una de sus subsidiarias, contratos de seguros fuera del territorio nacional, ajustándose a los requerimientos legales de cada país en el que deseen operar".

De esa definición pueden considerarse elementos esenciales del contrato de seguro:

- Su carácter bilateral.
- La obligación del asegurador de indemnizar el daño producido a la persona asegurada o satisfacer un capital u otras prestaciones.
- Obligación que se concreta en caso de que suceda el evento cuyo riesgo se cubrió.
- Obligación que tiene como contraprestación el pago de una prima. Así, la prima es el precio debido por el tomar al asegurador como contraprestación para un eventual resarcimiento o prestación a cargo de este.
- La sujeción a los límites y condiciones establecidas.

A lo cual hay que señalar que el artículo 8 de la Ley establece como elemento esencial el consentimiento y el interés asegurable. Dispone dicho numeral:

"ARTÍCULO 8.- Elementos esenciales del contrato de seguro

Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- a) El consentimiento de las partes.*
- b) El interés asegurable presente o futuro.*
- c) El riesgo asegurable.*
- d) La prima del seguro o el procedimiento para determinarla.*
- e) La obligación del asegurador.*

Será absolutamente nulo el contrato de seguro que carezca de alguno de estos elementos esenciales”.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en resolución número 756-F-2007, dispuso sobre este contrato:

” ...Este convenio, pese a la naturaleza pública de esa entidad (se refiere al INS), es de carácter privado, en virtud de que tal actividad se rige por el Derecho Mercantil, al constituirse como un ejercicio de su giro empresarial, en el ámbito de su capacidad de derecho privado. En este sentido, puede consultarse la sentencia de esta Sala no. 903 de las 9 horas 25 minutos del 21 de octubre del 2004. Sin embargo, cabe agregar que en este tipo de contratos, al estar de por medio la concentración de los seguros, se constituye en un convenio típico de adhesión, en el cual, el asegurado no puede discutir las condiciones del (sic) sino someterse a los términos que ofrece el asegurador. Lo anterior debido a que por esta particularidad, están dispuestas de antemano en el documento formal que se rubrica, cláusulas que con la signatura del acuerdo, vienen a ser, en tesis de principio, obligatorias para el co-contratista. Cabe señalar que en estas relaciones, impera un principio de buena fe, pues como bien ha señalado el Ad quem, se sustenta sobre una base de confianza que en el contexto del acuerdo provoca que el asegurado espera y confía en la cobertura del asegurador en el evento de que ocurra el hecho condicionante (imprevisto) pactado, mientras que éste último tiene la expectativa de que el asegurado no incurrirá en conductas que lesionen el interés del negocio ni la verdad de lo acontecido.... Cabe señalar que conforme al ordinal 1023 ibídem ,

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 9

los órganos jurisdiccionales pueden ejercer un control que les permite anular las cláusulas abusivas o leoninas que eventualmente puedan introducirse. Además, en virtud de lo estatuido por el párrafo primero de ese mandato, pueden analizar los aspectos de equidad de esos "acuerdos" a fin de buscar un justo equilibrio en el marco de las contraprestaciones, de manera que no exista un beneficio excesivo o injustificado a favor de uno o de otro".

En la resolución N. 571-F-S1-2009 de 10:25 hrs. de 27 de mayo de 2009, la Sala Primera manifestó:

"El contrato de seguros tiene por objeto trasladar o transferir los daños, futuros e inciertos, provenientes de la materialización de un riesgo, el cual había sido previamente asegurado, del perjudicado (el tomador) al asegurador, mediante una indemnización o una prestación acordada previamente. Se caracteriza por la mutualidad, esto es, que las consecuencias dañosas son distribuidas entre una pluralidad de sujetos que se encuentran expuestos a un mismo tipo de riesgo, los cuales han sido asegurados por la misma empresa aseguradora, mediante el pago de una prima proporcional, calculada por esta última. Es igualmente importante tener claro que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, en este caso el INS, al actuar en el ejercicio de su capacidad de derecho privado, según el numeral 1 de la Ley General de la Administración Pública, se encuentra en la libertad de definir, en forma previa, cuales son los riesgos que está dispuesto a asegurar (salvo que exista una disposición legal que le obligue, como sucede en el caso de riesgos del trabajo), lo cual hace al momento de ofertar un determinado tipo de póliza. Desde la perspectiva del asegurador, no todo riesgo es asegurable, sino que esto depende de las políticas que defina cada empresa con base en los estudios actuariales correspondientes. Lo anterior implica que los contornos del interés asegurable se encuentran definidos en la póliza, siendo este un supuesto de validez del contrato. Es por lo anterior que, en cumplimiento del principio de la buena fe negocial, las partes se encuentran en la obligación recíproca de suministrar aquella información que incida en su perfección, y en el caso del asegurador, en la decisión de otorgar la cobertura indemnizatoria... Desde esta perspectiva, y teniéndose en cuenta que se trata de una actividad privada (no una función o

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 10

servicio público), regida por la libertad de empresa y de contratación, la existencia de cláusulas tendientes a delimitar y precisar las obligaciones de los contratantes no resulta violatoria del principio de razonabilidad y proporcionalidad, salvo que exista un abuso producto del desequilibrio de poder entre las partes...”.

Normalmente se sostiene que el seguro tiene un carácter resarcitorio de los daños sufridos por el acaecimiento del siniestro o evento dañoso. Sobre este elemento, preceptúa la Ley:

"ARTÍCULO 40.- Definición de riesgo y siniestro

Se denomina riesgo asegurable la posibilidad de que ocurra un evento futuro e incierto que no depende de la voluntad del asegurado. Los hechos ciertos y los físicamente imposibles, así como el juego y la apuesta no constituyen riesgos asegurables.

Se denomina siniestro la manifestación concreta del riesgo asegurado que hace exigible la obligación del asegurador”.

Se ha dicho que el riesgo asegurado “*está constituido por la eventualidad de un daño en el patrimonio del asegurado, o dicho con otras palabras, el riesgo se halla representado por la probabilidad o posibilidad de realización de un evento dañoso (siniestro) previsto en el contrato y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador, consistente en resarcir un daño o cumplir la prestación convenida...*”R, STIGLITZ, op. cit. p. 225.

Elemento fundamental que debe existir durante toda la vida del contrato, si durante la ejecución contractual el riesgo deja de existir, se tiene por terminado el contrato, artículo 41. Por lo que se ha afirmado:

“Como elemento causal de todo contrato de seguro, la presencia del riesgo y su continuidad a lo largo de la relación aseguradora, constituyen elementos imprescindibles para su existencia y eficacia...”, J.M.; EMBID IRUJO: *Problemas actuales del seguro de caución*, en **Las tendencias actuales de los contratos de garantía**. (obra colectiva). ATELIER, 2005, p. 58.

La definición legal de riesgo obliga a diferenciar entre los distintos eventos futuros e inciertos que pueden ocurrir. Para que pueda considerarse que hay un

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 11

riesgo asegurable, el acaecimiento del evento debe ser independiente de la voluntad del asegurado. Elemento de voluntariedad que permite diferenciar entre el seguro y otro tipo de contratos, por ejemplo. Este tema fue objeto de pronunciamiento mediante el dictamen N. C-220-2012 de 20 de septiembre de 2012, en relación con el otorgamiento de garantías por parte del Banco Hipotecario de la Vivienda, en el cual se indicó:

"La circunstancia de que el efecto directo de la garantía sea asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, no permite conceptualizarla como actividad de aseguramiento. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, la actividad aseguradora está referida a la transferencia de riesgos asegurables a los que están expuestas terceras personas, con el fin de dispensar en el colectivo la carga económica que la ocurrencia de ese riesgo puede generar. La obligación que asume la entidad aseguradora es de indemnizar al beneficiario en caso de que suceda el riesgo, por las pérdidas económicas sufridas o compensar un capital, una renta u otras prestaciones, según lo convenido. Dispone dicho numeral: (...).

De esa forma, la actividad aseguradora hace hincapié en el concepto de riesgo. No hay actividad aseguradora si no hay riesgo, artículo 8 de la Ley de Contratos de Seguros. En el caso de una obligación crediticia podría considerarse que hay riesgo porque el deudor podría incumplir sus obligaciones, no reembolsando el monto del crédito. Empero, ese no es un concepto técnico de riesgo. En efecto, de acuerdo con la Ley de Contrato de Seguros, el riesgo se define como: (...).

Ciertamente, el que se vaya a producir un incumplimiento de las obligaciones crediticias es un efecto futuro e incierto. Cuando se otorga un crédito, se parte de la idea de que el deudor suscribe el contrato porque tiene interés en cumplir. El incumplimiento de las obligaciones crediticias puede deberse a distintas causas, algunas no queridas por el deudor, lo que no excluye que un deudor sea irresponsable y no asuma sus obligaciones por falta de voluntad. Pero de ese hecho no puede afirmarse que el incumplimiento de la obligación sea un riesgo en los términos del artículo 40 de la citada Ley Reguladora del Mercado de Seguros. Y ello a pesar de los elementos constitutivos del riesgo, en el cual va ínsito una incerteza

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 12

que no depende de la voluntad del asegurado. Se ha indicado al efecto:

"Se ha definido el riesgo como "la probabilidad o la posibilidad de que eventualmente se produzca un hecho o incluso un acto del hombre –voluntario o no- que pueda ocasionar un daño a un interés asegurable cubierto por una póliza de seguro y que haga nacer la obligación del asegurador de cumplir con la contraprestación asegurativa convenida.

Está claro que el concepto de riesgo excluye todo daño que pueda resultar de un acto o de una omisión voluntaria del asegurado, pues tal proceder le quitaría las características de incertidumbre y eventualidad que le son propias y entonces, en lugar de riesgo, nos encontraríamos con una certeza". D, LOPEZ SAAVEDRA: Ley de Seguros Comentada y Anotada, La Ley, 2007, p. 60".

Se señaló que normalmente el seguro cumple una función indemnizatoria. Carácter que, empero, se cuestiona en los seguros de caución y de crédito, en que se afirma el carácter de garantía del seguro. Lo que obliga a diferenciar entre estos seguros y otras garantías, en especial la fianza. Aspecto que es importante en relación con la consulta que nos ocupa. Se requiere determinar si el seguro de fidelidad establecido en la Ley N. 40 de 30 de marzo de 1931 constituye un verdadero seguro, sujeto a las prescripciones propias de este, o bien si constituye una fianza. Una duda que se origina en el propio texto de esta Ley que se refiere a uno y otro instituto jurídico.

C-. NO OBSTANTE LA IMPRECISIÓN DE LA LEY 40, SU OBJETO ES REGULAR UN SEGURO

La presente consulta lleva implícita la necesidad de definir si bajo el término de "seguro de fidelidad", la Ley N. 40 comprende no solo diversos seguros sino sobre todo si autoriza a las entidades aseguradoras a realizar actividad distinta del aseguramiento; en concreto, actividad afianzadora.

El seguro de fidelidad es definido en el artículo 2 de la Ley, que no ha sufrido modificaciones, en los siguientes términos:

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 13

"Artículo 2º-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".

El término "garantía" utilizado por el numeral 2 da indicio de una naturaleza garantista del seguro que cubre incumplimiento por parte de funcionarios y particulares de sus obligaciones para el Estado y entidades públicas. Si bien podría decirse que el seguro de fidelidad está bien caracterizado, lo cierto que el propio numeral establece que ese objeto definido no es exclusivo, sino que el aseguramiento de la gestión de funcionarios públicos y particulares es definido como el "principal objeto". Sin embargo, el concepto propio del seguro de fidelidad está referido a ese objetivo principal, sea:

*"cubrir los perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de un acto de infidelidad o de inmoralidad de las personas que están unidas al asegurado beneficiario mediante un vínculo de índole laboral o de colaboración...". M, SILVA SANTOS: Determinación del seguro de crédito. Armonización y articulación en el ámbito internacional. L, de ANGULO RODRIGUEZ y otros: **Las tendencias actuales de los contratos de garantía**, op. cit. pp. 225-226.*

Así, el seguro de fidelidad garantiza los daños económicos sufridos por el beneficiario originados en una mala gestión o en el incumplimiento de obligaciones por las personas que se indica.

Cabría decir que se estará ante un seguro de fidelidad cuando su objeto es una transferencia del riesgo que podrían ocasionar los asegurados por el incumplimiento de las obligaciones que se aseguran. El riesgo, entonces, estaría referido a ese incumplimiento. Es por eso que se ha indicado que el seguro de fidelidad "es un seguro de obligación de non facere o de comportamiento negativo", IBID. p. 227.

Es de reconocer que la claridad que podría derivarse con el artículo 2 en relación con el seguro de fidelidad es vulnerada de seguido por el artículo 3 de la

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 14

Ley, que se encarga de ampliar el objeto para que comprenda otras obligaciones contraídas con la Administración Pública:

"Artículo 3º-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".

Se prevé un seguro como garantía de pago de tributos, pero además, de cumplimiento de obligaciones con la Administración Pública. Particularmente, en materia de contratación administrativa.

El artículo 4 de la Ley 40 termina de ampliar el ámbito del seguro, para abarcar:

"Artículo 4º-Esta clase de seguro puede también proteger las relaciones mercantiles y civiles de los particulares".

Uniendo las tres disposiciones, puede afirmarse que el seguro cubre no solo la actuación de funcionarios y particulares (como es lo propio del seguro de fidelidad), sino que toda actividad contractual, ya sea esta administrativa, comercial o civil puede ser asegurada mediante este contrato. Se trata de garantizar el cumplimiento de obligaciones frente a entidades públicas o entidades privadas. Objeto que, empero, puede ser considerado como propio de un seguro de caución.

Respecto de este seguro se ha afirmado que:

"El seguro de caución consiste en la cobertura del derecho de crédito de un beneficiario sobre el tomador, contratante. El asegurador de una caución se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar a un beneficiario (que puede asumir la calidad de asegurado) a título de resarcimiento o sanción penal (previamente establecidos en el contrato). Así descrito el contrato, parece que el seguro de caución refleja una función garantista y una naturaleza de caución pura y simple". IBID. pp. 223-224.

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 15

Carácter garantista ante inobservancia de obligaciones jurídicas que reafirma su función económica: sustituir el depósito de bienes corporales o dinero como garantía:

"A nuestro juicio, el seguro de caución es una figura creada para superar los inconvenientes prácticos de la entrega de una caución real, en dinero o valores, por parte del deudor al acreedor como instrumento de prevención y cobertura de un posible incumplimiento de su obligación en el futuro. ..." J.M.; EMBID IRUJO, op.cit. p.43.

En el mismo sentido:

"La función que cumple el seguro de caución en el tráfico económico, es la de sustituir un depósito realizado por el deudor, en dinero o títulos, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones. La referida función caucional es la que nos permite identificar el riesgo en el seguro de caución. En efecto, el acreedor exige la constitución del depósito para garantizar la indemnización, ante la posibilidad de que el deudor incumpla. Si aceptamos que el seguro de caución cumple una función caucional, no cabe sino concluir que el riesgo que éste cubre debe ser el mismo para el que se impuso el deber de constituir el depósito: el incumplimiento. Señala Gambino que 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. En este sentido, en los seguros que se constituyen a favor de la Administración Pública, la garantía del asegurador es sustitutiva del depósito preventivo de una suma (caución) que, como tal, garantiza a la Administración la posibilidad de autotutela en caso de que se produzca el incumplimiento del deudor". S. Díaz Marshall, Naturaleza y función del seguro de caución. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo . 7(15), 2009, p. 188. . Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Marshall-Naturaleza-y-funcion-del-seguro-de-caucion.pdf>.

Ese carácter garantista lleva a confundir dicho seguro con la fianza. Así, se discute si el seguro de caución es un verdadero seguro o es una fianza.

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 16

Una confusión que en nuestro medio puede acrecentarse en virtud de que los artículos 5 y 8 de la Ley refieren a *fianzas* expedidas por aseguradoras. Por lo que podría plantearse si el seguro de fidelidad es conceptuado como una fianza. O bien, si la mención del término fianza puede ser considerada como una autorización para ejercer actividad afianzadora. Por el contrario, si "fianza" es un término utilizado simplemente para referirse al carácter garantista del seguro. Discusión que cobra sentido, además, en virtud del artículo 1 de la propia Ley 40, a cuyo tenor:

"Artículo 1º-El Banco Nacional de Seguros asumirá el seguro de fidelidad,-sin el carácter de monopolio".

Si se está ante una actividad aseguradora, ¿por qué el legislador precisó que no sería asumida con carácter de monopolio? Nótese que no existe ningún elemento que permita considerar que esa disposición se motiva en un interés del legislador para que el monopolio de seguros se abriera. Por consiguiente, el artículo -en general la Ley N. 40- no puede ser entendida en el sentido de que el seguro que allí se crea pueda ser expedido por entidades distintas de las aseguradoras.

Si este no es el caso y nada permite afirmar que lo sea, puesto que el monopolio estatal en materia de seguros no solo no se resquebrajó con la Ley 40, sino que leyes posteriores lo reafirmaron, cabe plantearse otro escenario. La Ley 40 refiere a una actividad que no necesariamente es aseguradora sino afianzadora. Lo que justificaría que la expedición de garantías no sea actividad exclusiva del asegurador sino que podría ser desarrollada por otras entidades. Bajo esa tesitura, el INS no ejercería la actividad con carácter de monopolio porque esa actividad es fianza, no seguro. Una fianza que podría realizar el INS al igual que otras entidades, según se derivaría -bajo esa interpretación- de los artículos 5, 6 y 8 de la Ley 40.

Disponen esos numerales:

" 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

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 17

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”.

De la literalidad del artículo 5 podría derivarse que las entidades aseguradoras pueden expedir fianzas, en los casos en que el ordenamiento requiera fianza. En tanto que del artículo 8 tendríamos que el derecho de recuperación del asegurador estaría fijado por la fianza otorgada. Una fianza debidamente registrada ante la SUGESE produce efectos de un instrumento público, artículo 6.

Ante las dudas, lo primero que debe recordarse es el incipiente desarrollo en la época de emisión de la Ley 40 de los seguros de caución. Luego, debe considerarse la discusión misma respecto de la naturaleza aseguradora o afianzadora del seguro y sobre todo la posibilidad de que una determinada garantía sea rendida mediante diversas formas. Así, uno de los medios por los cuales se puede rendir una garantía es el seguro, lo que no excluye otras formas de garantía, como puede ser la fianza. Como ejemplo, cabe recordar que el

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 18

cumplimiento de las obligaciones en materia de contratación administrativa (garantías de participación y de cumplimiento) se garantiza por medio de distintas formas de garantía, entre las cuales se encuentra el seguro.

Un seguro de caución, que por su función, presenta características similares a la fianza. Recordemos que:

"La doctrina, en forma prácticamente unánime reconoce la complejidad de la determinación de la referida naturaleza jurídica, ya que en el seguro de caución se conjugan elementos propios de ambos negocios (fianza y seguro). En este sentido sostiene Garrigues⁵³ "Se trata de un seguro de características muy singulares porque se parece y al mismo tiempo se diferencia de la fianza". Díaz Marshall, op. cit.182

Nota característica de la fianza es su accesoriedad, su vínculo con un contrato principal, respecto del cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones. La fianza es, en efecto, una obligación accesorio por la cual el fiador responde ante el acreedor por el cumplimiento de una obligación ajena. EL fiador se obliga a cumplir por el deudor principal. A nivel de Derecho Internacional Privado, tenemos que las reglas de la Cámara de Comercio Internacional definen la fianza como contrato accesorio, conectado con el contrato afianzado. Dichas disposiciones mantienen la relación entre la responsabilidad del garante y la responsabilidad del afianzado, prevista también en nuestro Código de Comercio. El garante solo habrá de responder en los casos en que hubiera de hacerlo el afianzado.

Carácter accesorio que se muestra en que la fianza no puede exceder de la obligación principal, artículo 510 del Código de Comercio, pero si la fianza llegare a ser insuficiente, el deudor debe dar otra, de manera que se dé cobertura al importe total de la obligación. Así como por el hecho de que la fianza se extingue con la obligación principal, artículo 518 del mismo Código.

La fianza opera cuando no ha sido cumplida la obligación del deudor principal y, en principio, es un contrato gratuito: las relaciones internas entre el cliente afianzado y el fiador no se reflejan en el contrato principal. Empero, el artículo 512 del Código de Comercio establece que el fiador, mediante pacto expreso, puede exigirle al deudor una retribución por la responsabilidad que contrae al dar la garantía.

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 19

El contrato de seguros de caución es un contrato principal cuyo objeto es garantizar al asegurado el cumplimiento de sus obligaciones con un acreedor. A diferencia de la fianza en que el fiador se compromete a cumplir por el deudor principal, en el seguro de caución el asegurador se obliga no a cumplir por ese deudor sino a resarcir al acreedor los daños que ese deudor ha causado o que se derive del incumplimiento de obligaciones jurídicas. Una obligación que tiene como contrapartida el pago de la prima: "el asegurador se obliga, contra el pago de una prima", artículo 3 de la Ley de Contratos de Seguros.

De conformidad con la regulación de la fianza, el contrato se celebra entre tres partes: el acreedor, el fiador y el deudor. En tanto el contrato de seguro hay dos partes: el asegurador que asume los riesgos que le traslada la persona asegurada y que está obligado a indemnizar o cumplir según el seguro. Y el tomador la persona que "por cuenta propia o ajena, contrata el seguro y traslada los riesgos al asegurador. Es a quien corresponden las obligaciones que se deriven del contrato, salvo las que por su naturaleza deban ser cumplidas por la persona asegurada. Puede concurrir en el tomador la figura de persona asegurada y beneficiaria del seguro". Cualquier otra persona es considerada un tercero; el artículo 5 de la Ley del Contrato de Seguros considera "terceros relevantes": la persona asegurada definida como el "titular del interés objeto del seguro y que, en defecto del tomador, asume los derechos y las obligaciones derivadas del contrato". La persona beneficiaria: persona física o jurídica en cuyo favor se ha establecido lícitamente la indemnización o prestación a la que se obliga el asegurador. Importa destacar que el artículo 5, in fine, dispone que "El tomador, la persona asegurada o beneficiaria pueden ser o no la misma persona".

En la fianza no se permite invocar el beneficio de excusión. Beneficio que se conceptualiza como el derecho que se reconoce al fiador para eludir el pago mientras no se acredite por el acreedor la insolvencia total o parcial del deudor. Para lo cual el fiador no solo debe oponerle al acreedor cuando se le requiera el pago sino que ha de señalar los bienes suficientes del deudor para cubrir el importe de la deuda. Pero como la fianza mercantil es solidaria, salvo disposición en contrato, el fiador no puede invocar dicho beneficio, artículo 509 del Código de Comercio. En igual forma, conforme lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 40, en la póliza el asegurador renuncia al derecho de excusión. Pero lo anterior no permite identificar fianza y seguro.

Ahora bien, se afirma que el empleo del término fianza en los artículos 5, 6 y 8 de la Ley 40 podría revelar una autorización para que las aseguradoras

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 20

otorguen fianzas comerciales. Consideramos, sin embargo, que al emplear el término fianza, la citada Ley está utilizando el término en una de sus acepciones generales que no es otra que *garantía*. En efecto, el Diccionario de la Real Academia define fianza como:

"1. f. Obligación que alguien adquiere de hacer algo a lo que otra persona se ha obligado en caso de que esta no lo haga.

2. f. Prenda que da el contratante en seguridad del buen cumplimiento de su obligación.

3. f. Cosa que se sujeta a esta responsabilidad, especialmente cuando es dinero, que pasa a poder del acreedor, o se deposita y consigna.

4. f. Persona que abona a otra para la seguridad de una obligación".

Es decir, una garantía que proporciona seguridad en orden al cumplimiento de una obligación.

Por lo que el término fianza utilizado en el artículo 5 debe ser interpretado en el sentido de que el asegurador puede expedir seguros de fidelidad y otros seguros de garantía, caución. Estos seguros pueden ser expedidos para los efectos previstos en los artículos 2, 3 y 4. Dichos seguros no sustituyen otras garantías que puedan ser igualmente rendidas ni las excluyen. En consecuencia, la redacción de dicho numeral conduce a aceptar que dentro del ámbito de las garantías que el ordenamiento reconoce se encuentran los seguros, seguros de caución. De allí que se hable de "aceptar las otras clases de garantías".

Por demás, no obstante el empleo del término fianza en los artículos 6 y 8, lo cierto es que se dirigen a establecer regulaciones para la póliza. Y sabido es que este nombre tiene un significado preciso, como documento justificativo del contrato de seguros. Por demás, el artículo 6 se refiere a pólizas y bonos de fidelidad "debidamente registrados ante la Superintendencia General de Seguros". No puede considerarse que por pólizas y bonos de fidelidad la Ley esté refiriendo a una fianza porque las fianzas no son registrables ante la SUGESE. En consecuencia, carecería de sentido que se haya precisado que las fianzas (bonos de fidelidad) tienen los efectos propios de un instrumento público a partir de su registro, si las fianzas no son registrables. Es por ello que entiende la Procuraduría

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 21

que en dicho numeral el legislador se está refiriendo a los seguros de caución en general y, en particular, a los seguros de fidelidad. Recuérdese que el texto original del artículo 6 no precisaba que las pólizas y bonos de fidelidad que expidiera el Instituto Nacional de Seguros debían ser registrados: disponía que “las pólizas y bonos de fidelidad que expida el Banco surtirán los mismos efectos que un instrumento público”. Por lo que si a partir de la Ley del Contrato de Seguros se establece el requisito de registro para bonos de fidelidad y pólizas es porque se está en el ámbito de la actividad aseguradora.

En igual forma, considera la Procuraduría que si bien el artículo 8 presenta elementos que también se manifiestan en la fianza, su objeto no es regular un determinado contrato, sino regular la responsabilidad del asegurador y del tomador. Y lo hace en términos similares a los previstos para el contrato de seguro. En efecto, de acuerdo con el 8 de mérito el asegurador se subroga en los mismos privilegios, derechos y acciones que tuviera el beneficiario del seguro. Pues bien, el artículo 49 de la Ley del Contrato de Seguro dispone que el asegurador que pague una indemnización se subroga “de pleno derecho y hasta el monto de su importe, en los derechos de la persona asegurada contra las personas responsables del siniestro”

Dada esa regulación general y que en la fianza el fiador que paga se subroga en los derechos y garantías que tenía el acreedor y puede exigir del deudor el reembolso del capital, y de los intereses por él satisfechos y los que corran con posterioridad, los gastos judiciales y de cualquier otro orden en que él hubiere incurrido por la falta de cumplimiento del deudor, artículo 515, no puede pretenderse que la regulación contenida en el artículo 8 sea exclusiva de una regulación de fianza, que impida considerar que se está ante un seguro. Y al no estarse ante una regulación propia y exclusiva de la fianza, no puede tenerse como demostrativa de una autorización para que las entidades aseguradoras otorguen fianzas.

D-. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD IMPIDE QUE LAS ASEGURADORAS EXPIDAN FIANZAS

Se indicó anteriormente que la ordenación y regulación del mercado de seguros y, en particular, de la actividad aseguradora deriva de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros. Norma que, como vimos, impone el principio de especialidad del objeto social. Por lo que las entidades aseguradoras solo pueden

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 22

realizar las actividades que se enmarcan dentro de su objeto social, tal como resulta de la ley y de su estatuto. Es decir, solo pueden realizar actividad aseguradora. Para que una entidad aseguradora pueda realizar otro tipo de actividad se requeriría una reforma a la Ley del Mercado de Seguros, sea esta modificación expresa sea implícita. Por consiguiente, la reforma tendría que ser posterior a la emisión de esta Ley. Se afirma que esa reforma legal deriva de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros y en particular de la reforma que hace de la Ley N. 40 en sus artículos 5 y 8. Normas que permitirían a las entidades aseguradoras realizar otro tipo de actividad comercial y específicamente, otorgamiento de fianzas.

La Ley Reguladora del Contrato de Seguros no establece expresamente una reforma a la Ley Reguladora del Mercado de Seguros en orden al concepto de actividad aseguradora. Pero tampoco tiene como objeto modificar el ámbito de acción de entidades aseguradoras, a efecto de que puedan desarrollar otro tipo de actividades distintas del seguro. Cuando la Ley del Contrato de Seguros se refiere a las aseguradoras es para regular su condición de parte en un contrato de seguro y a efecto de regular sus obligaciones y facultades en orden a ese contrato y frente a las otras partes. Pero de modo alguno pretende definir su objeto social.

Se afirma, empero, que la excepción al principio de especialidad, que permite la expedición de fianzas por parte de las distintas aseguradoras, derivaría de la reforma a la Ley 40, artículos 5 y 8.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que la Ley 40 en su texto original disponía en dichos numerales:

"Artículo 5º—El Estado y las demás corporaciones públicas aceptarán las fianzas que a su favor expida el Banco, 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 8º—El Banco renunciará en sus pólizas al derecho de exclusión, reparando las pérdidas cuyo riesgo hubiese asumido inmediatamente después de comprobadas, pero subrogándose en los mismos privilegios, derechos y acciones que tuviere la persona o entidad favorecida con el seguro, para recuperar el monto de la pérdida.

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 23

En los casos en que la pérdida excediera del monto de la fianza, ese derecho de subrogación queda limitado a lo indispensable para que el Banco 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”.

Si confrontamos ese texto con el vigente, antes transcrito, la conclusión es que la sola reforma operada por la Ley del Contrato de Seguros en los artículos 5 y 8 de la Ley 40 tiende a sustituir la mención del Instituto Nacional de Seguros por la de entidades aseguradoras. No hay una modificación del ámbito material de la actividad propia de las aseguradoras. Expresamente no se modifica el objeto de las aseguradoras.

Esa reforma no es tampoco tácita. Debe tenerse presente que la reforma a los artículos 5, 6 y 8 de la Ley N. 40 se produjo al final de la discusión legislativa del proyecto de ley que dio origen a la Ley de Contrato de Seguros. Dos mociones fueron presentadas para efectuar dicha modificación. Tanto la moción que fue rechazada como la moción aprobada tenían por objeto adaptar esos numerales a la apertura del mercado de seguros. De manera tal que dicha actividad fuera realizada no solo por el Instituto de Seguros sino también por el resto de las entidades aseguradoras. Así se deriva no solo del texto reformado sino de la justificación de cada una de las dos mociones. Justificación que literalmente decía:

“La finalidad de esta moción es adecuar estas normas a la apertura de los seguros establecida por la Ley Reguladora del Mercado de Seguros”. Cfr. folio 1855 del Expediente Legislativo para la moción desechada y el folio 1859 para la moción que fue aprobada y dio lugar al texto que nos ocupa”.

No puede considerarse, entonces, que se haya producido una reforma tácita al principio de especialidad de las entidades aseguradoras.

Por demás, si la Ley N. 40 en su texto original hubiera autorizado al INS para ejercer una actividad no aseguradora (que no es el caso), tendría que concluirse que dicha autorización resultaba y resulta contraria a lo dispuesto en los artículos 2 y 7 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros. Se estaría ante una antinomia normativa que tendría que resolverse en favor de esta última ley en virtud de su finalidad y en razón del criterio cronológico. Por otra parte, si bien, la reforma a los artículos 5, 6 y 8 de la Ley N. 40 deriva de la Ley Reguladora del Contrato de Seguro que es norma posterior a la Ley del Mercado de Seguros, lo

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 24

cierto es que no puede considerarse que la reforma introducida tenga como objeto permitir a las aseguradoras una actividad no aseguradora, según lo anotado supra. Simplemente, el fin al cual tiende la reforma es otro.

Por el contrario, del texto de la Ley 40 es posible afirmar que la entidad aseguradora debe sujetarse a su especialidad. Lo anterior por cuanto el artículo 6 de esta Ley a partir de la reforma dispone que las pólizas y bonos de fidelidad deben ser registrados ante SUGESE. Disposición que solo se justifica por el carácter de seguro presente en esos documentos.

CONCLUSIÓN:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

- 1- De lo dispuesto en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N. 40 de 30 de marzo de 1931, Banco Nacional de Seguros asume el Seguro de Fidelidad, se deriva que las entidades autorizadas para ejercer la actividad aseguradora pueden expedir seguros de caución, entre ellos el seguro de fidelidad. Seguros que tienden a asegurar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas del tomador del seguro.
- 2- La reforma a los artículos 5, 6 y 8 de la Ley 40 por parte de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros, Ley 8956 de 17 de junio de 2011, tuvo como objeto adaptarla a la apertura del mercado de seguros, de manera tal que no hubiera duda de que las actividades que allí se regulan pueden ser realizadas por todas las entidades aseguradoras y no solo por el Instituto Nacional de Seguros.
- 3- Del texto de esa reforma y de la justificación que de esta se dio en la Asamblea Legislativa no puede extraerse que la reforma autorice a las entidades aseguradoras para realizar actividad no aseguradora.
- 4- El término "fianza" utilizado en los artículos 5 y 8 de la Ley 40 refiere a la función garantista del seguro de caución. De dichos numerales no puede derivarse una autorización para rendir garantías que técnicamente no constituyan un seguro. En concreto, fianzas comerciales.

Señor
Tomás Soley Pérez
Superintendencia General de Seguros

02 de diciembre, 2014
C-441-2014
Página 25

- 5- Al no existir una autorización expresa para que las entidades aseguradoras realicen actividad no aseguradora, dichas empresas deben sujetarse al principio de especialidad que establece la Ley Reguladora del Mercado de Seguros.
- 6- Sujeción que implica que el seguro que se expida deba ser registrado ante la Superintendencia General de Seguros, en los términos impone el artículo 25, inciso k) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros y establece el numeral 6 de la Ley 40.

Atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves
PROCURADORA GENERAL ADJUNTA

MIRCH/gap